

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

LOS DELITOS CONSIGNADOS EN LA LEY
FEDERAL DE JUEGOS Y SORTEOS
(ESTUDIO ANALITICO)

T E S I S
QUE PARA OBTENER
EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
CESAR AUGUSTO LOPEZ DAMIAN

México, 1970



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

A la memoria de mi padre y de mi hermano:

Maximino López López y Juan Ulises López Damián,

guías de mi conducta y quienes viven siempre en mi
recuerdo. Con veneración y respeto

A mi madre, señora

Angelina Damián Vda. de López

Con el deseo ferviente de que a mi lado viva
muchos años. Con amor filial.

A mi bien amada esposa y a mis adoradas hijas:

Silvia Y. de López

Graciela y

Laurita

Concretización de mis esfuerzos y estímulos de mi
futuro. Con inmenso amor y ternura.

A mis hermanos:

**Rosa Marina
Maximino
Alma Mercedes
Angelina y
Sylvia Teresa**

**Con la esperanza de que continuemos juntos
para alientarnos mutuamente. Con gran
carifio fraternal.**

Al Señor Licenciado Dn,

Armando Herrerías

**Excelente catedrático y extraordinario
profesionista.**

**Con gran respeto y profunda admiración
por su esfuerzo decidido para que en
nuestra Patria se realice la Justicia Social.**

A mis buenos amigos, los hermanos:

Lics. Roberto y Antonio León Ovando,

**Expositores de una nueva política que ha
llevado por el sendero del éxito a los
integrantes de la generación ól de
abogados, nuestra generación.
Con admiración y cariño.**

**A mis Maestros, a mis Compañeros y
Amigos; quienes me guiaron por el camino
del saber, me alentaron a terminar la
carrera y me han dispensado su sincera
amistad. Con gratitud y aprecio.**

SUMARIO

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO

NOCIONES GENERALES

- 1.- Concepto, objeto y definición del Derecho Penal.
- 2.- El Derecho Penal como Ciencia y como Conjunto de Normas.
- 3.- La Estructura de la Norma Penal.
- 4.- Derecho Penal Común o Codificado y Derecho Penal Especial.
- 5.- Las Leyes Penales Especiales.

CAPITULO SEGUNDO

ANOTACIONES GENERALES DEL ASPECTO HISTORICO JURIDICO DE LA LEY FEDERAL DE JUEGOS Y SORTEOS.

- 1.- Aspecto Constitucional.
- 2.- Aspecto meramente Penal.
- 3.- Aspecto Administrativo.
- 4.- Antecedentes Históricos Legislativos.
- 5.- Estructura general de esta Ley.
- 6.- Aspectos Penal y Administrativo de la Ley.
- 7.- Análisis Crítico de la Ley.

CAPITULO TERCERO

ANALISIS GENERAL DE LA LEY FEDERAL DE JUEGOS Y SORTEOS.

- 1.- Finalidad y objeto de este Ordenamiento Jurídico.
- 2.- Nociones previas.
 - a) Concepto de juegos de azar.
 - b) Concepto de juego con apuesta.
 - c) Concepto de sorteo, rifas y loterías.

3.- Otras cuestiones previas.

CAPITULO CUARTO

DELITOS TIPIFICADOS POR LA LEY FEDERAL DE JUEGOS Y SORTEOS.

PRIMERA PARTE

- a) Elementos constitutivos específicos de las figuras delictivas consignadas en la fracción I del artículo 13 de la Ley de que se trata.
- b) Elementos constitutivos específicos de las figuras delictivas consignadas en la fracción II del mismo artículo.

CAPITULO QUINTO

DELITOS TIPIFICADOS POR LA LEY FEDERAL DE JUEGOS Y SORTEOS.

SEGUNDA PARTE

- 1.- Consideraciones Privas.
- 2.- Elementos constitutivos específicos de los delitos Federales de juego establecidos por el artículo 12 de la Ley de la materia en sus cuatro fracciones.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

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

Entre la mayoría de los abogados de nuestra Patria y aun entre algunos especialistas de lo jurídico, se vé el Derecho Penal como una de las ramas jurídicas poco apreciadas.

Generalmente se confunden las normas punitivas y los derechos subjetivos propios de los agraviados por el delito, con la práctica ilegal y antijurídica de muchos litigantes que son, con su conducta, negaciones vivientes de la normatividad justa en que consiste el Derecho Penal.

En efecto, ¿ puede menospreciarse el derecho cuyas disposiciones tienen la misión de salvaguardar, en el último de los casos, todo el orden jurídico del Estado ?.

La norma de Derecho Penal sólo empieza a tener aplicación cuando la persona ha desconocido sus obligaciones y los derechos ajenos respaldados por la Ley. - Si el hombre en sociedad tiene marcado el camino legal que permitirá una convivencia justa con sus semejantes

y si a pesar de ello actúa en forma antijurídica, no quedará más remedio que exigir coactivamente la observancia de dicho orden, mediante la aplicación de las penas personales y económicas que puedan lograr en justicia el restablecimiento del orden jurídico.

Por otra parte, el Derecho Penal en sí mismo tiene la finalidad elevadísima de aplicar límites coactivos a los derechos individuales más delicados. ¿ Se puede hablar con desprecio del Derecho Penal cuando se encamina a proteger en última instancia la libertad física de las personas, su honor, sus bienes materiales, sus derechos sexuales y la seguridad misma del orden jurídico mediante la creación de delitos contra la estabilidad interna y externa del Estado ?.

Con las consideraciones precedentes, creo que está más que justificado el interés y cuidado con que debe estudiarse esta rama del Derecho.

Convencido de esta verdad, escogí como objeto de mi tesis profesional un tema jurídico penal: la situación de los juegos de azar con apuesta en nuestro país.

La Ley de la materia tiene en México la dignidad de una Ley Federal; en armonía con la Constitución Po-

lítica de los Estados Unidos Mexicanos y con los Tratados Internacionales celebrados por nuestro país, es la Norma Suprema del Estado Mexicano.

¿ Realmente merece este trato la actividad realizada en los casos de juegos de azar con apuesta ?.

A este fin, y a analizar en forma sistemática los delitos federales de juego consignados en la Ley en cuestión, se encamina mi trabajo, aunque estoy convencido plenamente de que no aportaré novedades, no obstante la carencia de bibliografía y Jurisprudencia al respecto.

Pretendo simplemente ordenar en esquema los principios jurídicos aplicables al caso, analizando con el detenimiento debido la legislación respectiva y opinando lo que a mi modo de ver es procedente.

Hoy en día se ha vuelto a hablar en nuestro país, de la conveniencia e inconveniencia de establecer en los lugares de mayor afluencia turística, casinos de juego que sean un mejor reclamo para aumentar los ingresos que obtiene el Estado por dicho concepto.

¿ En realidad es injusto y poco aconsejable la -

prohibición terminante de esta forma de arriesgar los bienes materiales ?

Procuraré establecer el camino que considero más adecuado, haciendo una crítica que no por somera deje a un lado las razones que se aducen.

Quiero dejar asentado, que el método que seguiré en el desarrollo de esta tesis, es el derivado de las enseñanzas recibidas en la impartición de las cátedras de Derecho Penal por mis maestros de la Facultad. Evidentemente las fallas de interpretación en este tema jurídico son mías; sin que por ello quiera hacer responsable en forma alguna a quienes sin interés se esforzaron en impartirme los conocimientos necesarios y correctos.

CAPITULO PRIMERO
NOCIONES GENERALES

1.- Concepto, objeto y definición del Derecho Penal.

Con muy diferentes nombres se han referido los juristas a la rama del Derecho comunmente denominada Derecho Penal. Sin embargo, en esencia, las distintas expresiones convergen en la misma realidad.

La conducta del hombre en sociedad está normada por innumerables disposiciones dictadas por la autoridad estatal con el objeto de que sean cumplidas por los miembros de la comunidad.

Con tales prescripciones se busca lograr un medio ambiente humano y material en el que se perfeccione integralmente la persona. Anexas a dichas normas de conducta obligatoria, se encuentran las sanciones correspondientes que traducen en esta forma el mejor camino aunque sea el último que se intente seguir para lograr efectiva y realmente que la conducta social sea un orden y no un caos favorable al desarrollo de los hábitos antisociales de la persona.

Con todo no siempre bastan para el cumplimiento de la norma, las sanciones comunes establecidas por -

las mismas. Así cuando la conducta humana rompe esas primeras vallas se originaría la desintegración del orden social, si no se impusiera una segunda barrera a la conducta desordenada de la persona.

Es principalmente entonces cuando nace la aplicabilidad del llamado Derecho Penal, que a vuela pluma puede decirse está integrado por todo el conjunto de normas que contienen las mencionadas defensas del orden social, constituidas ya no nada más por la inexistencia o nulidad de los actos o hechos jurídicos sino que traen consigo la característica de coerción, suficiente para volver la conducta humana al orden establecido por la ley.

La nota más dominante de estas clases de normas del Derecho Penal consiste en el ejercicio de la coerción llevado al cabo por el Estado, que puede llegar incluso hasta la privación de los más preciados derechos subjetivos de la persona que infringe el orden legal.

En tal orden de ideas se ve con claridad que el Derecho Penal es una parte del total ordenamiento jurídico del Estado. Ahora bien, su concepto puede considerarse desde el punto de vista de un criterio subjetivo o atendiendo a un criterio objetivo. En el pri

mer caso, el Derecho Penal se concibe como la facultad que tiene el Estado para determinar las conductas anti sociales y las penas y medidas de seguridad que sean - precedentes, así como el camino a seguir para la aplicación de dichas sanciones. En el segundo aspecto, el Derecho Penal está integrado por todas las normas jurídicas que establecen los delitos, las penas o medidas de seguridad y la aplicación de las mismas.

Es evidente que el concepto del Derecho Penal está fundado en la idea de lo que es el delito. Sólo como una exposición indispensable me referiré a este punto, aunque sea en forma poco profunda.

El delito, en esencia, es la conducta antisocial establecida como tal por la ley, y que merece las sanciones preestablecidas por la norma legal en atención a la conservación del orden jurídico del Estado infringido por el proceder personal del sujeto que comete el ilícito mencionado.

La anterior es sólo una idea muy general, anotada aquí como indispensable en el desarrollo de mi tema; - pues no es prudente referirme a todos los puntos de vista que hay sobre el particular, dado que en tal caso se haría interminable mi exposición. Sin embargo,-

expresaré a grandes rasgos el contenido de la idea - -
apuntada como esencia del delito.

Encierra en sí el delito la realización de un acto antijurídico, opuesto a la norma legal que protege el bien jurídico violado por la conducta ilícita de la persona. Esta idea implica abiertamente las características de imputabilidad y culpabilidad del agente, - en virtud de las cuales se le reconoce responsabilidad en el obrar.

Pero no basta esto para la configuración de un delito. Es absolutamente indispensable que la norma establezca como punible dicha conducta, o lo que es lo mismo, que la ley, previamente al obrar de la persona, tipifique como ilícita y merecedora de una sanción especial la conducta del individuo.

En resumen, pudiera decirse que el delito es la conducta humana antijurídica, típica y culpable, que merece la sanción concreta expresamente establecida - por la norma penal.

El estudio de las notas esenciales del delito relativas a la tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad culpabilidad y punibilidad de la conducta humana delicto

tuosa, se hará más adelante, al tratar el punto tercero de este mismo capítulo.

Tal vez sea más preciso decir que el Derecho Penal es una parte del Derecho Público, parte a su vez del total ordenamiento jurídico del Estado, y que su objeto está constituido por el delito y el delincuente, en atención al interés social mediante el establecimiento de las medidas legales apropiadas para prevenir y reprimir el ilícito.

En toda idea o concepto del Derecho Penal está implícita la tendencia filosófico jurídica que se cree más adecuada. Por esto, el seguidor del sistema clásico penal hace mayor hincapié en el aspecto meramente formal y abstracto del delito, dejando de lado en mayor o menor proporción la calidad humana del que comete el delito.

Para el positivismo el énfasis en el estudio del Derecho Penal recae claramente en las cualidades humanas del que comete el delito. Es más correcta, creo, la escuela filosófico-jurídica que toma de ambos extremos lo mejor que encuentra en ellos, para así considerar que, si bien es cierto que el delito en su aspecto formal exige el estudio exhaustivo de los carac

teres de responsabilidad social, no por eso deben dejarse en el olvido las motivaciones personales que pueda tener el delincuente en vista de sus características sociales, espirituales y físicas que le corresponden como individuo. Esto explica por qué al referirse al delito, los distintos juristas de esta rama del Derecho Público le asignen diversas notas determinantes (1).

Para el Maestro Castellanos Tena, "el Derecho Penal es una rama del Derecho Público Interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad que tiene por objeto la creación y la conservación del orden social" (2).

El Maestro Forte Petit define al Derecho Penal como "el conjunto de normas jurídicas que prohíben conductas o hechos u ordenan ciertas conductas, bajo la amenaza de una sanción" (3).

(1) Celestino Forte Petit; Apuntamiento de la Parte General de Derecho Penal; México; 1960; Pág. 5, Núm.

1

(2) Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 3a. Edición, Pág. 23, México, 1965.

(3) Op. cit., Pág. 1, Núm. 2

El Derecho Penal, en un sentido más restringido, debe conceptuarse como aquel conjunto de normas jurídicas que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado, determinando qué hechos humanos son delitos y uniéndoles, como consecuencia, una pena en sentido propio.

Conviene tener en cuenta que el Derecho Penal admite las distinciones siguientes:

a) En relación a las leyes: Derecho Penal Fundamental, contenido en el Código Penal; y Derecho Penal Complementario o Especial, contenido en leyes diversas del Código Penal (4).

b) En relación con los sujetos destinatarios de las normas penales (5): Derecho Penal Común, si es aplicable a determinadas clases de personas que se encuentran dentro de su esfera de validez; y Derecho Penal Propio o Específico, si tan sólo es aplicable a determinadas clases de personas en razón de su calidad, o a personas que se encuentran en particulares circuns-

(4) Antolisei Francisco; Manual de Derecho Penal, Pág. 14, Editorial UTEHA, Buenos Aires, 1960.

(5) Antolisei, Op. cit., Pág. 15.

tancias. Dentro de esta categoría se encuentran: el Derecho Penal Militar, el Marítimo, etc.

c) En relación con el territorio: Derecho Penal General o Federal si tiene validez en todo el territorio del Estado; y Derecho Penal Local si sólo tiene validez para una parte del territorio del mismo Estado.

d) En relación con el objeto de la tutela y por consiguiente, de acuerdo con los bienes jurídicos que se protegen y conforme a las distintas ramas del ordenamiento jurídico, en Derecho Penal Civil, Comercial, Administrativo y dentro de este último, en Sanitario, Disciplinario, Financiero, de Policía, etc.

Finalmente diremos que el Derecho Penal es conceptualizado como parte del Derecho Público Interno, en cuanto que es público el interés del Estado para la tutela penal de los bienes y para la aplicación de las penas; y en cuanto que da vida también a una relación jurídica de carácter público entre sus sujetos.

Las notas de valorativo y finalista, sancionatorio y personalísimo que encontramos en el Derecho Penal, constituyen su característica esencial y distintiva.

2.- El Derecho Penal como ciencia y como conjunto de normas:

Las ideas referentes al Derecho Penal son el fruto del estudio aplicado a la conducta antisocial de la persona, fundado en el concepto filosófico jurídico que se ha creído más justificado. Como rama del Derecho Público, el Derecho Penal está informado por todas las corrientes que tratan de explicar el por qué y cómo de esa realidad que es el Estado. La teoría del Estado y la Filosofía del Estado, considerada ésta como la parte más elevada de la Filosofía del Derecho, aportan al penalista el caudal inmenso de conceptos que partiendo del plano meramente sociológico, llegan a explicar en lo jurídico la naturaleza y la esencia del Estado.

En este orden de ideas, la ciencia del Derecho Penal es el conjunto de conceptos ordenados, sistematizados y jerarquizados, que teniendo su origen en la explicación jurídica de lo social tratan de establecer la íntima estructura del delito y del delincuente empleando los recursos metodológicos de una verdadera ciencia apoyada en la deducción e inducción, para analizar y sintetizar el objeto de su estudio.

Una vez lograda la armónica contextura de estas ideas, el penalista trata de descubrirlas y valorizar las en las leyes concretas dictadas al respecto por la autoridad estatal, en la inteligencia de que los Códigos no son tratados de Derecho, aunque necesariamente deben apoyarse en un sistema jurídico verdaderamente justificable.

Precisamente por las exigencias del método y en función del esclarecimiento del objeto a estudio, el Derecho Penal sienta primero las bases de todo su sistema, para después referirse a los hechos concretos delictuosos.

Entendido como ciencia, el Derecho Penal explica en su introducción general, sus bases filosófico-jurídicas más amplias; en seguida estudia la naturaleza de la ley, del delito, del delincuente, de la pena y de las medidas de seguridad. Comúnmente se denomina Parte General a este último estudio.

Una vez aplicados estos conceptos generales, el Derecho Penal se refiere enseguida a los hechos concretos de los delitos y a las penas en particular. Esta es la Parte Especial del Derecho Penal.

Si se considera al Derecho Penal como ordenamiento jurídico, también se encuentran en él la parte general que se refiere a la Ley, al delito, a la pena y a las medidas de seguridad, y la especial que se ocupa de los delitos en particular y de sus penas respectivas.

En función de la naturaleza de las ideas que contiene el estudio del Derecho Penal, su parte general expresada en la ley vigente en el Distrito y Territorios Federales es de extensión menor, puesto que sintetiza el conjunto de principios generales aplicables a los casos concretos en particular. En cambio la parte especial del mencionado Código Penal es notoriamente más amplia, puesto que se refiere en detalle a los casos concretos de los delitos en especial.

La sistemática del Derecho Penal trata de ordenar y concatenar debidamente todos los conceptos propios de la parte general y de la parte especial de tal forma, que se obtenga el resultado de un verdadero orden conceptual a través de la fundamentación y jerarquización de las ideas en juego.

Este es el motivo por el cual una buena sistemática entenderá al Derecho Penal como ciencia y como -

ordenamiento jurídico. Para ello, la cuestión del método es de tal naturaleza importante que las más de - las veces las características del criterio que llegue a formarse el penalista al respecto, dependen casi en su totalidad del sistema metodológico.

Ahora bien, como se trata de una de las ramas de la ciencia jurídica, su método de estudio debe ser el mismo que para cualquiera otra, aunque con las notas individualizantes que le corresponden por su aspecto formal específico.

No es inútil volver a hacer hincapié en que se - debe estudiar el Derecho Penal tomando de la corriente clásica y de la positivista lo mejor de sus expresiones.

En tal virtud el método correcto será el que se apoye en el concepto de que el objeto del Derecho Penal está integrado por el delito y el delincuente y - no sólo por el delito con menosprecio de las características humanas del infractor de la ley, ni tampoco en la sola calidad personal del delincuente, olvidando que el principio filosófico es también parte integrante del Derecho Penal.

Sobre el particular algunos penalistas han considerado que metodológicamente los elementos del Derecho Penal son el delito y la pena, es decir, el precepto y la sanción (6). En cambio para otros, dichos elementos son el delito, la pena y las medidas de seguridad (7). Finalmente, hay una tercera posición para la cual los elementos del Derecho Penal consisten en el delito, la pena y el delincuente (8).

He apuntado anteriormente cómo las normas concretas dictadas por el poder estatal deben ser buenas traducciones de las verdades encontradas mediante una correcta sistemática del Derecho Penal. Nuestro Código de 1931 observa esto al igual que la mayoría de los Códigos Penales de los Estados.

Primero establecen los principios generales aplicables al Derecho Penal, incluyendo la parte filosófica

(6) Manzini, Tratado de Derecho Penal I, Pág. 235, Buenos Aires, 1948, citado por el Maestro Porte Petit Op. cit., Pág. 17.

(7) Porte Petit, Op. cit., Pág. 7

(8) Cfr. Jiménez de Azúa, La Ley y el Delito, Pág. 24, 2a. Edición, 1954, Caracas.

ca, el delito, la pena y medidas de seguridad, así como las características personales del delincuente.

Los delitos en especial se encuentran normados de tal forma que la jerarquización de los derechos protegidos por las correspondientes normas penales se ve inmediatamente como algo organizado.

En efecto, la norma penal únicamente tiene razón de ser como protectora de bienes jurídicos violados o puestos en peligro por el delincuente y el valor de los mencionados derechos protegibles es el que da la pauta para la jerarquización que guarda todo el conjunto de normas codificadas. Por eso la parte especial pone en primer lugar el bien mayor de la colectividad: delitos contra la seguridad exterior de la nación, habida cuenta de que el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales se aplica en toda la República cuando se trata de materia del orden federal (Artículos del 123 al 145 bis).

El mismo Código sigue estableciendo las normas correspondientes que resguardan el interés público, mediante la tipificación de los delitos contra el Derecho Internacional, contra la seguridad pública, en materia de vías de comunicación y de correspondencia,

contra la autoridad, contra la salud, contra la moral pública, revelación de secretos, delitos cometidos en la administración de justicia, responsabilidad profesional, falsedad, delitos contra la economía pública, delitos sexuales, contra el estado civil, bigamia, - así como en materia de inhumaciones y exhumaciones. - (Artículos del 176 al 281).

Como se ve, la finalidad principal del Derecho Penal expresada por medio de las normas es, directamente, el interés público descubrible en los bienes jurídicos a los que se les trata de otorgar la garantía legal de la norma de derecho.

Después de haberse ocupado de la protección del bien público, el Código establece las normas que garantizan los bienes individuales, mediante la tipificación de los delitos contra la paz y la seguridad de las personas, contra la vida y la integridad corporal contra el honor, en relación con la privación ilegal de libertad y otras garantías, en contra del patrimonio de las personas y finalmente el de encubrimiento (Artículos del 282 al 400 bis).

3.- La estructura de la norma penal:

Como toda norma de derecho, la Ley Penal es una - regla de conducta obligatoria establecida por la autoridad estatal para resguardar el interés social. Este aspecto meramente formal presupone, en correlación, el contenido de la norma penal. Y en este punto, puede - decirse que la norma penal es la disposición jurídica que contiene la determinación del delito y la sanción respectiva.

En consecuencia, tal norma consta de dos partes: el establecimiento del precepto y la determinación de la sanción.

Por precepto debe entenderse el mandato que en - forma positiva o negativa establece la existencia de - la figura delictiva; la sanción expresa la penalidad - correspondiente al delito establecido.

Kelsen, lógico consigo mismo, pero a nuestro modo de ver con un criterio errado, enseña que la norma que establece la sanción debe ser considerada como la primaria, mientras que la que habla sobre el precepto, debe entenderse como la norma secundaria. Lo correcto - debe ser exactamente lo contrario de esta afirmación, pues siendo el elemento coactivo una característica de

la norma jurídica, no constituye su esencia y por tanto no tiene la nota de ser lo primero en el Derecho, ni como precepto ni como realidad extramental.

Una norma jurídica, como la penal, es un enunciado lógico que conecta un supuesto con una conclusión mediante el establecimiento de un deber; por eso existe el supuesto fáctico que casi siempre está sobreentendido y la conclusión necesaria que se conoce como sanción, bien sea de naturaleza de pena o de medida de seguridad.

Kelsen esquematizó su afirmación en la siguiente forma: si es A debe ser B y si es B debe ser C. Este modo de ver la norma penal es correcto si se interpreta debidamente en forma parecida a éstas: tomemos el ejemplo del delito de robo simple; si una persona se apodera de cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de quien puede disponer de ella legalmente, está cometiendo el delito de robo (si A es debe ser B), y si es reo de dicho delito, debe aplicársele la sanción correspondiente (si es B debe ser C). En tal supuesto Kelsen invierte los términos y llama norma primaria a la que contiene la sanción (porque para él la esencia del Derecho es la coacción) dejando pa-

ra la otra parte del precepto el carácter de secundario, de mero prerequisite.

Para nosotros, en la norma penal pueden considerarse incluidas dos expresiones normativas: la que establece el delito y la que determina la sanción correspondiente, teniendo el carácter de primaria la consignada en primer lugar y de secundaria la anotada en último término.

La razón parece ser ésta: en toda norma jurídica existen las funciones directiva y coercitiva. Prescribe lo que debe hacerse (y esto es propiamente la esencia de la norma) y establece una consecuencia lógica que respalda en la realidad el cumplimiento del mandato dado, al contener en sí la función coercitiva mediante la cual se tratará de lograr efectivamente el fin perseguido por el Estado al dictar la norma. Por tanto la función coercitiva de la norma ni siquiera lógicamente es lo primero, sino mera consecuencia del mandato que contiene.

En un enunciado de Derecho Penal la norma primaria se da por presupuesta y expresamente se consigna la coerción e sanción; pero no por eso deja de existir el bien jurídico protegido por la norma penal,

que es objeto de otras ramas del Derecho. Por ejemplo en el caso de delito de robo, el bien jurídico de la propiedad normado por el Derecho Civil, primordialmente, se encuentra sobreentendido en la norma penal que configura el delito de robo y por eso se hace énfasis directamente en la sanción correspondiente.

Toda vez que la norma de Derecho Penal expresa sanciones que implican menoscabo de derechos al que se hace merecedor de ellas, la única fuente del Derecho Penal debe estar constituida en exclusiva por la Ley Penal cuya aplicación en pro o en contra es rigurosa.

En nuestro medio, el titular del bien que ha sido violado por el delito únicamente puede hacer valer su acción correspondiente, mediante el ejercicio que de la misma haga el Estado a través de la Institución denominada Ministerio Público.

Sin embargo, es destinataria de la norma de Derecho Penal toda persona obligada a acatarla, sin olvidar que en la realización, o mejor dicho, en la aplicación de la norma de Derecho Penal a un caso concreto, intervienen un órgano del Estado y los súbditos -

de ésta, con las características propias relativas a su personal situación humana; así, la sanción que se aplique al incapaz tendrá una naturaleza distinta de la que se ejerza en contra del totalmente capaz, pero siempre habrá oportunidad de que la consecuencia lógica de la norma funcione en el caso de que se realicen los supuestos fácticos establecidos. Precisamente al hablar de la suspensión de una pena indica que toda persona es naturalmente destinataria de la norma penal.

Después de estas generalidades nos resta hablar del contenido fundamental de la norma.

Hemos dicho que esta clase de preceptos consigna el delito y la sanción. Aunque sea a grandes rasgos habremos de referirnos a estos conceptos.

Se ha definido el delito desde puntos de vista - innumerables y distintos. Pero podrían clasificarse dichos criterios en dos grandes grupos: definiciones formales y definiciones substanciales, según se haga hincapié en la simple estructura de la norma o en los datos concretos de la realización de la misma. Por otra parte se puede considerar el delito en un plano filosófico, o bien como un fenómeno social y aun bio-

lógico y natural.

Desde el punto de vista filosófico el delito es la: "violación de un deber para con la sociedad o con los individuos, exigible en sí y útil al mantenimiento del orden político, deber cuyo cumplimiento no puede ser asegurado sino por la sanción penal y cuya infracción puede ser valorizada por la justicia humana" (9).

Desde el punto de vista histórico, Giuseppe Maggiorè considera el delito como "toda acción que la conciencia ética de un pueblo considera merecedora de pena en determinado momento histórico" (10).

Para la célebre corriente lombrosiana de la antropología criminal, el delito es el resultado de determinados factores anatómicos y fisiológicos y no se debe estudiar sino como expresión o síntoma de la naturaleza propia del delincuente.

- (9) Pelegrino Rossi, Tratado de Derecho Penal, 3a. Edición, Pág. 295, Madrid, 1883.
- (10) Derecho Penal, Vol. I, Pág. 253, Editoria TEMIS, Bogotá, 1954.

Como un fenómeno social, el delito es entendido -- por Enrique Ferri como "la acción determinada por motivos individuales, egoístas y antisociales, que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo, en un momento determinado" (11). -- Complementando a Ferri, Rafael Garófalo definió el delito natural, como "una lesión de aquella parte del -- sentido moral que encierra los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad, según la forma promedio en que las posee una comunidad y que es necesaria para que el individuo se adapte a la sociedad" -- (12).

Para Francisco Carrara, el delito debe entenderse como algo antijurídico; ya no basta la característica histórica, biológica o social del delito, que no son -- sino eso: características pero no el delito en sí; hay que atender, además, al elemento objetivo y subjetivo, al lado de la antijuridicidad de la conducta. Así, de lito es "la infracción de la ley que el Estado ha promulgado para proteger la seguridad de los ciudadanos,

(11) Principios de Derecho Criminal, Núm. 70, Pág. 383

(12) Criminología, Pág. 8, París, 1891.

infracción que nace de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso" (13).

Como todo acto humano, el delito dice relación a lo biológico, histórico, filosófico y social; pero para el penalista la esencia total del delito debe encontrarse en el plano meramente jurídico que sin embargo, no puede desconectarse de los otros elementos antes consignados.

En virtud de ello los penalistas alemanes de principios de siglo (Binding, Mayer, Mezger) han señalado las notas esenciales del delito considerando que el mismo nace de la ley positiva. Dichas notas son: la conducta o hecho, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad y la punibilidad; - elementos que en forma sintética integra Mezger en la forma siguiente: "El delito es una acción típicamente antijurídica y culpable" (14).

(13) Programa del Curso de Derecho Criminal, Vol. I, Núm. 2, Pág. 60.

(14) Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, Tomo I Pág. 156.

Para este gran maestro la imputabilidad se encuentra incluida en la culpabilidad, pues no se puede hablar de un culpable si no se le puede imputar la titularidad del acto del que se le culpa; en cuanto a la punibilidad, la considera no como esencia del delito sino como consecuencia jurídica del mismo puesto que la sanción se aplica en los casos en que ya se ha configurado el delito, por tanto no está dentro de él sino fuera de su existencia.

Hecho este preámbulo, me referiré a los elementos constitutivos del delito como los explica dicho tratadista.

- a) Siendo el Derecho Penal una rama del Derecho en general, se ocupa de los actos humanos únicamente cuando se realizan externamente. De aquí se desprende que el dato primero real de todo delito, debe ser el obrar humano externamente. Por eso la acción o la omisión humana como requisito indispensable para la existencia del delito, están indicando que únicamente el hombre es el sujeto activo capaz de realizar un ilícito penal.

La acción o la omisión de una conducta punible es lo que, por así decir, se encarga de que empiece a nacer el delito cuando dicho obrar es el correspondiente

a la calidad de una persona humana y se ha dado en utilizar el vocablo "hecho" para referirse al obrar positivo del hombre como generador del delito.

Cuando se emplea la palabra hecho, es porque se está haciendo referencia a delitos que requieren algo más que la simple conducta positiva o negativa de la persona: que efectivamente se realice la consecuencia material de dicha conducta humana (sirva de ejemplo el delito de homicidio); sin embargo, no se debe olvidar que es también acto punible la mera tentativa de delito cuando la consumación del mismo no se logra por causas ajenas a la voluntad del agente (Artículo 12 del citado Código Penal), aunque por otra parte no se da la conducta positiva suficiente para la existencia del delito, en los casos de fuerza física superior o irresistible, fuerza mayor y movimientos reflejos, que se consideran como excluyentes de responsabilidad toda vez que no hay entonces conducta propiamente humana.

En conclusión, el acto que exterioriza en la realidad la persona humana debe ser de tal naturaleza, que se le pueda imputar al hombre como verdadero sujeto que goza de inteligencia y voluntad libres. Es decir, que cuando el hombre en el ejercicio de su digni-

dad racional pone en el exterior un acto del cual puede llamársele dueño y señor, se está frente a la conducta humana que puede empezar a engendrar el delito.

Con estas ideas se ha querido entresacar lo más importante del esquema que estudia este punto, por lo demás sencillo.

Si el Derecho debe ser la normación concreta y real de la conducta histórica del hombre y no simple elucubración para elaborar geometrias del Derecho, la base sobre la cual ha de descansar debe consistir necesariamente en la conducta del hombre, pues de otra manera sería un absurdo tratar de ordenar algo inexistente.

Otro requisito esencial para la existencia del ilícito penal, es lo que se denomina tipicidad. Cuando se habla de "tipo" se está haciendo referencia a la conducta o hecho humano que la ley considera como merecedor de la sanción penal; ello se encuentra en la parte preceptiva de toda norma de Derecho Penal.

Algunas veces el tipo será exclusivamente la conducta externa; algunas otras se sumarán a dicho dato exterior elementos subjetivos que indican la disposi-

ción síquica del agente del delito y también no dejará de haber tipos de delitos en los que se incluye - una valoración jurídica o extrajurídica.

El "tipo del delito" está integrado por los siguientes requisitos: sujetos activo y pasivo, objeto material o jurídico, medios de comisión del delito - (que algunas veces incluyen características de espacio y tiempo) y en último término, por los elementos subjetivos antes referidos.

La tipicidad no es sino la conformación del obrar externo del hombre, en un caso concreto, con el tipo legal preestablecido.

Se entiende por tanto, que la tipicidad es una relación entre el acto concreto y el tipo legal abstracto que sólo funciona cuando se dan todos los elementos presupuestos por la norma penal.

Siguiendo a Mariano Jiménez Huerta (15), lo que indica en el delito el vocablo tipicidad, se deriva - del sustantivo "tipo" (en latin tipus) que para lo ju

(15) La Tipicidad, Editorial Porrúa, S. A., México, - 1955, Páginas 11 y siguientes.

rídico penal expresa lo siguiente: símbolo de una cosa o apariencia principal de algo a lo que da fisonomía propia.

Entonces el contenido del tipo consiste en el -- conjunto de sus notas conceptuales básicas; por lo -- que "típico" significa representar a otra cosa siendo a la vez emblema, símbolo o figura de ella.

Tipicidad es un concepto interpretado en forma -- tan diversa que se ha obscurecido al explicarlo hasta el punto de que la doctrina correspondiente es confusa sin mayor razón.

Antes que nada la tipicidad es un caracter pro-- pio del delito. Para que una conducta sea delictuosa no basta que sea ilícita sino que, se ha repetido -- siempre, es necesario que cumpla los requisitos establecidos en un "tipo penal". De no aceptarse esta -- exigencia la rama jurídica del caso sería ineficaz pa-- ra la conservación del orden social.

La razón de ser del tipo consiste en llenar pre-- cisamente esta finalidad.

Nuestra Constitución Federal en su artículo 14 -

ordena que "en los juicios del orden criminal queda - prohibido imponer por simple analogía y aun por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por - una ley exactamente aplicable al delito de que se trata". Aquí se expresa la naturaleza del tipo penal: - precisar en la Ley de una manera indubitable la anti-juridicidad de la conducta que se sancionará con la - pena una vez que exista dicho obrar.

En consecuencia a pesar de que una conducta sea abiertamente ilícita, debe contenerse en forma expresa en un tipo penal para que se integre un delito; esta característica de la norma jurídica se denomina tipicidad.

Deben tenerse en cuenta sin embargo las prevenciones de Beling (16) y de Carnelutti (17): no debe - exagerarse la importancia de la tipicidad hasta hacer de los Códigos penales meros catálogos de tipos delictivos ni museos donde se exponen los modelos en profusa variedad.

(16) Citado por Mariano Jiménez Huerta, Pág. 15.

(17) Ibidem.

Con estos presupuestos el tipo consiste en "La descripción de conducta que, a virtud del acto legislativo, queda plasmada en la Ley como garantía de libertad y seguridad, y como expresión técnica del alcance y contenido de la conducta injusta del hombre que se declara punible. El tipo plasmado en la Ley tiene un carácter estático, pues permanece en el mismo estado a la vista de todos aquellos que lo interpretan bien. La adecuación típica es un concepto dinámico y funcional, ya que presupone la existencia de una conducta ajustada o vinculada a un tipo y en él directamente subsumible o a él legalmente ligada por un nexo de personal o temporal dependencia" (18).

Beling fué quien primero habló del tipo penal. Originariamente entendió que tal concepto era el conjunto de los elementos materiales en virtud de los cuales se puede determinar la esencia de un delito y dicha idea es el eje sobre el que giran todos los demás elementos del delito. Posteriormente diferenció el tipo de la "especie delictiva", conjunto de los elementos previstos expresa o tácitamente por la des-

(18) Ibidem.

cripción legal que corresponda.

Estos elementos fundamentalmente se dividen en - dos clases: los de naturaleza externa y objetiva (penemos en forma directa en la antijuridicidad) y los - de naturaleza interna y subjetiva (por ejemplo los - que constituyen la culpabilidad). El conjunto de esta dualidad se orienta hacia una apariencia de unidad que no es otra cosa sino la "especie delictiva" y sin la que dichos elementos no tendrían sentido como integrantes de la misma. ¿Qué es esta "especie delictiva"?: El tipo, fuente de donde nace la vida de cada especie de delito y que en forma esquemática representa la esencia de la conducta delictuosa.

Como se ve Beling ya no admite el tipo exclusivamente como algo abstracto y conceptual descrito en la norma, sino que descubre en él la fuerza directriz - que preside cada definición legal del delito.

La atipicidad es la ausencia de sujeto activo o pasivo o de objeto material o de medios de comisión, o de los demás requisitos configurados en el tipo.

Esto quiere decir que la sanción penal establecida por la norma solamente tiene lugar cuando los pre-

supuestos generales establecidos por la ley, se realizan estrictamente en el caso concreto de la conducta humana que se juzga.

Sin embargo, no basta que haya exteriorización del obrar humano, ni que dicho obrar se ajuste en todo al presupuesto legal; es necesario que además la persona con su conducta vaya en contra del derecho.

Con esto se está hablando de las:

- c) Antijuridicidad.- El mero hecho de la violación de un derecho ajeno no indica de por sí que el infractor esté al margen de lo justo. Sólo en el caso de que realmente la conducta humana exteriorizada y conforme con el tipo legal preestablecido sea contra la justicia objetiva contenida en la ley, se habrá dado al tercer elemento necesario para la existencia del delito: la antijuridicidad.

Como se veía al referirnos al tipo del delito, éste no puede existir si no se señala una conducta como punible mediante su descripción en la Ley; pues no basta que la norma prevea una conducta para que se dé el tipo legal, sino que es necesario de todo punto que dicha previsión o descripción legal considere la

conducta como punible.

El concepto de tipicidad y de antijuridicidad - tienen tan íntima correlación que pudiera decirse que la esencia del Derecho Penal como norma objetiva, consiste en la antijuridicidad considerada punible por - el tipo legal.

En efecto, no puede hablarse de un delito si la Ley no establece el tipo; pero para esto el Legisla--dor debió considerar que la conducta del caso debía - tipificarse, porque lesiona derechos que encierran valores cuyo vigor interesa al Estado para mantener el orden y la seguridad jurídica.

Esta correlación de ambos conceptos llevó a Mezger a sostener que la tipicidad es la razón de ser de la antijuridicidad; pues aun en los casos de existencia de causas justificantes de la conducta, subsiste la tipicidad a pesar de que desaparece la antijuridicidad: sin embargo, ésta aparente contradicción no se da porque el tipo legal es el injusto descrito en la Ley, o lo que es lo mismo, una conducta es antijurídica cuando siendo típica no hay una causa de justificaca

ción (19).

Hay tres grandes opiniones sobre la esencia y características de la antijuridicidad: la de Binding, la de Mayer y la de Mezger.

Para el primero es fundamental considerar que el delincuente con su conducta no viola la Ley Penal ya que simplemente la realiza; esto es, la conducta tipificada viene tan sólo a establecer una adecuación objetiva con la norma que la prevé.

En la Ley se debe distinguir como parte vital de la misma la función de normatividad, la finalidad misma del Legislador y este precepto tácito que informa a la Ley creadora del tipo, es el valor estatal -- contra el que sí actúa el delincuente.

Hablando con propiedad lo antijurídico es legal, en sentido amplio; pues formalmente la conducta concreta que se juzga antijurídica está prevista en la Ley.

(19) Citado por Luis Jiménez de Azúa, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Buenos Aires, 1952.

Este criterio que quiere descubrir en lo legal - exclusivamente la formalidad de lo justo, es una oposición evidente a la idea del Derecho Romano, para la que lo antijurídico se identifica con lo que es contrario a lo bueno y a lo equitativo.

En efecto, aun cuando la idea de equidad de los romanos se sostuvo después de recorrer un camino tremendamente elaborado y a pesar de que este concepto - de equidad se limita de hecho por las instituciones - jurídicas concretas (recurriendo a ella solamente -- cuando no hay regulación específica), sin embargo se siguió aceptando como objeto de lo jurídico, lo bueno y lo equitativo, en tal forma, que lo contrario a Derecho (anti-derecho o antijurídico) se opondrá necesariamente a la equidad y al bien.

Para Mayer, este fenómeno de la conducta opuesta al sentido de equidad (la antijuridicidad) se explica recurriendo al valor de las normas de cultura puestas en peligro o dañadas por la conducta delictuosa contraria a Derecho.

Si el Derecho como conjunto de normas objetivas es un sistema de cultura que resguarda valores de la misma clase, el contradecir estos ideales es la causa

generadora de la antijuridicidad y de su sancionabilidad correspondiente.

En resumen puede decirse que para Mayer, la antijuridicidad consiste en contradecir la conducta humana las normas y valores culturales reconocidos por el Estado. Y da un argumento sugerente: la comunidad, - dato sociológico, es quien crea la cultura; uno de los mayores logros culturales es el sistema jurídico estatal, cuya finalidad es proteger todos los demás ideales de la cultura estatal; entonces toda conducta que se oponga a los valores escudados en el Derecho, se calificará por esto mismo como antijurídico.

Edmundo Mezger define la antijuridicidad sencillamente como la oposición a las normas objetivas jurídicas. Conducta opuesta a la norma positiva de Derecho, es conducta calificada como antijurídica.

En realidad debe tenerse en cuenta al estudiar la naturaleza de la antijuridicidad, las siguientes observaciones: una cosa es delimitar los contornos conceptuales de la antijuridicidad (qué es) y otra muy distinta fundar sistemáticamente los últimos por qué de la misma (estudio de sus causas metafísicas).

Binding y Mayer atienden más bien a las causas metafísicas de la antijuridicidad para definirla; en cambio Mezger hace hincapié en el otro aspecto.

Ni una ni otra posición, para ser válidas, olvidan en ningún momento que el agente de la conducta su puestamente delictuosa tiene las características de persona humana; en consecuencia ocupan un lugar preferente las razones subjetivas que tuvo el dueño de la conducta en el momento de obrar. La procedencia de la aplicación de la pena correspondiente a esa conducta, típica y antijurídica, tiene su punto de partida en el campo subjetivo del obrar, que determinará el grado de imputabilidad, de responsabilidad y de culpa bilidad para afirmar que es justa la aplicación de la pena respectiva.

Tipicidad y antijuridicidad son la parte vertebral del delito, sin que se puedan dejar a un lado los fenómenos de la punibilidad y de la existencia de sujetos activos y pasivos del delito.

Si el delito es la conducta humana externa, antijurídica, típica, culpable y sancionada por la Ley previamente establecida, no puede estudiarse ni enten derse adecuadamente el ilícito penal, si no se valori-

zan simultáneamente todos estos elementos materiales y síquicos.

) Si la sanción únicamente viene a constituir la consecuencia del obrar ilícito, es necesario que efectivamente a quien se sanciona se le pueda considerar como responsable de la conducta externa, típica y antijurídica. De otra manera no tendría razón de ser la sanción penal, cuya esencia debe encontrarse en la obligación que tenía el infractor de no atentar contra el bien jurídico protegido por la ley penal. Y si la obligación jurídica presupone necesariamente el conocimiento y la voluntad libre, la responsabilidad de la sanción lógicamente se refiere a la imputación del acto concreto realizado, que en último término establece la culpabilidad del agente del delito.

Por eso es evidente que no puede haber delito -- donde no hay responsabilidad; y no habrá responsabilidad donde por ausencia de inteligencia o de voluntad libre, no se puede hablar de imputabilidad traducida por la culpabilidad.

El mayor número de causas de inimputabilidad se deriva de la ausencia total de conocimiento o del in-

completo desarrollo mental de la persona; sin que por esto se afirme que no puede haber ininputabilidad por vicios de la voluntad. Nuestro Código admite que no hay madurez mental y por tanto ni ininputabilidad, en el menor de 18 años, caso en el cual las corrientes modernas del Derecho Penal indican que es procedente el aplicar medidas tutelares o educativas, que no dejando totalmente sin corrección la infracción cometida por el menor de edad al derecho ajeno, no llegan - sin embargo al plano estrictamente penal.

La mejor expresión de la imputabilidad es la culpabilidad. El carácter de consecuencia que tiene la sanción penal, presupone ineludiblemente la obligatoriedad del extremo contrario a la conducta realizada, lo cual a su vez se funda en las características de racionalidad y voluntariedad de las que goza el agente del delito. Si no hay responsabilidad por ausencia de imputabilidad, necesariamente dejará de haber culpabilidad. Esta es la razón de la verdad en el axioma, que expresa que no hay pena sin culpa. Ciertamente alguna vez el jurista se encuentra ante delitos calificados por el resultado con abstracción del elemento subjetivo, pero además de ser esto un contrasen

tido, es algo que ya casi no se encuentra en los Códigos Penales.

Tradicionalmente el dolo y la culpa son las dos grandes ramas de la culpabilidad.

El Maestro Ignacio Villalobos (19) enseña que - "la culpabilidad genéricamente consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente por indolencia y desatención nacidas del desinterés o subestimación -- del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa".

Esto quiere decir que a diferencia de la antijuridicidad, rigurosamente hablando, la culpabilidad es el quebrantamiento subjetivo de la norma imperativa - de determinación, mientras que la antijuridicidad es la violación objetiva de la norma de valoración.

Así se entiende cómo la culpabilidad únicamente

puede darse en el campo síquico del agente, plano en el que no se puede hablar sino de conocimiento intelectual y de voluntariedad libre.

En consecuencia, la voluntad firme y decidida - del agente de cometer el delito es lo que se entiende por dolo, mientras que la culpa es la violación del - bien jurídico, protegido por la norma penal, llevada al cabo sin la intención dañada de causarlo, puesto - que lo único que existe en el campo subjetivo del - agente es la falta de previsión o la imprudencia.

Mezger expresa: "Ha actuado culposamente aquel a quien se le ha reprochado haber desatendido un deber de precaución que le incumbía personalmente y que por esto no ha evitado el hecho y sus consecuencias" (20)

Lo capital en la culpa es la ausencia de voluntad de producir un resultado dañoso; lo que directa y propiamente realiza el dolo.

El Código Penal para el Distrito y Territorios - Federales, en su artículo 80. establece que los delitos únicamente pueden ser intencionales y no intencio

nales o de imprudencia. Los primeros son los cometidos con dolo; los segundos fueron llevados al cabo con culpa.

Sim embargo se habla también de preterintencionalidad que no es sino el resultado de la unión entre dolo y culpa para cometer el delito; son los casos del ilícito penal con exceso de fin. En realidad se trata de un delito constituido por un dolo en el inicio y una culpa, con o sin representación, en el resultado mayor no querido.

Del análisis del Código al que antes se ha hecho mención, se puede concluir que en nuestro medio existen legalmente consagradas las tres formas de la culpabilidad: El dolo (Artículo 7), la culpa (Artículo 8) y la preterintencionalidad (fracción II del artículo 9); aun cuando ésta última forma de culpabilidad de naturaleza mixta, es regulada como si fuera dolosa, con lo cual se tratará de delitos intencionales que en realidad no lo son (21).

(21) Celestino Porte Petit; Importancia de la Dogmática Jurídica Penal, Pág. 50.

Sin embargo, hay opiniones que niegan la existencia legal en nuestro orden jurídico de la tercera especie de la culpabilidad (22).

El dolo pues, consiste en el actuar conciente y voluntario de la persona humana encaminado a producir un resultado típico y antijurídico.

Presupone que la persona se encuentra en el pleno uso de sus facultades racionales para quebrantar el deber jurídico; este es el elemento que dice relación a lo ético. Por otra parte el dolo incluye un elemento volitivo constituido por la intención de realizar el acto típico y antijurídico.

Aun cuando existen varias clasificaciones del dolo, comunmente se aceptan como especies dolosas las siguientes: Dolo directo, indirecto, simplemente indirecto, eventual, indeterminado, alternativo, genérico específico, calificado.

(22) Fernando Castellanos; Lineamientos elementales de Derecho Penal, Parte General, Editorial Jurídica Mexicana; México, 1959, Pág. 243 y 244.

Dolo directo es la característica de la verdadera conducta delictiva en la que la persona humana, después de ver intelectualmente por medio de su conciencia el resultado del acto que va a hacer, de tal manera lo quiere que pone en la realidad todo lo necesario para que efectivamente su conducta se ajuste en todo al tipo delictuoso en cuestión. Hay por tanto - voluntariedad en el obrar y se quiere verdaderamente el resultado. Por eso Cuello Calón expresa que en el dolo directo el resultado de la conducta humana corresponde totalmente a la intención del agente (23).

El dolo eventual es la propiedad de la conducta humana en la que el agente ve posible un resultado delictuoso y no obstante no querer efectivamente dicho resultado y a pesar de representarse intelectualmente lo ilícito del efecto que seguirá a su acción, acepta las consecuencias y pone en obra lo necesario para - realizar el acto.

En este caso hay voluntariedad de la conducta y representación intelectual de la posibilidad del re--

(23) Eugenio Cuello Calón, Derecho Penal, Tomo 1o., - Pág. 307, 8a. Edición, 1947.

sultado; dicho efecto no se quiere directamente, tampoco se deja de querer, simplemente se hace un poco de lado, lo que equivale a final de cuentas a aceptar lo con un poco de indecisión.

Para el Maestro Villalobos (24) las especies del dolo son las siguientes: directo, simplemente indirecto, indeterminado y eventual.

Las dos primeras especies son en esencia a las que me he referido antes como dolo directo y dolo eventual.

El dolo indeterminado se da cuando el agente tiene la intención genérica de delinquir, pero no se propone causar determinado daño en concreto: un ejemplo pudiera ser el del anarquista que arroja una bomba a la multitud sin que quiera realmente que determinada persona sea la que sufra las consecuencias de su acto.

El dolo eventual se da cuando el agente quiere directamente que su acción cause determinado efecto y previendo la posibilidad de que su acción traiga con-

(24) Noción Jurídica del Delito, Págs. 143 y siguientes.

sigo otros daños mayores, no retrocede en su propósito y causa los males no queridos. La diferencia entre esta clase de dolo y el simplemente indirecto, - consiste en lo siguiente: en el dolo eventual lo que domina la realización del acto es la incertidumbre de los resultados previstos pero no queridos directamente; en cambio en el simplemente indirecto, hay certeza del resultado no querido.

Por lo que se refiere a la culpa, término empleado para designar a la segunda especie de la culpabilidad genérica, se puede decir que es la característica del obrar de la persona en el que sin haber intención delictuosa, pero sin poner la diligencia que aconseja la prudencia, se da lo necesario para que se cause un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.

Edmundo Mezger (25) sostiene que actúa con culpa el que viola un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever, como anteriormente (26) se ha expresado.

(25) Tratado de Derecho Penal, Tomo 2o., Págs. 171, -
2a. Edición, Madrid.

(26) Cfr. Pág. 40 de esta Tesis.

La naturaleza íntima de la culpa ha sido explicada principalmente por tres teorías: la de la previsibilidad, la de la previsibilidad y evitabilidad y la del defecto de la atención.

Carrara es el más importante sostenedor de la teoría de la previsibilidad que afirma que la esencia de la culpa consiste primordialmente en que el agente prevea el resultado no querido. Así, la culpa es la omisión voluntaria del cuidado debido para calcular las consecuencias posibles y previsibles del hecho delictuoso. La culpa nace de un defecto de la inteligencia (previsión del mal no querido) plasmado en la voluntad, viciada al momento de obrar.

Binding defiende que la esencia de la culpa puede explicarse debidamente con la teoría de la previsibilidad y evitabilidad.

No es que la culpa pueda imputarse a quien prevé el resultado dañoso no querido, sino que es necesario además que para que a alguien se le pueda reprochar culpa en el obrar, haya podido evitar el resultado dañoso. En el mismo sentido se pronuncia Ernst Von Be-

ling (27).

La naturaleza de la culpa explicada por la teoría del defecto en la atención, sostenida principalmente - por Angliolini y Antolisei (28), únicamente expresa - que dicho vicio racional del agente del delito es imputable a su conducta por el hecho de que la ley le obligaba a tener el cuidado o atención que no tuvo en el momento de obrar.

A mi modo de ver, la mejor explicación de la culpa es la que ofrece la teoría de la previsibilidad y - inevitabilidad del daño causado, porque al no querer el agente el resultado dañoso, aun cuando prevea el mal - que va a seguir a su acción, es injusto que se le reproche o se le impute la responsabilidad del mal causado que no pudo evitar de ninguna manera.

En resumen, la culpa de la que se viene hablando consta de los siguientes elementos: un acto humano po-

(27) Esquema de Derecho Penal, La Doctrina del Delito Tipo, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944, Pág. 92.

(28) Ricardo Franco Guzmán, Criminalia, 1956, Pág. 459

sitivo o negativo; realizado sin la precaución y prudencia exigidas por la ley; que produce resultados previsibles, evitables y penalmente tipificados; en el - que hay una relación de causalidad entre la conducta - y el resultado no querido.

Ahora bien, siempre que una persona conscientemente quiere obrar externamente y como consecuencia de su conducta se sigue una lesión a derechos ajenos, lesión sancionada penalmente, existirá el delito doloso o culposo. Cuando el dolo informa al obrar, la razón de la pena es evidente; cuando el mal causado deriva de la - culpa a la que nos hemos venido refiriendo en párrafos anteriores, también se ve la justificación de aplicar la pena legal correspondiente.

Sin embargo, ¿es justo que sin existir dolo y sin que haya previsión del mal causado se aplique al agente la pena legal de referencia?. En este punto no se - puede olvidar que el hecho mismo de la violación de de rechos ajenos exige en justicia la reparación del mal causado.

Por esto se habla todavía con más detalle de la - culpa dividiéndola en: consciente (a la que se refie--

ren las ideas expresadas anteriormente) e inconsciente ambas merecedoras de que al que obró en dichas circunstancias se le aplique la sanción que proceda.

Simplemente como aclaración, se puede decir que - la culpa es inconsciente cuando no se prevé el resultado dañoso que normalmente hablando es previsible. En este caso hay voluntariedad en el obrar pero hay una - total ausencia de representación del resultado comúnmente previsible.

Esta culpa sin representación o inconsciente, es denominada por el Código Penal del Distrito y Territorios Federales como "lata" cuando el resultado hubiera podido ser previsto por cualquier persona, como "leve" si tan sólo por alguien cuidadoso y "levísima" cuando pudo ser prevista por una persona mucho muy diligente (29).

No es lo mismo obrar con culpa conciente que hacerlo con dolo eventual.

En ambos ejemplos hay voluntariedad en el obrar y conocimiento del resultado; pero mientras en el dolo -

(29) Artículos 60 y 62.

eventual la conducta se realiza con indiferencia del resultado, haciendo abstracción del mismo, en la culpa conciente el resultado de ninguna manera se quiere, si no que por el contrario se confía en que no se producirá.

Para terminar este punto, resta decir que la inculpabilidad se integra por las causas que eximen de la culpabilidad delictuosa que normalmente procedería. Evidentemente aquí hay tautología; Jiménez de Azúa es más positivo en su expresión, definiendo a la inculpabilidad como la absolución del juicio de reproche que pudiera hacerse en contra del agente de una conducta materialmente dañosa (30).

El Maestro Luis Fernández Doblado afirma lo mismo con otras palabras: la inculpabilidad existe y no hay responsabilidad penal cuando previamente hay una causa externa de justificación o cuando internamente (en el entendimiento o en la voluntad) hay una razón de inimputabilidad (31).

(30) Luis Jiménez de Azúa; La Ley y el Delito; Caracas 1945, Pág. 480.

(31) Culpabilidad y Error, México, 1950, Pág. 49.

Una vez que se ha expuesto la esencia íntima del ilícito penal, no queda sino referirse en la misma -- forma general en que lo he venido haciendo, a la consecuencia del delito: la sanción penal, traducida por la denominada simplemente pena o medida de seguridad.

El Maestro Porte Petit considera a la penalidad como un carácter del delito y no como una simple consecuencia del mismo (32). Carrancá y Trujillo e Ignacio Villalobos, opinan en forma distinta (33).

Sin embargo es afirmación totalmente aceptada -- que la punibilidad o amenaza que el Estado hace, mediante la norma, de imponer una pena si la conducta -- llena los presupuestos de la ley penal, necesariamente debe darse para que el obrar humano pueda concebirse como delictuoso.

Únicamente se puede aplicar la sanción prevista

(32) Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, Págs. 59 y siguientes.

(33) Derecho Penal Mexicano, Tomo II, Pág. 125, México, 1956, y Noción Jurídica del Delito, Pág. 28 y siguientes.

por la norma penal. Sin embargo se ha introducido una idea capital al respecto: en los casos en que el delinuente ha actuado con las características fundamentales de la persona, la sanción derivada del delito tiene el carácter de pena como contrapartida de la lesión causada a derechos ajenos por quien en estricto rigor es totalmente dueño y señor de sus actos; si en cambio el agente del delito no es un ente que goce de todas las facultades racionales humanas, porque están ausentes en mayor o menor grado, la sanción penal será una medida de asegurar el interés de la colectividad frente a la lesión causada por quien no puede sufrir como persona humana la sanción penal.

El acto y el hecho jurídicos contienen una relación derivada de la norma. Esta relación se traduce en obligaciones y derechos recíprocos.

Ahora bien por lógica, existen tres elementos básicos en toda relación: el sujeto que se relaciona, el objeto con el que se relaciona y la razón o concepto que sirve de lazo de unión entre ambos extremos.

Jurídicamente hablando no pueden relacionarse las personas y las cosas para encontrar obligaciones deri-

vadas de ese fenómeno. El Derecho sólo interviene cuando existe un lazo de unión (obligaciones - derechos) - entre personas; pues aun en los casos de derechos o facultades reales el deudor puede serlo cualquier persona en general.

Así, la norma penal que establece la sanción aplicable al tipo del delito considera que deben existir - sujetos activos del mismo, sujetos pasivos y el fundamento de la pena correspondiente (la obligación que tiene el infractor de derechos protegidos por la norma penal, de respetar esos derechos para la estabilidad - del orden jurídico - bien jurídico tutelado -).

Sería ilógico pensar en el delito si no se tuviera en cuenta la persona o personas que lo cometan. -- Aceptar la realidad del sujeto activo del delito es otro de los presupuestos capitales para poder estudiar la figura delictiva.

Igual situación debe observarse respecto de los - sujetos pasivos del delito.

Mariano Jiménez Huerta expresa: "Un análisis somero del catálogo de tipos delictivos que implica la Parte Especial de un Código Penal, pone de relieve la - -

existencia de requisitos elementales o comunes a todos los tipos aunque, como es lógico, no siempre se presenten de modo similar. Estos requisitos comunes integran el armazón del tipo y reflejan la razón de su nacimiento y existencia: si la "ratio essendi" del tipo delictivo es la de evitar, con la amenaza de la pena, que el hombre realice conductas externas lesivas de bienes jurídicos ajenos, resulta obvio que la existencia de un sujeto activo primario, de una conducta externa y de un bien jurídico tutelado, son los requisitos más elementales y comunes del tipo penal" (34).

Evidentemente el concepto de sujetos, activo o pasivo, es general e incluye tanto a un individuo como a varios; y en los casos del sujeto pasivo (sobre todo en los delitos de peligro) pueden realizar ese concepto personas indeterminadas y no conocidas.

En abstracto todo ser vivo racional se halla comprendido en el concepto de sujeto activo a que se refiere el tipo penal; sin embargo puede haber excepciones en los casos en que el tipo exige de manera espe-

(34) Opus Cit., Pág. 47.

cial una determinada cualidad o condición el sujeto activo. Son los casos de los delitos propios o especiales, que también se denominan particulares o exclusivos.

Evidentemente las cualidades personales del sujeto activo pueden ser, entre otras, de condición natural o de índole jurídica.

De esta forma los delitos comunes pueden diferenciarse debidamente de los delitos propios o especiales.

En algunos tipos se exige necesariamente dualidad o pluralidad de sujetos activos primarios (delitos de sedición, incesto, adulterio, conspiración y en nuestro caso, los delitos federales de juego). Por esta razón se puede hablar de delitos nomosubjetivos o individuales (requieren como sujeto activo un sólo individuo, homicidio) y delitos plurisubjetivos, colectivos o de concurso necesario, juego prohibido).

Dentro de esta última especie existen dos modalidades de tipos distintos: delitos de encuentro y delitos de convergencia. Los primeros presuponen "conceptualmente la intervención activa de dos o más personas

cial una determinada cualidad o condición el sujeto activo. Son los casos de los delitos propios o especiales, que también se denominan particulares o exclusivos.

Evidentemente las cualidades personales del sujeto activo pueden ser, entre otras, de condición natural o de índole jurídica.

De esta forma los delitos comunes pueden diferenciarse debidamente de los delitos propios o especiales.

En algunos tipos se exige necesariamente dualidad o pluralidad de sujetos activos primarios (delitos de sedición, incesto, adulterio, conspiración y en nuestro caso, los delitos federales de juego). Por esta razón se puede hablar de delitos nomosubjetivos o individuales (requieren como sujeto activo un sólo individuo, homicidio) y delitos plurisubjetivos, colectivos o de concurso necesario, juego prohibido).

Dentro de esta última especie existen dos modalidades de tipos distintos: delitos de encuentro y delitos de convergencia. Los primeros presuponen "conceptualmente la intervención activa de dos o más personas

recíproca y finalísticamente orientadas a coincidir en la realización de un hecho que no puede surgir sin una bilateral o plurilateral actividad" (35). Los segundos requieren de la cooperación de varias personas hacia -- una meta común externa.

4.- Derecho Penal Común o Codificado y Derecho Penal - Especial:

El carácter del Derecho Penal, de ser casi siempre la última barrera jurídica que se opone a la conducta - antisocial de la persona, hace que sus disposiciones no se encuentren consignadas solamente en un cuerpo de leyes sistematizado, congruente y armónico.

En las otras ramas del Derecho es de tal naturaleza imprescindible proteger los derechos que reconocen, que en las mismas se establecen sanciones penales que respalden la existencia jurídica de tales derechos.

Es manifiesto que la mayoría de las normas penales de un Estado de Derecho se encuentran recopiladas, ordenadas y sistematizadas en un solo todo ordenado.

El Derecho Penal Codificado en esta última forma -

(35) M. Jiménez Huerta, Op. Cit., Pág. 60.

es el que se considera como fundamental o común, porque es la base reconocida por toda ley en los casos de una sanción penal.

Las normas penales que se encuentran incluidas en otras ramas del Derecho (Civil, Fiscal, Constitucional, Mercantil, etc.), forman lo que se conoce como Derecho Penal Especial, íntimamente conectado con el Derecho Común Fundamental del que son concretizaciones, aisladas, especiales.

El Código Penal vigente en el Distrito y Territorios Federales establece que en la comisión de un delito no previsto en dicho Código sino en una ley especial, se aplicará ésta y serán subsidiarias las disposiciones conducentes del mismo Código (36).

Este principio es lógico porque la razón de crear el Estado un solo cuerpo de leyes de naturaleza penal, indica su intención de incluir en él todos los principios que deben ser comunes, por fundamentales, en todos los casos posteriores en que las exigencias sociales - del momento exijan la creación de una norma penal especial.

Los antecedentes históricos legislativos de este precepto legal son señalados por el Maestro Porte Petit como consecuencias de los artículos 3o. y 2o. de los Códigos Penales de 1871 y de 1929, respectivamente, para el Distrito y Territorios Federales (37).

Hay leyes penales especiales que exclusivamente establecen el delito y su pena, presuponiendo totalmente la aplicación de la Ley Penal Codificada; cuando no establecen pena especial para el delito que tipifican, se remiten expresamente al Código Penal Común o Fundamental. Son las llamadas leyes penales en blanco.

Sin embargo cuando la ley penal especial establece reglas propias sobre culpabilidad, tentativa, participación, etc., según la técnica legal correcta, -- tienen valor estas nuevas disposiciones que derogan -- las de la ley común; sea un ejemplo el del Código Fiscal de la Federación que no admite la imprudencia como forma de culpabilidad en los delitos que reprime -- (38).

(37) Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, 3a. Edición, Pág. 159, México, 1964.

(38) Artículo.

Así, se denominan delitos comunes los comprendidos en el Código Penal y delitos especiales los definidos y reprimidos por leyes especiales distintas al Código o de competencias o jurisdicciones especiales.

5.-

Las Leyes Penales Especiales:

Como se desprende de los párrafos que anteceden, el conjunto de leyes penales especiales que no forman una unidad codificada son legislación complementaria de la legislación ordinaria o común en materia penal,

Incluyen por tanto no sólo los delitos y penas - en función de los cuales hubo necesidad de crear dicha ley, sino que también tienen este carácter algunas partes de las leyes civiles, políticas y administrativas que definen infracciones estableciendo una sanción penal relativa a las mismas.

Si bien es cierto que la única fuente del Derecho Penal es la Ley, no debe entenderse esto como si el Código Penal fuera el único elemento que constituye dicha Ley.

El Código es la ley más importante, pero no la única, sino que junto con las leyes penales especia--

les integra el concepto genérico de Ley como fuente del Derecho Penal.

En el orden jurídico mexicano, los artículos 14 de la Constitución Federal y 7o. del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, aplicable en toda la República cuando se trate de materia federal, fundan la exclusividad de la Ley Penal como fuente del Derecho.

De esto se desprende que únicamente puede considerarse delito lo que la ley expresamente define como tal sin que ningún juez pueda crear delitos. Es la aplicación legal del principio teórico que establece que no puede haber delito sin ley previa que lo defina y sancione.

También derivan de dichos preceptos legales las siguientes conclusiones: es garantía penal la imposibilidad en que se encuentra el juzgador para establecer penas distintas a las impuestas por la Ley, lo cual es una traducción del principio teórico de que nulla poena sine previa lege; no es por demás consignar que dentro del concepto de "poena" algunos autores consideran incluidas las llamadas medidas de seguridad, a las que debe entenderse aplicable también la garantía de la -

que se viene hablando (39).

Puede hablarse también de otras garantías: la de proceso, la ejecutiva y la jurisdiccional, mediante las cuales sólo puede aplicarse la sanción penal después de que se ha seguido un procedimiento normal ajustado a la ley; sólo puede ejecutarse la pena en la forma que lo establece la ley y no se puede juzgar a nadie con base en leyes privativas ni por Tribunales especiales (artículo 13 de la Constitución Federal).

Dentro de este marco de ideas, la Ley Federal de Juegos y Sorteos, como ley penal especial, forma parte de la única fuente del Derecho Penal Mexicano: la ley en su contenido represivo.

La naturaleza y características de dicho ordenamiento legal serán el objeto de los siguientes capítulos de esta tesis.

(39) Eugenio Guello Calón, Derecho Penal, Tomo I, Pág. 182, 11a. Edición, Barcelona, 1953.

CAPITULO SEGUNDO

ANOTACIONES GENERALES DEL ASPECTO HISTORICO JURIDICO DE LA LEY FEDERAL DE JUEGOS Y SORTEOS.

1.- Aspecto Constitucional:

De conformidad con lo establecido por el Artículo 124 de la Carta Magna, los Estados Federados sólo pueden legislar en materias que no estén reservadas - en exclusiva a la Federación; en consecuencia, la actividad legislativa estatal frente al caso de la prerrogativa exclusiva de la Federación, tiene la tacha evidente de su inconstitucionalidad.

Con fundamento en el Artículo 73, fracción X, de la Constitución Federal, la facultad de legislar sobre juegos con apuestas y sobre sorteos compete en exclusiva al Congreso Federal y la aplicación, por tanto, de dichas leyes, tendrá ámbito nacional.

El 31 de diciembre de 1947 apareció publicada en el Diario Oficial de la Federación la Ley Federal de Juegos y Sorteos expedida el 30 de diciembre del mismo año.

La razón de ser de dicha Ley se encuentra en el dato sociológico de la afición congénita del individuo a la diversión que cuando va acompañada de la ilusión del azar o del premio materialmente desproporcionado con el esfuerzo, incita aún más a buscar dichos medios de recreación. El ingenio humano ha ido encontrando al través del tiempo las mejores formas de incluir una mayor dosis de emoción, de excitación y de atractivo, en el juego que en un principio fue simple y sin mayores complicaciones.

En nuestro medio mexicano, como sin temor a equivocarme puede decirse que sucede en todas partes del mundo, la afición a los juegos de azar y de apuesta es tan antigua como la vida misma del pueblo mexicano.

Se ha hecho la observación de que el sacrificio humano de los Aztecas tenía visos de juego de azar en el que la apuesta era la vida misma del participante - (40) y viene al caso recordar lo que hacía Santa Anna cuando perdía la silla presidencial: irse a su hacienda de Manga del Clavo a jugar gallos en su palenque --

propio (41).

2.- Aspecto meramente penal:

Como más adelante se verá, el Ordenamiento Legal que nos ocupa tiene un carácter casi exclusivamente repressivo. Es la última barrera para aquellos juegos que complicados con la apuesta o con el premio, pueden llevar a una contradicción abierta con la ley moral y económica del trabajo, pervirtiendo y extraviando los sentimientos nobles de la persona,

Los deportes que por la situación histórica actual de nuestro País como sede de los próximos Juegos Olímpicos de 1968 y del Campeonato Mundial de Football Soccer de 1970, han tomado un auge extraordinario, normalmente no ven coartada su expansión por la Ley de que se trata, pues ésta sólo prohíbe aquellas diversiones en las que más que la destreza o habilidad de quien las practica, intervienen el azar o lo que comúnmente denominamos suerte.

El por qué del reprimir legalmente los juegos de

azar con apuesta se descubre fácilmente si se piensa que esa clase de diversión "es siempre perjudicial y llega a esclavizar al individuo...; pero hay otra razón más importante y perjudicial...: el dolo o trampa, porque solamente el juego con apuesta es el más susceptible de convertirse en juego fraudulento, hermano carnal de la codicia, la avaricia y de todos los vicios" (42).

Sin embargo de esta lucha permanente contra los juegos de azar el mal se ha ido universalizando con mayor fuerza convirtiéndose en un cáncer que poco a poco con la premura necesaria, deberá curarse por los medios más idóneos, bien sea estableciendo sanciones aún más rigurosas, bien sea encauzando la afición al juego por caminos legales en los que la autoridad, controle justamente las apuestas o los premios y destine las utilidades a fines laudables.

3.- Aspecto Administrativo:

La Secretaría de Gobernación es la autoridad administrativa a la que la Ley encomienda el autorizar, re

(42) Memoria del III Congreso Internacional del Ministerio Público, México, 1964, Página 468.

glamentar, controlar y vigilar los juegos legalmente permitidos en los que haya apuesta, así como los sorteos distintos de los que celebra la Lotería Nacional, pues este Organismo descentralizado ajusta su proceder a los dictados de una Ley propia.

Como dicha Secretaría de Estado es la que mejor puede intervenir coactivamente en los casos de juegos de azar, la Ley ha encomendado a ella vigilar que se cumplan sus preceptos, teniendo en cuenta que el obrero y el campesino son los que sufren mayormente las consecuencias de los tahúres profesionales y de las organizaciones lúdicas fraudulentas.

Por eso se prohíbe el juego de azar y se reglamenta debidamente todo juego en el que intervengan la destreza y la habilidad del que lo practica, especificando cuáles de estos últimos serán permitidos y cuáles deberán prohibirse por su nocividad social.

Cierto que el ideal sería prevenir y combatir, encauzando a buenos fines, la afición al juego, sobre todo si no se olvida que cuando va de por medio un interés económico grande dominan casi en su totalidad la mala fe y el fraude; sin embargo, siendo un mal inevi-

table la afición común a los juegos de azar, no queda otro camino sino acatar lo que ordena nuestra Ley: -- ajustar nuestra conducta a la reglamentación, control y vigilancia establecidos por ella, sabiendo que las utilidades se destinarán a obras de beneficio social - (Artículo 5o.).

En resumen, el juego con apuestas es perjudicial; pero ante la casi imposible erradicación de esta afición congénita de la mayoría de las personas que forma mos el pueblo del Estado, la autoridad no puede hacer otra cosa sino ordenar justamente dicha tendencia mediante una Ley protectora que reglamente adecuadamente los juegos permitidos y que establezca con corrección los juegos prohibidos. En este sentido actúa la Ley - Federal de Juegos y Sorteos que analizaré con un poco de mayor detenimiento en los capítulos siguientes; por ahora sólo apuntaré que las sanciones legales que consigna son enérgicas e incluyen penas privativas de la libertad, multas, decomiso de objetos, disolución de - negocios, etc.

4.- Antecedentes Históricos Legislativos:

La Ley 2, Título V, Libro II, del Digesto, ya men

ciona un senado consulto que prohibía arriesgar dinero en juego que no fuera de destreza. Justiniano en la Ley I, Libro III, Título XLIII del Código, no permitió jugar más de un sueldo a los saltos mortales, saltos con garrocha, palo quiritano con hebilla, a los periquetes y a los juegos hípicos, si no hubiere dolo o maquinación astutas, porque expresó que la afición al azar con el correr del tiempo se revistió de ropajes de juego muy diversos bajo nombres extraños, produciendo casi siempre lágrimas. Incluso consideró como una incitación a la blasfemia y todo un mal político la práctica del juego de azar, criticando a los legisladores anteriores a él que sólo se refirieron a este punto desde el ángulo del Derecho Civil (43).

La Edad Media fue mucho más adelante: generalmente se prohibían todos los juegos aun cuando se tratara de los de habilidad (44); se podría decir que los tor-

(43) Francesco Carrara, Programa del Curso de Derecho Criminal, Buenos Aires, 1944, Párrafo 2936, No. 1

(44) G. Sabatini.- Delle Contravvenzioni in Particolare Libro III del Trattato di Diritto Penale Coordinato da Eugenio Florian; 4a. Edición; Milano; 1937; Pág. 9.

neos eran una negación de esto, pero en realidad dicho espectáculo no se tomaba como juego sino que era una mezcla de ritual religioso y de lucha a muerte.

En España, la Partida I, Título V, Ley 557, prohibía a los prelados y clérigos jugar o simplemente ver jugar; la Partida III, Título XIV, Ley 6, decía que "aquél que tiene tahurería si los tahures le furtaren alguna cosa o le fizieran algún tuerto o mal o deshonra a aquél que los acogió, déuelo sufrir e non guelo puede demandar ni son tenudos los tahúres de recibir pena ninguna por ello, fueras ende si matasse; y esto porque los tahures o los vellacos usando la tahurería, por fuerza conuiene que sean ladrones e omes de mala vida" (45).

En la antigua Francia puede hablarse de las prohibiciones que en contra de los juegos de ajedrez y de dados establecieron respectivamente Luis IX y Felipe III, mediante ordenanzas de 1254 y de 1359 respectivamente (46).

Con el correr del tiempo la prohibición legal se

(45) Las Siete Partidas, Barcelona, 1844,

(46) Carrara, Op. Cit., Párrafo 2936, Núm. 1.

fue circunscribiendo únicamente a los juegos de azar y a su explotación, agregándose a las penas pecuniarias establecidas hasta entonces las restrictivas de la libertad individual (47).

En la época contemporánea la legislación europea reprime al mismo tiempo o bien a los dueños de casas de juego y a los jugadores (Alemania, Austria, España, Holanda e Italia) o bien solo se incrimina al tenedor de la casa de juego (Francia y Bélgica) (48).

En Inglaterra y en el Derecho Penal Anglonorteamericano se habla de "crímenes" (felony) y de "delitos" (misdemeanor) entendiéndose que los últimos son simples contravenciones que compete juzgar a un juez de paz (49).

Por lo que se refiere a los antecedentes históricos legislativos propios de la Ley Federal de Juegos y

(47) G. Sabatini, Op. Cit., Pág. 9.

(48) R. Garrand, Droit Penal Francais, Tomo 5, Edit. - Larousse, París, 1894, Págs. 383 y siguientes.

(49) G. Sabatini, Op. Cit., Pág. 12.

Sorteos vigente, no puede haber ninguno de orden federal, pues como se dijo antes era competencia de los Estados el legislar en esta materia.

Hecha esta observación, el Bando del 9 de mayo de 1832 prohibió el juego del dominó en los cafés y lugares de concurrencia pública y el de 26 de noviembre de 1833 renovó la prohibición del juego denominado imperial y de la lotería; además, el de 10 de diciembre de 1833 prohibió el juego llamado bagatela (50).

Cité en primer lugar estas referencias por llamativas, pero desde el 23 de febrero de 1830 el artículo 10. de la Ley respectiva (según puede verse en el Título Segundo, Libro Séptimo de la Recopilación de Indias) consignó la prohibición terminante de los juegos de azar con apuesta.

Según refiere el Maestro don Demetrio Sodi (51),-

(50) Joaquín Escriche, Diccionario Jurídico, "Juegos", novísima edición de la Librería de la Vda. de Ch. Bouret, 1920.

(51) Nuestra Ley Penal, Tomo I, 2a. Edición; México, - 1877, Librería de la Vda. de Ch. Bouret, Pág.

el 17 de enero de 1861 se expidió un Reglamento de Juegos Permitidos, aplicable al Distrito y Territorios Federales, que autorizaba sólo los juegos de cartas, de pelota, de bolos, de billar y otros semejantes, siempre que no hubiera envite, suerte o azar, pues en este caso se consideraban como juegos prohibidos.

El juego siguió practicándose, sin embargo, y en buena forma. Así se explica que en una época en la que las exigencias sociales eran rigurosas, se haya considerado como vituperable, pero plenamente ejercitada, la afición lúdica a la apuesta.

Martel, dice don Demetrio Sodi, obtuvo en el Distrito Federal la exclusiva de explotación del juego y se abrieron varias casas ad hoc en calles céntricas de la Ciudad de México; de modo que tachado y todo por la sociedad, el azar en el juego tuvo gran auge (52).

El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1871 prohibió toda lotería y toda clase de rifas si no mediaba licencia del Ministerio de Gobernación.(53).

(52) Ibidem, Página

(53) Artículo 863.

Las sanciones penales consistían en multa de cien a mil pesos (multa proporcionalmente más grave que la que actualmente establece la Ley en sus artículos 12 y 13) y arresto menor (de 3 a 8 días), para los empresarios, administradores o encargados de una lotería no autorizada (54).

Los dueños de casa de juego prohibido, de suerte o de azar, eran penados con arresto menor y multa de cien a quinientos pesos; sanción aplicable en la mitad a los administradores de dichos locales (55).

Los jugadores y simples espectadores eran multados con cantidad comprendida entre cincuenta y doscientos pesos; sólo en la imposibilidad de cubrir esta sanción pecuniaria procedía un arresto menor (56).

Como se ve, este Código Penal en realidad no consideraba delictuoso el juego que él mismo prohibía, lo cual es un contrasentido; solamente aplicaba sanciones administrativas.

(54) Artículo 864.

(55) Artículo 869.

(56) Artículo 872.

Esta idea, como se verá, es totalmente opuesta a nuestra Ley vigente para la que el juego ilegal es fundamentalmente actividad delictuosa y sólo por excepción cae en el plano de faltas administrativas.

Al reformarse la fracción X del Artículo 73 de la Constitución Federal en 1947, los Estados carecen de competencia en esta materia.

En la época de la Segunda Guerra Mundial se dictó una suspensión de garantías consignada en la Ley de -- Emergencia de 1945 que originó se presentara ante el -- Congreso Federal la iniciativa de reformas al artículo 73 de la Carta Fundamental. La fracción X de dicho -- precepto decía originalmente así:

"Art.- 73.- El Congreso tiene facultad:

.....

X.- Para legislar en toda la República sobre minería, comercio, instituciones de crédito y para establecer el Banco de Emisión Unico, en los términos del artículo 28 de esta Constitución".

Como se ve, no aparecía consignada como facultad exclusiva federal la de legislar en materia de juegos con apuesta y sorteos y dado el régimen mexicano de facultades expresas, competía el mencionado derecho a -

los Estados Federados.

Dado pues, que sólo a partir de 1947 la materia de juegos con apuesta y sorteos se considera federal, no puede haber antecedentes anteriores a dicho año que sean de orden federal. Hasta entonces los Estados dictaron las normas jurídicas correspondientes en función de la facultad indicada y sólo por mera curiosidad, justificada, pero en mi caso fuera de lugar, valdría la pena estudiar las mejores y más importantes del caso.

No es por demás, sin embargo, observar que aun cuando hoy en día los Estados son incompetentes en tal punto, no por eso están impedidos de apoyar esta norma secundaria federal con las normas que mejor ayuden para la aplicación de los preceptos de esta Ley.

5.- Estructura general de esta Ley:

Como tanto se ha repetido en este trabajo, actualmente es facultad exclusiva de la Federación legislar en materia de juegos con apuestas y sorteos (artículo 73, fracción X, de la Constitución Federal).

Por otra parte el artículo 133 de la misma Carta Fundamental de la Federación, considera como ley supre

ma de toda la República la Constitución misma, las leyes federales y los tratados internacionales. En consecuencia la Ley Federal de Juegos y Sorteos forma parte de la suprema ordenación legal de la conducta de los miembros del pueblo del Estado Mexicano, siempre que sus disposiciones y su aplicación se ajusten debidamente a la Constitución Federal.

Esto supuesto, pasaré a mencionar a grandes rasgos el contenido de la Ley cuyo objeto es estudio de mi tesis.

Consta de 22 artículos, incluidos 5 transitorios que expresan los principios generales de Derecho en relación con la derogación, aplicabilidad y retroactividad de dicha Ley.

Dentro del cuerpo mismo de la Ley se consigna en primer lugar la prohibición expresa y terminante de todo juego de azar y todo juego con apuesta.

Sin embargo, como varias veces ha quedado dicho, la afición al entretenimiento y a la diversión del mexicano es innegable y no siempre el objeto y los medios de diversión tienen el carácter nocivo que la Ley trata de evitar. Por eso, no obstante que el azar y -

la apuesta en el juego quedan al margen de la Ley, ésta no considera ilícitos determinados modos de juego en los que intervengan el azar y la apuesta.

Con tal idea, el artículo 2o. no considera ilícitos, sino que los permite como algo jurídico, los sorteos en general y determinados juegos en especial. Son actividades de esta naturaleza los juegos de ajedrez, de damas y otros semejantes, de dominó, de dados, de boliche, de bolos y de billar, además de todas las formas y denominaciones de juegos de pelota, carreras de personas, de vehículos y de animales, y toda clase de deportes. Sin embargo, la prohibición de la apuesta y del azar queda de tal manera firme, que fuera de los juegos señalados, los demás son juegos prohibidos.

En el artículo 15 se establece que los juegos celebrados en domicilios particulares únicamente para diversión o pasatiempo ocasional, si no son practicados habitualmente y si no se admiten en los mismos a personas ajenas a los nexos familiares o al trato social cercano con los dueños o moradores, quedan fuera de la reglamentación jurídica establecida por la Ley. Ahora bien, relacionando este precepto con los artículos 4o. y 2o., - si por ejemplo se trata de apostar en juegos de dominó,

de billar, de dados, etc., celebrados en domicilio particular e intervienen en los mismos familiares exclusivamente pero el entretenimiento en cuestión es de tal manera habitual que requiera un local permanente para su celebración, se necesitará la autorización correspondiente de la Secretaría de Gobernación.

Sentadas las bases prohibitivas y permisivas de la apuesta en relación con el juego y visto que en el orden jurídico mexicano la Secretaría de Gobernación es la que cuenta con los mejores medios para lograr el cumplimiento de mandatos legales como éstos, el artículo 3o. de la Ley encomienda a dicha Dependencia del Ejecutivo Federal la reglamentación, autorización, control y vigilancia de los juegos con apuesta de cualquier clase y de todos los sorteos, excepción hecha de los de la Lotería Nacional que se ajustan a lo establecido por la correspondiente Ley especial.

Pero no es tanta la extensión de dicho precepto en su ámbito de vigencia personal, como para exigir de los particulares que en todo sorteo recaben la autorización correspondiente. En efecto, del contenido del artículo 4o. se desprenden que dicha autorización sólo se requiere en los casos en que se dé el hábito de celebrar sor-

teos.

De los productos obtenidos por el permisionario de un juego o de un sorteo se pagarán los impuestos correspondientes y sobre el resto de utilidades la Secretaría de Gobernación fijará la participación que se deberá entregar al Gobierno Federal, para ser destinada a establecimientos de prevención social y de asistencia dependientes de la citada Secretaría de Estado y de la de Salubridad y Asistencia (artículo 5o.). No existe dicha obligación cuando se trata de sorteos realizados por autoridades o instituciones educativas y de beneficencia, si los productos del sorteo se dedican en su totalidad a fines de interés general; tampoco en los casos de sorteos que tiendan en exclusiva a hacer propaganda comercial y finalmente, tampoco cuando se trate de sorteos realizados como ventas en las que los participantes reciban en mercancía, efectos u otros bienes, el valor íntegro de su aportación (artículo 6o.).

La Secretaría de Gobernación en el ejercicio de las atribuciones que se le asignan, tiene el auxilio obligatorio de toda autoridad federal y local (artículo 10). Por lo demás, la forma inmediata de vigilar -

que la conducta de las personas se ajuste a lo legal, consiste en encomendar esta tarea a inspectores nombrados por la Secretaría de referencia, auxiliándose con la intervención de los organismos o comisiones que considere pertinentes, llegando incluso hasta el ejercicio de la fuerza pública (artículo 7 y 10).

Dos son las maneras extremas que tiene la Secretaría de Gobernación para reprimir la ilegalidad de esta clase de juegos y sorteos; la clausura del local y la imposición de sanciones penales y administrativas (artículos 8, 12 y 13).

En tales casos tiene autoridad para inhabilitar - en el ejercicio de sus actividades o para destituir de sus empleos a los que intervengan ilícitamente en la organización de dichos juegos y sorteos, o a los funcionarios públicos que autoricen juegos prohibidos, - los protejan o simplemente concurren al local donde se celebren si no lo hacen en el ejercicio de su empleo - (artículos 12, fracción IV, y 17).

Como excepción no se aplica algunas veces la pena, a pesar de haber una conducta ilegal (artículo 12, - fracción I in fine). Se trata de los casos en que habi

tualmente se juegue con apuesta o se realicen sorteos entre amigos y parientes sin autorización legal (relacionar este artículo con el artículo 15).

La sanción penal establecida por la Ley es de dos clases: prisión de tres meses a tres años y multa de quinientos a diez mil pesos y destitución de empleo en su caso (artículo 12) o prisión de un mes a dos años y multa de cien a cinco mil pesos (artículo 13).

Es tal el interés de la Ley en que nadie tome parte en un juego prohibido, que aun al simple espectador del mismo se le considera presuntivamente como reo de la sanción penal del citado artículo 13.

Por otra parte si no bastan ni la clausura ni la inhabilitación, ni la destitución de empleo, ni la pena corporal o pecuniaria, la Secretaría de Gobernación tiene facultad para decomisar los utensilios y objetos del juego, así como bienes o dinero del mismo, pudiendo llegar incluso a decretar la disolución del negocio o Sociedad que auspició el delito (artículo 14).

Como en las ferias regionales es tradicionalmente observada la práctica del juego con apuesta, dada la casi imposibilidad de obtener un resultado mejor con -

su simple prohibición, la Ley faculta a la Secretaría de Gobernación para que autorice el que se crucen -- apuestas, pero solamente en espectáculos que estén - comprendidos en el Reglamento de la Ley (artículo 11).

Ahora bien, dicho Reglamento contiene la enumeración que de los juegos permitidos hace el artículo 2o. de la Ley y sólo añade los siguientes: tiro al blanco, luchas, boxeo, rifas y sorteos de toda clase de objetos y dinero; con lo cual la situación sociológica - permanece casi idéntica.

Evidentemente el órgano jurisdiccional competente para conocer del procedimiento iniciado con motivo de la aplicación de estas sanciones legales, es el Poder Judicial Federal mediante los Juzgados de Distrito - (artículo 16).

Cuando se trate de infracciones que no lleguen a constituir delito en los términos de la Ley, de su Reglamento o de lo dispuesto por la Secretaría de Gobernación, se sancionarán administrativamente por la misma Secretaría de Estado mediante multa, arresto, revocación del permiso, clausura del establecimiento, suspensión hasta por un año o inhabilitación definitiva.

para desempeñar la actividad o función respectiva (artículo 17).

Como se ve, la disposición legal coarta la libertad del individuo sin que por eso lo incapacite para la diversión en la que intervengan el azar y la apuesta, siempre que se trate de los casos de juegos o sorteos con autorización administrativa suficiente.

Tal vez sea nuestra Ley uno de los pocos ejemplos en el mundo en los que expresamente se obligue al permissionario del juego con apuesta o del sorteo a entregar a la Autoridad una parte de sus ganancias para fines específicos de beneficio social.

Algunos han pensado que ésta es la actitud farisaica del legislador que preocupado por la responsabilidad de permitir actividades no siempre recomendables, busca la manera de tapar en algo el mal que él mismo fomentó. No hay por qué hacer ver la injusticia de este reproche, puesto que sólo el grado de progreso cultural y de civilización de los miembros del pueblo del Estado es lo que da la pauta para poder afirmar con certeza que la inocuidad original del azar o de la apuesta causa un mal menor que el que se quiere evitar

mediante la promulgación de disposiciones legales.

Se ha discutido mucho sobre la procedencia o im--
procedencia del establecimiento legal de casinos de -
juego debidamente organizados a semejanza de lo que se
observa en varios países que tradicionalmente se consi--
deran a la vanguardia de la cultura.

Tal vez la autoridad tenga razones suficientes pa--
ra no considerar válidos los argumentos que se hayan -
aducido en pro del establecimiento de dichos casinos;
aunque se ha llegado al extremo de que espectáculos --
tradicionalmente aceptados como mexicanistas (peleas -
de gallos, carreras de cintas, etc.) poco a poco han -
ido dejándose a un lado, ante las dificultades legales
que se les presentan para su funcionamiento.

Quizá la no completa adecuación entre el sentir -
del pueblo y el de la autoridad haya originado que al
margen de la Ley exista mucho mayor actividad lúdica -
que la autorizada por la disposición jurídica relativa.

Con una visión de conjunto de esta Ley, puede con--
cluirse que tiende este ordenamiento a procurar que -
los juegos de azar no se practiquen cuando la autori--
dad no tenga un debido control de ellos. Su finalidad

es reprimir esta práctica cuando sea ilegal.

Y aunque consigna procedimientos administrativos detallados para el caso, tiene más bien carácter represivo por cuanto que aplica en última instancia la fuerza de la sanción penal de sus artículos 12 y 13. Para hablar en el mismo lenguaje, es como si reservara para el momento más difícil su as de oros.

Para finalizar, quiero hacer hincapié en que la facultad federal exclusiva se refiere únicamente a los juegos con apuesta y a los sorteos.

Los Estados, por tanto, tienen irrestricta la facultad constitucional de legalizar la práctica de todo espectáculo en el que no intervengan ni la apuesta ni el azar o ambos elementos a la vez. En función de ésta prerrogativa derivada de confrontar los artículos 124 y 73, X, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la facultad legislativa estatal ha encontrado el camino, o tratará de encontrarlo, para ofrecer a los miembros de su pueblo el margen legal en el que se pueda desarrollar debidamente la tendencia ingénita al juego.

En cuanto al Reglamento de la Ley Federal de Jue-

es reprimir esta práctica cuando sea ilegal.

Y aunque consigna procedimientos administrativos detallados para el caso, tiene más bien carácter represivo por cuanto que aplica en última instancia la fuerza de la sanción penal de sus artículos 12 y 13. Para hablar en el mismo lenguaje, es como si reservara para el momento más difícil sus as de oros.

Para finalizar, quiero hacer hincapié en que la facultad federal exclusiva se refiere únicamente a los juegos con apuesta y a los sorteos.

Los Estados, por tanto, tienen irrestricta la facultad constitucional de legalizar la práctica de todo espectáculo en el que no intervengan ni la apuesta ni el azar o ambos elementos a la vez. En función de esta prerrogativa derivada de confrontar los artículos 124 y 73, X, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la facultad legislativa estatal ha encontrado el camino, o tratará de encontrarlo, para ofrecer a los miembros de su pueblo el margen legal en el que se pueda desarrollar debidamente la tendencia ingénita al juego.

En cuanto al Reglamento de la Ley Federal de Jue-

gos y Sorteos, todavía no ha sido expedido en forma correcta.

Cuando estaba en vigor la Ley Federal de Juegos - con Apuesta y Sorteos (fundada en la Ley de Emergencia de 1945), fue expedido un Reglamento para el Distrito Federal y Territorios Federales; se reformó la Constitución, se expidió nueva Ley Federal sobre la materia, pero no se hizo un nuevo Reglamento sino que indebidamente se ha seguido observando el anterior, con lo que institucionalmente se ha puesto todo lo necesario para violar los artículos 14 y 16 de la Carta Magna Federal.

Es en todo idéntico a los preceptos de la Ley, - con la única diferencia de que sí expresa la cuantía - de la multa administrativa: de cien a diez mil pesos.

6.- Aspectos Penal y Administrativo de la Ley:

La finalidad primera de la reglamentación de los juegos con apuesta y de los sorteos, consiste en tratar de ordenar desde el plano meramente administrativo la conducta externa de los sujetos de la Ley.

Esta es la razón por la cual antes del ejercicio de la acción penal correspondiente, a la Secretaría de

impuestos que al efecto determinen las leyes fiscales correspondientes. Como un ejemplo puede citarse la Ley Federal del Impuesto sobre loterías, rifas, sorteos y juegos permitidos, que establece la carga fiscal correspondiente para la celebración de dichas actividades y también en función de la obtención de los premios (artículo 10.); los empresarios de dichas diversiones son los causantes del impuesto por el concepto expresado en el primer lugar y toda persona física o moral, en el segundo supuesto (artículo 20.).

El juego como objeto de la Ley cuyo estudio hago, implica relaciones con la materia fiscal, penal, administrativa, civil, mercantil, laboral, etc.

Se ha visto que en lo que tiene de administrativo la Ley hace hincapié lo suficiente como para descubrir en las facultades que otorga a la Secretaría de Gobernación el papel de verdadero órgano administrativo que por su naturaleza tiene. En efecto, mientras no actúe dicha Dependencia sino aplicando las medidas administrativas a las que le faculta la Ley, los juegos prohibidos pueden verse sólo como objeto de la actividad de la administración federal encomendada al Poder Ejecutivo. Los impuestos relativos indican también con cla-

ridad este carácter, dato que está explícito en el artículo 5o. al obligar al permisionario a entregar parte de sus ganancias para fines de beneficio social, lo cual se encuentra directamente bajo el ámbito de la administración.

Tópico muy importante es el carácter civil incluido en la concertación de una apuesta o en la celebración de un sorteo. A dicho punto me referiré aunque sea en una forma muy genérica cuando desarrolle el número 3 del capítulo siguiente.

En realidad lo que de más importancia tiene ésta Ley es el aspecto penal que, como se verá más adelante, es bastante claro para ser analizado debidamente. Sólo repetiré que el carácter de concretización del Derecho Penal realizado por esta Ley, es innegable en lo que de norma penal tiene, convirtiéndose así en fuente del Derecho Penal Mexicano en su carácter de Ley Penal Especial.

7.-

Análisis crítico de la Ley:

Se pueden arguir varias razones en contra de este Ordenamiento Legal. Señalaré sólo las que me parecen más importantes.

a) Cuando se promovió la reforma de la fracción X del artículo 73 de la Constitución Federal para otorgar en exclusiva al Congreso de la Unión la facultad de legislar sobre juegos con apuesta y sorteos, la situación histórica era la siguiente: acababa de salir el mundo de la conflagración de la segunda guerra mundial que de una o de otra forma alcanzó a todos los pueblos de la tierra.

México había sido parte beligerante en la misma peleando en el bando de los aliados y aunque no soportamos las consecuencias tremendas que sufrieron los pueblos europeos, la sicosis bélica produjo reacciones tan extrañas como la de hacer que la gente viviera con mucho mayor espíritu de diversión; sin saberlo quizá, buscaba olvidarse de la preocupación que engendra un mal tan grave como la guerra.

Si se revisaran las estadísticas posibles del caso, se comprobaría que a pesar de las ingentes necesidades materiales proliferaron extraordinariamente los medios de diversión; fué la época (ya ahora juzgada como romántica puesto que merecen este calificativo los años que sirven de transición entre una y otras etapas diferentes de la vida humana) en que los casinos de -

juego en Europa volvieron a llenarse de público que jugaba todo su dinero sin pensar en el mañana; también - entonces la vida misma del mundo tenía un sentido de - alegría despreocupada (en México la canción vernácula tuvo aspectos de gran calidad y publicidad mundial, - los cabarets, teatros, cinematógrafos y todo centro de diversión estaban a reventar y florecientes).

Esta realidad movió al Legislador Federal a creer conveniente la creación de un camino jurídico que coartara debidamente los excesos, en atención al interés - de la comunidad.

Y se pensó que los juegos de azar y los sorteos - eran los más proclives al desorden público.

Con esta idea se quitó a los Estados Federados el derecho de legislar en tal materia y se reservó en exclusiva el mismo al Congreso de la Unión.

Se olvidó absolutamente que las características - de la afición lúdica no pueden ser iguales en todos - los lugares de nuestra República. A mayor oportunidad de trabajo corresponde menor afición al juego de azar. Y el dato sociológico de mayor afición a estos meneste

res en las regiones donde escasea el trabajo, no puede sino corroborar esta afirmación.

De modo que por principio de cuentas la Constitución Federal reformada en su artículo 73, fracción X, no consideró este principio de Derecho: la norma jurídica para que merezca el nombre de tal debe necesariamente tener en cuenta las circunstancias reales de los sujetos de la misma y no puede ser auténtica regla de conducta si se convierte en mero producto de elucubración abstracta.

Por otra parte, ¿es cierto que la tendencia a los juegos de azar es tan peligrosa que deba unificarse - drásticamente su reglamentación jurídica mediante una Ley Federal y no a través de leyes locales?

Estoy por la negativa; pues si en el momento preciso la autoridad puede controlar debidamente el funcionamiento de estos medios de diversión, el mal no es tan grave como para ameritar que sea objeto del cuidado exclusivo del Legislador Federal.

b) En efecto, la dignidad de las Leyes Secundarias Federales es tanta, que el artículo 133 de la misma - Carta Magna las equipara a la altura de la Constitu--

ción misma y de los Tratados Internacionales.

Y si se toman en cuenta todos los males que pueden derivar de la afición a los juegos de azar, se encontrará que son menores de lo que se piensa. Hay en cambio otros tópicos de la conducta humana que justificadamente deben ser regulados por una Ley Federal; pongamos por caso la inveterada costumbre de la Autoridad de no cumplir con su cargo (hecho que explica suficientemente la frecuencia con que los Tribunales Federales revisan en los juicios de amparo este proceder), lo que amerita sin duda alguna la creación de la Ley Federal de Responsabilidades, norma casi siempre aplicada en los casos de miembros de la autoridad que no pudieron contar con los medios de defensa no legales con que cuentan otras autoridades superiores.

También parece acertado normar jurídicamente por una disposición Federal los actos antisociales de la importancia de la trata de blancas; sin embargo en este caso (en contra de los motivos arguidos en 1947 para reformar la fracción X del artículo 73 de la Carta Magna) se sigue observando la procedencia de la jurisdicción dual entre los Estados y la Federación.

Por lo demás, no obstante el marcado apego de nuestro Constituyente de 1917 a la Carta Fundamental de Los Estados Unidos de Norteamérica en la mayoría de los casos procedió con acierto; los Congresos de la Unión posteriores a 1917 han seguido el mismo camino y no fue sino hasta 1947 cuando enmendaron la plana, erradamente a mi parecer, a la Constitución Norteamericana que no concibe como facultad exclusiva Federal la referente a los juegos de azar.

c) Es un hecho conocido de todos que estos juegos en sí mismos no tienen los caracteres de gravedad que les quiere atribuir (contradiciéndose enseguida) el Legislador de 1947.

En efecto, los países que se consideran como los más avanzados en lo cultural o en el plano de la civilización, o en ambos órdenes, han creído suficiente aceptar el hecho de la afición a los juegos de azar como un mal necesario, remediable con mayor o menor dificultad según sean las características sociales del pueblo del Estado en particular.

Mónaco, las Vegas, Londres, Berlín y las grandes ciudades de todo el mundo, dan testimonio de que el -

juego de azar puede normarse jurídicamente en forma - aceptable sin necesidad de recurrir a la simple prohibición.

Nuestro Legislador se contradice: en el artículo 10. de la Ley de la materia, es tajante al establecer la prohibición de dichos juegos; las facultades que - otorga a la Secretaría de Gobernación como ejecutora - de esas disposiciones, abiertamente se ven desproporcionadas y hasta cierto punto inútiles si se toma en cuenta que en cualquier caso de delito de juego; puede lograr el procesado su libertad caucional; por otra - parte el máximo de la pena mayor no sobrepasa a la prisión de tres años y a la multa de diez mil pesos (artí- culo 13), cuando una simple Ley local (aunque aplica- ble en toda la República en materia de fuero federal) establece como máximo de la pena de vagancia y mal vi- vencia cinco años de prisión (57) y también cinco años de cárcel para quien delique cohechando (58).

(57) Código Penal para el Distrito y Territorios Federa-
les, Artículo 255.

(58) Ibidem, Artículo 217.

¿ Es que tienen menor trascendencia social los juegos prohibidos que la simple vagancia y el cohecho?

Pudiera responderse que estos ejemplos no están bien dados ya que en un caso se trata de Ley Federal y en el otro de una ley primariamente local; pero, ¿ no es el Legislador Federal quien con la creación de la norma jurídica aplicable a los juegos de azar consideró que las circunstancias locales no deben tomarse en cuenta ?

Por lo demás si se reglamentan los juegos de azar con apuesta en Bandos de Policía o en formas legales semejantes, como lo hace la mayoría de los pueblos europeos y americanos, se tendría la normación jurídica de este hecho más ajustada a la jerarquía normativa y al índice sociológico. No es por demás recordar que en nuestro país se observó ya esta disposición (59)..

A mayor abundamiento, el Reglamento que se aplica en esta materia federal es de fecha anterior a la Ley misma, de carácter local y más corto que la misma Ley.

¿ De veras interesaba en forma principal esta actividad cuando hay tantos errores juntos en la determinación del camino legal a seguir ?

Mientras las autoridades se sigan conduciendo ilegalmente (venalidad, concusión, etc.), se podrá decir que aparte de que el grado de cultura de los miembros de la comunidad no es el suficiente para acatar la prohibición de los juegos de azar, no se ordenará en forma correcta esta situación con el sencillo expediente de dejar al margen de la Ley una afición que no se ha comprobado que sea totalmente irremediable.

Finalmente, ¿ valió la pena restringir la competencia local legislativa si las penas vigentes son tan pequeñas que, proporcionalmente, son menores que las del Código para el Distrito y Territorios Federales de 1871, como vimos antes (60) ?.

CAPITULO TERCERO

ANALISIS GENERAL DE LA LEY FEDERAL DE JUEGOS Y SORTEOS

1.- Finalidad y objeto de este Ordenamiento Jurídico:

Como toda ley secundaria, la que es objeto de nuestro estudio debe encontrarse fundada en la Norma Primaria del Estado Mexicano: La Constitución Política Federal.

Como se puede fácilmente desprender de lo asentado en capítulos anteriores, la finalidad de la creación de esta legislación federal consiste en prevenir los males que en la economía y en las relaciones interindividuales puede producir el hábito mal gobernado del juego con apuesta. Teniendo presente esta meta se entienden mejor las trabas legales a la afición lúdica que nos ocupa.

¿ Por qué no es legal que se establezca permanentemente entre personas poco conocidas el hábito de apostar en los juegos de azar ? . En un pueblo como el nuestro, falto todavía de un desarrollo educativo sólido, la posibilidad de obtener con mayor o menor facili

dad una ganancia económica de cierta importancia, en los juegos de azar lleva las más de las veces a la comisión de delitos de sangre, cuyas consecuencias nunca pueden ser proporcionadas a la ganancia en numerario que pudiera obtenerse. Tal vez fuera interesante hacer un análisis detallado de las estadísticas de los delitos violentos contra la integridad de las personas con motivo de una apuesta. La misma tradición vernácula de nuestros aires musicales está plagada de casos patéticos como de los que venimos hablando.

Claro que la simple prohibición de una conducta creadora de posibles delitos no es el medio adecuado; es necesario que la situación económica y el grado de cultura y civilización ayuden a no encontrarse en la situación de tener que acudir como una necesidad, al juego de apuesta; pero no es mal camino el que sigue la Ley impidiendo la proliferación de jugadores que hagan de la apuesta su finalidad exclusiva. Esta es la razón de ser de la Ley Federal de Juegos y Sorteos.

Por lo demás, los intereses económicos que se ponen en juego en los sorteos no permitidos y en general en diversiones en las que interviene el azar, están mal encauzados y tienen un vicio de origen que les im-

pide dar de sí todo el fruto social que pudieran tener.

Es un dato curioso y paradójico que el gran jugador que lo deja casi todo al azar, lejos de retirarse a tiempo de la práctica desordenada de su afición, se hace más y más adicto a ella y casi es un esclavo del desorden que ha nacido en su personalidad. Su vida no gira alrededor de las posibilidades que cree cercanas pero que la realidad le demuestra como distantes y casi inalcanzables; cuando se percata de esto es ya bastante tarde y el mal causado por él mismo a su dignidad de hombre, no siempre puede ser detenido para provecho suyo y de los demás.

Por el peligro que encierra el aficionarse desordenadamente a la práctica de esta clase de juegos la Ley tienen una gran parte de preventiva, aunque sanciona también los hechos y los actos consumados; pero la meta primera es procurar evitar hasta donde sea posible la antisocial afición a hacer que los bienes materiales dependan del azar.

Si en los casos de una opinión poco juiciosa y imprudente respecto de la influencia de lo astral en el destino del hombre, se puede decir que hay inmadurez -

de criterio, establecer como norma de vida el azar es aún más vituperable.

Si además se considera que esta clase de jugadores se encuentra más cercana a cometer delitos patrimoniales y contra el honor de las personas, convirtiéndose en un peligro para el desarrollo de la sociedad de la que es parte, se recalca aún más la necesidad de legislar en esta materia coartando la libertad dentro de los límites constitucionales.

No bastará pues la norma penal protectora de los derechos patrimoniales, del honor y de otra índole, si no que es necesario sofocar desde su nacimiento las situaciones más fácilmente pueden llevar a violar dichas facultades jurídicas individuales.

¿Cuál será entonces el bien jurídico que tutela la ley secundaria federal que nos ocupa?: la dignidad de la persona en todo lo que dice de parte integrante de una sociedad, que exige miembros útiles para sí mismos y para los demás; personas que sintiendo la dificultad de obtener los bienes materiales que les permitan vivir mejor, no se extravíen con la ilusión de ganancias enormes a corto plazo y con facilidad, porque

el desencanto que encontrarán en la realidad, hará que se pierda un tanto el equilibrio necesario en la sociedad.

El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, que es aplicable en toda la República en los delitos de la competencia de los Tribunales Federales (artículo 1o.), al establecer en su Segundo Libro los delitos contra la economía pública (artículos del 253 al 259), legisla expresamente sobre juegos prohibidos; no obstante, dichos preceptos fueron derogados al expedirse la Ley Federal sobre Juegos y Sorteos del 31 de diciembre de 1947,

El legislador quiso proteger el interés económico de la sociedad mediante la prohibición de los juegos - con apuestas y de los sorteos, cuando no medie autorización legal competente.

En este punto, Maggiore (61) opina que el objeto jurídico que se trata de proteger por la ley penal relativa a los juegos de azar, está integrado exclusivamente por las buenas costumbres, que se ven en peligro por la actividad del juego (a la que estimula el ocio

(61) Op. Cit., Pág. 294 y siguientes

fomentando la avaricia del dinero, rebajando la dignidad del hombre y alejándolo del trabajo y del cultivo del espíritu). Sin embargo, dicho autor hace hincapié en que no es objeto jurídico protegido por esta clase de normas el daño o peligro presunto de los intereses económicos privados o públicos, ya que el patrimonio es un bien disponible y al Estado no le interesa que las riquezas pasen de unos a otros jugadores, todos imprudentes e insensatos.

En relación con este criterio, parece más correcta la posición de nuestro legislador de 1931.

Efectivamente, en abstracto, el Estado no tiene por qué preocuparse de las transacciones que los particulares realicen en cuanto a los bienes de su patrimonio; pero si se toma en cuenta, como en el caso del que tratamos, que existen circunstancias con repercusión inmediata en el ámbito social e individual simultáneamente, se descubre la razón de la Ley al tratar de proteger en mayor o menor medida los intereses patrimoniales del individuo. De aceptarse el criterio de Maggiore, no se podría justificar la reprobación legal de actividades antisociales en las que el primer perjudicado es quien las realiza (prostitución), ni la

reprobación social de conductas que casi exclusivamente agotan su dinámica en el perjuicio del agente (suicidio).

En resumen, los delitos establecidos por la Ley - Federal de Juegos y Sorteos son de la competencia exclusiva de la Federación; tienen como finalidad la protección del interés general y del patrimonio individual de las personas, razón por la cual el legislador de 1931 los situó expresamente dentro de los delitos - contra la economía pública.

Otra razón de ser de estas figuras delictivas queda reafirmada en el hecho de que tienden primordialmente a evitar que se constituyan como medios de otros delitos plenamente tipificados (homicidio, fraude, abuso de confianza, delitos sexuales, delitos contra el honor de las personas, etc.).

2.-

Nociones previas:

a) Concepto de Juegos de Azar.

El concepto primordial sobre el que gira toda la Ley Federal de Juegos y Sorteos es el concepto de "azar".

"Azar" es una palabra cuyos orígenes se encuentran en la lengua árabe y significa casualidad, caso fortuito, desgracia imprevista (62).

Antiguamente se llamaba azar, al dado que se empleaba para jugar y por extensión se ha reservado dicho término para referirse al elemento que da el triunfo o la pérdida.

Ya desde este origen semántico está indicando la palabra que la facultad de decisión en pro o en contra de quien se acoge al azar, está fuera de él, en elementos sobre los que no tienen dominio.

Según refiere nuestro Demetrio Sodi, Bossnet, Voltaire y Napoleón reconocieron que el azar es el rey del mundo y que domina casi todos nuestros actos, pues no es otra cosa que la suerte, al acaso, el destino o la aventura (63).

Una de las principales características del azar -

(62) Diccionario de la Real Academia de la Lengua; 16 Edición, Madrid, "azar".

(63) Op. Cit., Pág. 506.

es la circunstancia de lo imprevisible, de lo dejado a la suerte; es lo que en el Derecho Civil se encuentra normado por los contratos aleatorios fundados en el -- concepto romano de "alea"; y aun cuando este último término comúnmente se acepta como derivado del latín y se dice que se empleó para designar al juego de dados, posteriormente se aplicó a toda clase de juegos en los que el resultado depende casi de la suerte más que de la habilidad de los jugadores.

Sólo por mera curiosidad, referiré lo que San Isidoro de Sevilla dice respecto del término "alea". Consigna dicho sabio español (64) que así fué nombrado el juego de dados (inventado durante la Guerra de Troya - por un soldado griego que intervino en ella y que tenía el mismo nombre de dicho juego).

Refiere lo mismo el "Vocabulario Degli Academici Della Crusca (65), expresando que "alea es un sustantivo femenino que significa juego de azar, como los dados, cartas y otros".

(64) San Isidoro de Sevilla, Orígenes 18 y 60.

(65) Enciclopedia Omeba, "Contratos Aleatorios".

En conclusión, es lo mismo decir juegos de azar y juegos de alea; son expresiones equivalentes. Y en confirmación de esto, se encuentra lo dispuesto por el Código Civil (66) que incluye dentro de los contratos aleatorios los juegos cuyo resultado depende de la suerte.

Entre los antiguos latinos, "iocus" era una palabra que designaba ejercicio recreativo con reglas propias y en el que se ganaba o se perdía (67).

Con esto se comprende que nuestros actuales juegos de azar no son invención moderna sino que son tan antiguos como la historia de la humanidad y se han caracterizado siempre por la preponderancia casi exclusiva de la suerte o del destino, más que por la habilidad de quienes los practican.

Como se verá después, la reglamentación civil de esta materia es hasta cierto punto completa y da origen en gran número a las llamadas obligaciones natura-

(66) Artículos 2764 y siguientes.

(67) Diccionario de la Real Academia, 16a. Edición, - "Juegos".

les, en las que el acreedor no dispone de la facultad de exigir su derecho mediante la coerción legal estatal.

Empero, muchas veces un juego sigue siendo de azar no obstante la gran habilidad que exige del que quiera obtener el premio en el mismo.

Es el caso del "poker" que requiere bastante habilidad de quien quiera practicarlo con fruto; se ha llegado incluso a hablar, un poco a la ligera, es verdad, pero no sin cierta razón, de que este juego, como el ajedrez, son casi objeto de una ciencia; y con todo, todavía queda a la suerte la casi total facultad de decidir el resultado, porque los demás participantes siguen rumbos paralelos en sus decisiones aun cuando, por excepción, alguna vez lleguen a coincidir.

Francisco Goyet (68) explica que el juego es un contrato por el cual los participantes aseguran para uno de ellos una ganancia determinada que depende en proporción mayor o menor, por una parte, del azar y por la otra, de la destreza, de la agilidad, o de las combinaciones de los jugadores.

(68) Droit Penal Special, Pág. 630, París, 1945.

En resumen, el juego de azar implica, como decían los romanos, el participar en un ejercicio que divierte o nos hace pasar el rato agradablemente, observando las reglas establecidas y aceptando de antemano que se puede ganar o perder; pero la característica de esta clase de juego, radica en el hecho de que el triunfo o la pérdida se dejan casi exclusivamente a la suerte.

No se descarta que un buen cerebro matemático pueda agrandar a su favor las oportunidades de triunfo, - porque al fin y al cabo la ley matemática de las probabilidades, puede ir un poco menos a la zaga de la previsión normal de los resultados del juego; pero esto - no quita que lo que conocemos como "suerte", siga dominando los resultados del mismo.

Como contrapartida, en todos aquellos entretenimientos en los que vaya de por medio afiliarse los participantes a determinado resultado y en los que este fin pueda lograrse con mayor facilidad mediante el desarrollo de las habilidades y la destreza de los participantes, no se consideran como juegos de azar (Ajedrez, billar, boliche, palitos chinos, etc.); en éstos sigue influyendo la suerte, pero en un grado mucho menor que las facultades de los jugadores.

En otras palabras, los juegos de azar, son aquellos en los que el resultado favorable que se busca depende en mayor proporción de la suerte y no serán juegos de azar aquellos en los que el premio dependa más bien de la destreza del jugador que de la suerte, elemento este último que no se descarta pero que tiene ingerencia mucho menor que en los denominados juegos de azar.

En los casos en los que el jugador de un juego de azar llega hasta a ganar permanentemente, lo que en realidad sucede es que se está realizando un fraude en perjuicio de los otros participantes, porque por muy hábil que sea, no puede prever todo el cúmulo de resultados posibles sino mediante engaño, trampa, fraude, etc.

Y esta es la razón evidente de por qué en los juegos en los que el azar domina casi por completo, debe intervenir la Ley en protección de los intereses económicos, morales y de dignidad personal, de quienes de buena fe pueden ver en el juego algo recomendable.

No es vituperable en sí la afición lúdica. "El juego ha sido combatido en la cátedra, en el púlpito, en el libro, en la tribuna y en la prensa; pero ha ser

vido también para solemnizar las festividades de los dioses, para conservar la salud, para reparar las fuerzas" (69).

b) Concepto de juego con apuesta.

La palabra latina "apostare" designa el pacto celebrado entre dos o más personas y mediante el cual se conviene en que, quien estuviese equivocado o no tuviera razón, perderá la cantidad de dinero que se determina o alguna otra cosa.

Esta es una especie del concepto genérico "juego" y su diferencia específica consiste en que desde el principio hay plena y evidente oposición entre los que participan.

Puede hacerse el siguiente esquema:

En el juego de azar, sus participantes buscan primordialmente adivinar el resultado; la posibilidad de lograrlo es infinitamente inferior a la posibilidad de no adivinarlo; la incertidumbre del resultado es casi total y está también casi por completo en manos de la suerte.

En el juego con apuesta, los participantes no bus

can ya exclusivamente adivinar el resultado, sino que además pactan que si la designación del resultado es correcta, se obtendrá un premio que represente para los que no lo obtuvieron un perjuicio material previamente aceptado en beneficio del ganador; la incertidumbre sigue existiendo, pero se puede aminorar si se analizan las facultades de habilidad o de destreza de los participantes.

Por otro lado, se puede hablar de un juego con apuesta en el que el azar casi no llega a intervenir (ajedrez). En esta situación se está todavía frente al concepto genérico de juego, pero la destreza del jugador es de tal naturaleza determinante, que el resultado no sin razón se llega a catalogar dentro de los efectos de una causa conocida.

Aunque en los casos concretos no será fácil delimitar con claridad los conceptos de juegos de azar y de juego con apuesta, pues casi siempre el juego de azar es juego con apuesta por voluntad de quienes en él participan, se esclarece el problema si no se olvida que es irrelevante para la norma penal el juego de azar sin apuesta porque el interés de la norma jurídica represiva consiste en proteger, entre otros, los in

tereses patrimoniales de la persona, que se pueden ver menoscabados por la obligación de cubrir la apuesta y perderla.

c) Concepto de sorteo, rifas y loterías.

Si la Ley Federal de Juegos y Sorteos fundamentalmente se encamina a impedir el auge del juego de azar con apuesta (artículo 10.), no por eso desconoce que cuando la autoridad puede controlar debidamente esta actividad, se debe permitir.

Por eso los sorteos tienen justificación legal -- cuando interviene la autorización estatal.

Veamos pues lo que se entiende por sorteo, rifas y loterías.

Sorteo es el pacto expreso o tácito mediante el cual convienen dos o más personas en que una cosa se entregará a quien reúna determinada circunstancia, sin que los demás participantes obtengan dicho beneficio.

Este concepto presupone que la calidad de participante en el sorteo exige determinados requisitos (aportación en dinero o en especie, cualidades materiales o espirituales, circunstancias de hecho, etc.) que indi-

can que al final de cuentas el sorteo es un verdadero juego de azar, en el que intervienen los participantes mediante el pago de una apuesta que estará sujeta a lo que determine la suerte.

En este plano se identifican "sorteo" y "rifa", aún cuando en estricto rigor el "sorteo" puede designar un resultado beneficioso o perjudicial para el participante designado por la suerte y no así la "rifa", que siempre se refiere a un premio.

Por eso se dice correctamente que el soldado en cargado de exponerse más francamente al peligro de muerte en beneficio de sus compañeros, fué designado por sorteo.

El sorteo implica como nota esencial la designación de la suerte en favor o en perjuicio de uno o varios de los participantes en el sorteo; y cuando el objeto sorteado es algo que reporta favor en relación con la persona designada, se debe hablar de una "rifa". En consecuencia, la "rifa" es una especie del género "sorteo".

Para la Real Academia Española la "rifa" consiste en sortear una cosa entre varios (individuos), por me-

dio de cédulas de corto valor que todas juntas suman - por lo menos el precio en que se ha estimado el objeto sorteado. Para dicha Institución cultural la "lotería" no es sino una de las especies de la "rifa" que se hace con mercaderías, billetes, dinero y otras cosas mediante la autorización estatal (70).

El sorteo es un caso de declaración unilateral de voluntad como fuente de un contrato, por medio del cual se conviene en que se reservará para la persona o cosa designada por la suerte, el perjuicio o beneficio previamente convenido (71). Si se estableció un resultado beneficioso, se está frente a los casos de "rifa" y si la "rifa" tiene autorización estatal se denomina "lotería".

Estas ideas vienen al caso, porque la Ley Penal siempre presupone el elemento cultural ya preestablecido entre los miembros de la sociedad que son sujetos de la norma jurídica criminal.

Lo que es lógico, pues la norma penal no debe -

(70) Op. Cit., Voz "rifa".

(71) Código Civil, Artículo 1861.

caer en la redundancia de definir conceptos que ya han fijado otras normas jurídicas o el grado cultural de la sociedad.

En nuestro medio, y relacionando lo establecido por la Ley, cuyo estudio hago, (artículo 2o., fracción II) con la Ley que creó la Lotería Nacional, se descubre cómo el Estado tomando en sus manos la supervisión de los juegos de azar, puede lograr encauzar debidamente la afición innata del hombre a dejar que sea la suerte la que decida sobre el provecho o perjuicio económico de la persona.

La Lotería Nacional en México, justamente se denomina "para la Asistencia Pública", ya que por disposición legal asigna sus ganancias netas a obras de beneficio social como escuelas, hospitales, dispensarios, etc., mediante la supervisión inmediata de la Secretaría de Salubridad y Asistencia Pública.

3.-

Otras cuestiones previas:

a) La más importante es la que se relaciona con el aspecto civil del juego de azar con apuesta.

El Código Civil vigente en el Distrito y Territorios Federales reserva el Título Décimo Segundo de la

Segunda Parte de su Cuarto Libro, para los contratos aleatorios entre los que menciona en primer lugar el juego y la apuesta (72).

Como todo convenio que produce o transfiere obligaciones, el juego es un contrato; y como tal, requiere para su existencia que exista el consentimiento de las partes y el objeto que pueda ser materia del pacto.

Realizados estos dos supuestos, se debe admitir que hay un contrato en la actividad lúdica. Será cosa de impugnar la validez de dicho acto jurídico en los casos de vicios del consentimiento, de la ilicitud del objeto o de irregularidades en el motivo del convenio, por falta de forma legal, o por incapacidad de una o de las partes que lo celebran.

Sin embargo, bastan las condiciones establecidas por el artículo 1794 de dicho Ordenamiento legal para que se hable del contrato de juego.

Toda vez que la voluntad de las partes es la norma suprema en lo contractual, cuando la Ley no establece prohibición al respecto las obligaciones derivadas

del juego pueden consistir en un dar, en un hacer o en un no hacer.

Estas normas generales aplicables a todo contrato, rigen invariablemente en los casos del juego y de la apuesta.

De conformidad con el artículo 1838 del Código Civil, un contrato es aleatorio cuando "la prestación de vida depende de un acontecimiento incierto que hace - que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida sino hasta que ese acontecimiento se realice".

Esta manera de definir una de las especies del - contrato oneroso, no va en contraposición con lo que - sucede en casi todo sorteo, pues si es cierto que desde el momento en que se paga la contraprestación necesaria para participar en el sorteo se conoce el valor de lo sorteado, el hecho mismo de ganar el premio, al estar sujeto a lo que la suerte decida, hace que el va lor o la cuantía de la ganancia sólo se precise con - exactitud hasta el momento de la terminación del sor- teo.

En los casos de contratos de juego autorizado, la situación civil es clara y se ajusta en todo a las nor mas sustantivas y procesales de esta materia.

Con todo, la obligación existirá civilmente si la pérdida no excede del veinte por ciento del patrimonio del perdedor; y prescribe en treinta días el derecho a exigir esta clase de deudas (73), aunque esta norma tiene una excepción importantísima en el caso de la Lotería Nacional: la acción para reclamar el premio prescribe en un año, según lo establece la norma especial que creó ese sorteo institucional (74).

¿ Qué sucede en la obligación civil derivada de los contratos de juego ilícito ?

Es el caso de las llamadas obligaciones naturales.

Von Tuhr enseña que hay obligaciones civiles "cuya ejecución por razones especiales no puede obtenerse por una acción y por un procedimiento judicial. Se les llama frecuentemente, tomando una expresión sacada del latín, obligaciones naturales. No siendo inteligible esta expresión sino por la evolución del Derecho Romano y conociendo el Derecho actual otros casos de créditos desprovistos de acción, además de los que los roma

(73) Ib., Artículo 2767

(74) Artículo 11

nos previeran, es preferible servirse de un término diferente y hablar de obligaciones imperfectas" (75).

Llámense naturales o imperfectas, las obligaciones civiles carentes de acción legal son las que dominan el campo de los contratos de juego ilícito, casos en los que el Código Civil niega la acción para reclamar lo que se gana (76).

¿ Cómo puede ordenarse debidamente la conducta ajustada a ese supuesto ?

Sabiendo el Legislador Civil que sería injusto -- otorgar acción al acreedor de deuda de juego ilícito, se ocupa sin embargo de encauzar hasta donde sea posible el hecho panalmente antijurídico.

Así, consigna la facultad de poder reclamar el -- cincuenta por ciento de la deuda de juego prohibido pagada voluntariamente. El otro cincuenta por ciento de

(75) Citado por el maestro Manuel Borja Soriano, Teoría General de las Obligaciones, Tomo Segundo, - Pág. 229; México, 1956, 2a. Edición, Editorial Porrúa, S. A.

(76) Artículo 2764

berá entregarse a la Beneficencia Pública. Sucede lo mismo en los casos de apuesta prohibida (77).

La deuda de juego o de apuesta prohibidos, no es compensable ni se puede convertir por novación en una obligación civilmente eficaz y la excepción derivada de esta norma siempre se conservará y se puede probar por todos los medios justos (78).

¿ Qué sucede cuando la obligación civil derivada del juego prohibido se formaliza debidamente en un título de crédito ? . El que suscribió dicho título valor tendrá que pagarlo al portador de buena fe, pero tiene la facultad de exigir que se le devuelva el cincuenta por ciento, cuando voluntariamente cubrió el adeudo (79).

En un aspecto muy diferente, la suerte puede servir como medio para dividir cosas comunes o terminar cuestiones; y entonces produce efectos de una participación legítima, en el primer caso, y de una transac-

(77) Artículo 2765

(78) Artículos 2768 y 2769

(79) Artículo 2770

ción en el segundo (artículo 2771).

También es válido el contrato entre los compradores de billetes y los organizadores de loterías autorizadas en el extranjero, cuando medie la autorización legal correspondiente (artículo 2773); situación acorde, a contrario sensu, con lo establecido por la fracción III del artículo 12 de la Ley Federal de Juegos y Sorteos.

En resumen, no por el hecho de tratarse de una actividad ilegal debe hacerse a un lado el aspecto civil de los juegos ilícitos.

Si esta conducta es ya antisocial, se procura salvar en parte lo justo indispensable para un buen orden humano, negando acción civil a las deudas de juego ilícito; y como el caso de pagar voluntariamente la deuda contraída en tal situación, implica una mínima disposición buena en el jugador de que se trata, la Ley civil le ofrece una última oportunidad de salvar en algo la integridad de su patrimonio que arriesgó en forma poco prudente, concediéndole el derecho de exigir la devolución de la deuda así cubierta.

b) En el aspecto laboral, los juegos prohibidos -

dicen relación importante para el asalariado que alegue circunstancias excluyentes de responsabilidad en el delito.

Como se verá más adelante, en los casos de empleados de casas de juego pueden realizarse los supuestos de fuerza moral, de ignorancia inculpable, de obediencia jerárquico-legítima o por impedimento legítimo, de los que hablan respectivamente las fracciones IV, VI, VII y VIII del artículo 15 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales (aplicable en toda la República cuando se trate de conductas o hechos humanos realizados dentro del ámbito del fuero federal, situación que se realiza cuando se trate de aplicar la Ley Federal de Juegos y Sorteos).

Por lo demás, si el juego de azar con apuesta y el sorteo son expresiones del acto humano penalmente sancionado, en términos generales no puede tener relevancia jurídica en el ámbito laboral.

c) El aspecto mercantil relacionado con los juegos ilícitos puede tener, quizá, una mayor importancia.

En efecto, consideremos la existencia legalmente válida de sociedades mercantiles que por medio de actos

jurídicos simulados se encarguen realmente de la organización y manejo de los juegos de azar con apuesta y sorteos, llevados al cabo al margen de la Ley.

Trátase de cualesquiera de las instituciones autorizadas por el Artículo Primero de la Ley General de - Sociedades Mercantiles, cuando se llegue a comprobar - su actividad en los juegos sancionados penalmente por la Ley de la materia, no obstante su inscripción en el Registro Público de Comercio serán nulas y se procederá inmediatamente a su liquidación a pedimento de cualquier persona hecho en todo tiempo, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar (80).

Esta sanción es directamente en contra de la institución mercantil, puesto que según el artículo 2o. - de esta Ley, las sociedades mercantiles tienen personalidad jurídica distinta de la de los socios, cuando - han sido inscritas en el Registro Público de Comercio.

(80) Artículo 3o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Las sociedades irregulares (81) se encuentran sujetas a esta misma regla.

En consecuencia, queda intocada la posibilidad de aplicar a las personas individuales que integran la sociedad mercantil, las sanciones penales que correspondan en función de la Ley Federal de Juegos y Sorteos.

d) No por obvia debe olvidarse la siguiente observación:

El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales es la Ley sustantiva aplicable en toda la República cuando se trate de materia del orden federal. En tal supuesto, las normas generales de la tentativa, de la coparticipación, de la inducción, del concurso real e ideal, etc., serán aplicables en el caso de la Ley Federal de Juegos y Sorteos, a cuyo estudio paso inmediatamente.

(81) Es decir, las no inscritas en el Registro Público de Comercio pero que se han exteriorizado como tales frente a terceros, consten o no en escritura Pública.- Artículo 2o. de la misma Ley General de Sociedades Mercantiles.

CAPITULO CUARTO

DELITOS TIPIFICADOS POR LA LEY FEDERAL DE JUEGOS Y SORTEOS.

PRIMERA PARTE:

Como habíamos visto en el segundo capítulo de este trabajo (82), la Ley Federal de Juegos y Sorteos - tiene aspectos administrativo y penal.

La finalidad primera de esta Ley consiste en prohibir explícitamente los juegos de azar en los que medie apuesta y los sorteos cuando no se dé la respectiva autorización estatal (artículo 1o.).

Sin embargo, no tiene facultades el Ejecutivo Federal para permitir ningún juego de azar con apuesta fuera de los que pudieran encontrarse dentro de lo establecido por el artículo 2o. de la Ley.

De aquí se desprende que en estricto rigor todo - juego de azar con apuesta (y el sorteo es también de - este género) no autorizado en concreto o no autorizado

en abstracto, debe llamarse juego prohibido.

Y las rifas efectuadas entre amigos o parientes - sin la autorización respectiva, no hacen sino confirmar este aserto; pues la Ley no considera lícito este obrar, sino que sencillamente exime de la pena (83).

En tal virtud, el mandato genérico restrictivo de la libertad individual de los miembros del pueblo del Estado, consiste en prohibir terminantemente los juegos de azar en los que intervenga una apuesta de cualquier clase.

Esta disposición es el presupuesto básico de los demás preceptos legales que tipifican los delitos federales de juego.

El principal por qué de estos ilícitos consistirá precisamente en la contravención del presupuesto básico citado, que a su vez tiende a la protección de los derechos patrimoniales (84).

Con la realización de los elementos de los delitos

(83) Artículo 12, fracción I in fine.

(84) Página

mencionados, se viola inmediatamente la prohibición legal de los juegos de azar y la conducta del infractor se ajusta a la norma que creó estos ilícitos (85).

Deben aplicarse estas mismas consideraciones en los casos de sorteos, rifas y loterías, puesto que son especies del género juegos de azar.

En virtud de que la Ley de la materia es federal, incumbe al Poder Ejecutivo Federal la vigilancia necesaria para que se cumpla debidamente. Y ya se ha visto que la Secretaría de Gobernación realiza este encargo.

La primera facultad de esta Secretaría es poder autorizar juegos de azar con apuestas, fijando en cada caso los requisitos y condiciones que deberán cumplirse - (artículo 4o.).

A su vez señalará la parte de las utilidades que corresponda al Gobierno Federal, utilidad que será enca minada a mejorar los establecimientos de prevención social y de asistencia, dependientes de dicha Secretaría y de la de Salubridad y Asistencia; sólo se exceptúan - de este supuesto las utilidades de los sorteos realiza-

dos por autoridades, Instituciones Educativas y de Beneficencia para dedicar íntegramente sus productos a fines de interés general, los que se celebren exclusivamente para finalidades de propaganda comercial y los que se lleven al cabo como sistemas de venta (si quienes participan en estos últimos reciben en el premio el total de sus aportaciones).

Para llevar a buen fin su cometido, la Secretaría de Gobernación se puede valer de funcionarios, autoridades, organismos y comisiones, de la naturaleza más adecuada a su propósito (artículos 7 y 10 de esta Ley).

Como algo correlativo de la prohibición general de los juegos de azar, se encuentra la sanción administrativa general de la clausura del lugar en el que se efectúan juegos prohibidos.

Considero que ésta es la verdadera interpretación del artículo 8o. de la Ley.

Porque si un sorteo o un juego con apuesta no tienen la autorización respectiva, es claro que se trata de un juego prohibido en los términos del artículo 1o. de la Ley; por otra parte, aun cuando el caso concreto se refiera a un juego permitido abstractamente en los -

términos del artículo 2o., el hecho de no tener la autorización hace que en realidad se trate de un juego prohibido. En otras palabras, es más correcto incluir en el término "juegos prohibidos" tanto aquellos respecto de los cuales el Estado no podrá nunca dar autorización (puesto que se encuentran fuera de la norma permisiva - del artículo 2o.), como los que siendo juegos permitidos en general no tengan en concreto la autorización legal prescrita.

Hecha esta discreción, la pena general de la clausura del lugar donde se celebre un juego prohibido, no impide que se apliquen en su caso las sanciones legales correspondientes (artículo 8o.).

Para concluir, complementando lo establecido por - la fracción XIII del Artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley Federal de Juegos y Sorteos prohíbe el establecimiento de un local de juego ilícito cerca de escuelas o centro de trabajo.

A primera vista, parecería que la prohibición general del artículo 1o. de la Ley no admite excepciones.

Sin embargo, ya hemos visto cómo no todo juego de

azar con apuesta está prohibido, sino que se permiten algunos de éstos cuando se recabe la autorización estatal correspondiente.

Por eso Gobernación puede autorizar que se crucen apuestas en los espectáculos determinados por el Reglamento cuando se trate de ferias regionales (artículo - 11); y estos espectáculos son los mismos de los que habla el artículo 2o. de la Ley, añadiéndose tan sólo el tiro al blanco, las luchas, el boxeo y las rifas (86).

En conclusión, la Ley Federal de Juegos y Apuestas, establece en términos generales una prohibición y una pena para quienes no acaten lo prescrito; los juegos de azar y los juegos con apuesta son los objetos de la prohibición; la clausura del lugar donde se practiquen ilegalmente los juegos y sorteos es la pena genérica y existe una suficiente diversidad de sanciones administrativas especiales.

Las facultades de la Secretaría de Gobernación, - van desde la reglamentación, control y vigilancia, hasta la autorización de juegos de azar permitidos por la Ley.

Dos son los principales conceptos que contiene esta Ley: juegos permitidos y juegos prohibidos.

Los primeros son juegos de azar que no obstante - el posible peligro que pudieran entrañar en sí, se permite que se realicen siempre y cuando se obtenga la autorización correspondiente que, por el hecho de concederse, indica que la Secretaría de Gobernación examinó con detenimiento el caso y pondrá, si es necesario, - los medios suficientes para vigilar y controlar debidamente la conducta de quienes participen en ellos de una o de otra forma.

En cambio los juegos prohibidos son los que la autoridad estatal nunca podrá autorizar en virtud de no encontrarse dentro de la enumeración taxativa del artículo 2o. de la Ley.

Esta distinción se presta a confusiones. Tan ilegal es un juego "permitido" pero sin autorización, como un verdadero juego "prohibido". Y viene a confirmar lo dicho, la confusión que entraña la fracción II del artículo 12: dicho precepto establece la sanción penal relativa a los juegos prohibidos y a los juegos con apuesta si no hay autorización de la Secretaría de

Gobernación. Si es correcto lo afirmado por el precepto legal que nos ocupa ¿por qué se equiparan en la gravedad de lo ilícito (87) un juego prohibido y un juego permitido cuando éste se realiza sin autorización?

Antes de pasar al exámen de los delitos de juego, conviene mencionar que las infracciones no delictuosas de la Ley, de sus Reglamentos o de lo dispuesto por la Secretaría de Gobernación, se sancionan administrativamente con multa, arresto, revocación del permiso o clausura, según sea el caso, suspensión temporal o inhabilitación definitiva, si se trata de jugadores, árbitros, corredores de apuestas o personas que desempeñen funciones en el espectáculo, juego, establecimiento o sorteo (artículo 17).

Pasando ahora a analizar las figuras delictivas - que crea la Ley Federal de Juegos y Sorteos, que se dividen en dos grandes grupos atendiendo al sujeto activo del ilícito.

El primer grupo está compuesto por los que pueden

(87) La pena prevista es idéntica, aun cuando hay un máximo y un mínimo que, admite la correcta individualización de la sanción.

cometer los jugadores y espectadores de un juego ilícito y quienes a sabiendas alquilen un local para juegos prohibidos o con apuesta o para sorteos sin autorización legal (artículo 13).

El segundo grupo está formado por los delitos que cometen quienes directamente organizan juegos prohibidos (o permitidos pero sin autorización legal) administrando, participando en la empresa en cualquier forma, autorizando, protegiendo o asistiendo a dicha clase de juegos (artículo 12).

Como disposiciones aplicables tanto a los delitos del primer grupo como a los del segundo se encuentran las siguientes:

Nunca podrá ser delictuoso celebrar juegos de azar en el domicilio particular, si se dan los elementos de efectuarse exclusivamente para diversión, que no se practiquen habitualmente y que no se admitan a personas sin relaciones familiares o trato social cercano con los dueños o moradores del domicilio en donde se juegue (artículo 15). Asimismo, podrán decomisarse todos los utensilios y objetos del juego y todos los bienes o dinero que constituyan el interés del mismo,

pudiendo decretarse también la disolución del negocio o sociedad bajo cuyo auspicio se haya cometido el delito; esta sanción se aplicará, además de la sanción penal correspondiente.

Paso ahora a estudiar en detalle los delitos federales de juego, recordando antes las nociones generales de los elementos del ilícito penal.

Cuando en el primer capítulo de este trabajo me referí a la estructura de la norma penal y a su contenido fundamental (88), de propósito no hablé de la estructura íntima del delito, para hacerlo en este punto.

Allá se habló de la exteriorización del acto humano, de la tipicidad, de la antijuridicidad, de la culpabilidad o responsabilidad y de la sancionabilidad, - en términos muy generales. Ahora (remitiéndome en lo que omite a lo ya anotado) me reduciré a delinear un poco más claramente, aunque no con la morosa dedicación que lo amerita, el meollo mismo del delito en su aspecto formal y de contenido.

Un ser (y el delito lo es) se opone a lo inexis--

tente. Es, simplemente; aun cuando el modo como es de termina la naturaleza misma del ser: el que depende de otro tiene esencia derivada, por contraposición a aquel cuya esencia brota y nace de sí mismo.

Aquello por lo que un ser es, se denomina esencia y el dato o nota que directa y primeramente lo determina, es su existencia en la realidad.

Los conceptos que encierran en sí la esencia misma del ser, tautológica pero claramente son llamados notas esenciales del mismo.

En cambio hay determinadas características o notas del ser que diciendo relación íntima a la esencia del mismo, no lo constituyen en sí; se puede pensar lógicamente en el ser de que se trata sin que se incluyan en su noción dichas notas, que no obstante, derivan inmediatamente de su esencia; dichas cualidades se llaman propiedades del ser.

No se debe confundir una "propiedad" con un "accidente" del ser.

La primera siempre se dará en la realidad si el ser existe; en cambio el segundo, a pesar de la existencia del ser del cual es accidente, puede no darse.

Sirvan de ejemplo las notas de "capacidad para reir" y de "color corporal" relacionados con la esencia del hombre.

En el delito sucede lo mismo.

Hay determinadas notas, conceptos, realidades, o datos, sin los cuales el delito en abstracto no se puede siquiera concebir.

Son los siguientes: preexistencia de una norma jurídica que establezca un tipo y su pena; sujeto activo que obre externamente en el plano del "acto humano" o del simple "hecho humano"; imputabilidad de esa conducta que determine la culpabilidad y oposición de dicha actuación humana a la norma (antijuridicidad); además, debe darse un sujeto pasivo (determinado o determinable) en función del cual, aunque no primordialmente, se aplique la sanción preestablecida.

Por otra parte, es evidente que el ilícito penal concreto debe reunir las características que lo individualicen.

El Maestro Porte Petit (89) explica mejor esta -

(89) Op. Cit., Páginas 119-151.

verdad considerando que la tipicidad es presupuesto del delito y la sanción su consecuencia.

No me detendré a explicar y desentrañar la calidad del sujeto pasivo de los delitos federales de juego, - porque antes lo he hecho, aunque sea en términos generales (90).

Sólo me reduciré al análisis del sujeto activo, entendiendo que seguiré el método señalado por el Maestro Porte Petit, según asenté líneas arriba.

Los elementos del delito pueden dividirse en dos - grandes ramas: elementos genéricos y elementos específicos; ambas especies se denominan constitutivas, porque si no se dan no puede hablarse de delito en abstracto o en concreto respectivamente.

Los genéricos dicen relación exclusivamente al delito en general; los específicos son los que constituyen un delito en concreto, en especial.

Como elementos genéricos del delito deben mencionarse la conducta o el hecho humano (elemento mate--

rial), la antijuridicidad de la conducta (elemento valorativo) y la culpabilidad del agente al obrar (elemento síquico).

Si los elementos específicos constituyen la esencia de un delito en especial, deberán ser tan variados como las distintas clases de figuras delictivas. Sin embargo, trátase del delito del que se trate, siempre deberán darse la conducta o el hecho típico (elementos materiales) y determinado querer o existencia de motivos particulares (elementos síquicos).

Esto asentado, si se estudian los delitos en abstracto o el delito en concreto, tendrán que mencionarse los elementos constitutivos del ilícito penal del caso.

Ahora bien, los elementos que no integran la esencia misma del delito (en abstracto o en concreto), sino que se añaden al mismo agravando o sencillamente indicando su penalidad, se denominan elementos adjetivos del ilícito penal.

Deben mencionarse la sanción misma, las causas excluyentes de responsabilidad, las agravantes y en general la circunstancialidad del hecho delictivo.

Una vez expuestas estas ideas, paso a analizar los delitos federales de juego consignados por la Ley de la materia en su artículo 13.

"Artículo 13.- Se aplicará prisión de un mes a dos años y multa de cien a cinco mil pesos:

I.- A los que alquilen, a sabiendas, un local para juegos prohibidos o con apuestas o para efectuar sorteos sin permiso de la Secretaría de Gobernación.

II.- A los jugadores y espectadores que asistan a un local en donde se juegue en forma ilícita".

a) Elementos constitutivos específicos de las figuras delictivas consignadas en la fracción I:

alquilar (conducta típica)

Materiales

Local para juegos ilícitos prohibidos o no permitidos en concreto (objeto de la acción)

Síquicos

"a sabiendas" (elemento subjetivo referente a la culpabilidad)

ALQUILAR.- El precepto legal no hace distinción entre arrendador y arrendatario; en consecuencia debe aceptarse que tanto el uno como el otro están incluidos como sujetos activos de la conducta tipificada en esta hipótesis.

Una vez expuestas estas ideas, paso a analizar - los delitos federales de juego consignados por la Ley de la materia en su artículo 13.

"Artículo 13.- Se aplicará prisión de un mes a dos años y multa de cien a cinco mil pesos:

I.- A los que alquilen, a sabiendas, un local para juegos prohibidos o con apuestas o para efectuar sorteos sin permiso de la - Secretaría de Gobernación.

II.- A los jugadores y espectadores que asistan a un local en donde se juegue en - forma ilícita".

a) Elementos constitutivos específicos de las figuras delictivas consignadas en la fracción I:

alquilar (conducta típica)

Materiales

Local para juegos ilícitos prohibidos o no permitidos en concreto (objeto de la acción)

Sígnicos

"a sabiendas" (elemento subjetivo referente a la culpabilidad)

ALQUILAR.- El precepto legal no hace distinción - entre arrendador y arrendatario; en consecuencia debe aceptarse que tanto el uno como el otro están incluidos como sujetos activos de la conducta tipificada en esta hipótesis.

Se trata pues, de un delito plurisubjetivo de carácter bilateral y de conductas convergentes una hacia la otra (delito plurisubjetivo impropio en cuanto uno de los sujetos puede estar exento de culpabilidad).

Bastará que materialmente haya arrendamiento de local para juegos ilícitos (prohibidos o permitidos pero sin autorización de hecho).

El Código Civil (91) exige para la validez del contrato de arrendamiento el requisito de la forma cuando el monto del alquiler sobrepasa determinada suma. ¿Qué pensar del arrendamiento que no se ajuste a esta prescripción?. Considero que en virtud de la gravedad del ilícito penal cuyo estudio hago, se debe aceptar que las obligaciones bilaterales derivadas del arrendamiento nacido al margen de la Ley Civil, no son suficientes para que deje de existir el "alquiler" que exige la Ley Penal, puesto que ese contrato civil no será oponible a terceros pero sí surte efectos entre los que lo celebraron (92).

(91) Artículo 2406.

(92) Artículos 1793, 1794 Código Civil.

La existencia de la obligación civil tiene tal fuerza que, no obstante las dificultades procesales de comprobarla, sus efectos materiales se traducen (cuando se dan los demás elementos del tipo) en violación efectiva de derechos protegidos por la norma penal de que se trata.

Por supuesto este "alquiler" debe ser la consecuencia de un acto jurídicamente existente; pues ya se entiende que los vicios de la voluntad pueden llegar al grado de hacer que nunca nazca el acto jurídico -- (93).

También debe tomarse en cuenta que este elemento material del "alquiler" se destruye por una de las razones psicológicas que demuestren la inculpabilidad del agente, en los términos del Artículo 15 del Código Penal.

En orden a la conducta, estamos en presencia de un delito formal, mejor dicho, de mera conducta, puesto que se perfecciona en el momento en que se realiza el alquiler, sin necesidad de que efectivamente se haya cumplido el destino del mismo, esto es, la celebra-

(93) Artículos 1793 y 1794 Código Civil.

ción de los juegos ilícitos.

LOCAL.— Ante la ausencia de un criterio jurisprudencial que esclareciera este punto, debe acudirse a los valores aceptados por nuestra civilización y cultura.

El diccionario de la Real Academia, en esencia, define "local" como un sitio cerrado y cubierto en el cual las personas pueden encontrar privacidad.

Aun cuando en estricto rigor "local" equivale a "lugar" y por tanto su extensión conceptual incluye toda la gama imaginable de espacios materiales, la costumbre y el sentido común contenido en el lenguaje normal exigen que dicho concepto, referido principalmente a la persona humana, se circunscriba a un lugar material que facilite al hombre que lo ocupe, la intimidad y privacidad que tal vez intente alcanzar.

Este concepto va de la mano con el de "casa de juego".

El Código Penal Francés consigna como delito la explotación de las casas de juego (94).

(94) R. Garraud, Op. Cit., No 371.

Ahora bien para que se realice este supuesto, es necesaria la existencia de dos condiciones o circunstancias indispensables: el establecimiento permanente de un sitio o lugar provisto de todo lo necesario para la celebración del juego de azar y la admisión del público participante en la diversión.

Con esto se está diciendo que debe haber instrumentos, utensilios, aparatos, imprescindibles para realizar el juego y efectos mobiliarios adecuados a dicho fin y destinados al mismo tiempo a proporcionar a los asistentes la comodidad suficiente. Estos elementos exigen, por supuesto, la presencia de banqueros, administradores, encargados, empleados y público que acuda libremente, por afiliación o por presentación de socios

Sin embargo, pienso que no es necesario para la realización del concepto "local" que se atienda directamente al público, porque basta para el caso la existencia del objeto del arrendamiento configurada por el inmueble (o mueble, según veremos) destinado a los juegos de azar.

Así pues, el sitio que ofreciendo aislamiento y privacidad a los que a él acuden, está destinado a la -

práctica del juego de azar, realiza plenamente la idea legal de "local" para juegos ilícitos.

La norma jurídica que analizo no distingue entre "local abierto" y "local cerrado", como sí lo hace el artículo 4o. Por eso debe concluirse que el elemento material designado por el concepto "local", es tanto - el local abierto como el cerrado.

Local abierto es aquel al que puede acudir cualquier persona mediante el pago de la contraprestación convenida, o sin restricción alguna en los casos en que no se fija precio de entrada; local cerrado es - aquel al que no pueden acudir personas extrañas al círculo de los organizadores del juego.

Un local abierto o cerrado puede ser público o - privado, conceptos éstos que por evidentes no necesitan detallarse más.

¿Puede decirse que en los términos de la fracción I del precepto legal que nos ocupa, un terreno en des- poblado cae dentro del concepto de "local" para juegos ilícitos?

En atención a lo expuesto anteriormente debe contestarse negativamente; no existe ahí mayor privacidad -

que la que pueda derivarse de las vías de hecho impeditivas del acceso al lugar, puestas en obra por los que pudieran encontrarse jugando ilícitamente; sin embargo, sería más difícil resolver cuando en ese lugar se practique habitualmente la conducta prohibida. Pero en virtud de la interpretación exacta de la ley penal, quizá debiera absolverse al o a los agentes de dicha conducta.

¿Qué pensar del juego de azar ilícito celebrado en un coche, en un barco en alta mar, en un camión para el transporte público, en un ferrocarril, en un avión?

Veamos cada una de estas situaciones.

La calidad legal del coche se equipara en algunos casos al domicilio de la persona propietaria del mismo (95). En tal supuesto, se cumplen debidamente las nociones del elemento material "local" exigido por el apartado legal cuyo estudio hago.

(95) Tesis

racterísticas naturales de este "local" (coche), se trata de local privado que puede estar abierto al público mediante el pago de la prestación correspondiente o cerrado para toda persona ajena a los participantes del juego ilícito que se practique en dicho lugar.

La situación que se origina con el movimiento material de dicho transporte (se juega ilícitamente en su interior durante el trayecto de un lugar a otro), se normará por las prescripciones generales del Derecho Penal y del Derecho Internacional Privado. A saber: si el automóvil no sale de los límites de la República Mexicana, se realiza el supuesto de la existencia del elemento material "local" exigido por la fracción I del artículo 13 de la Ley Federal de Juegos y Sorteos; para el caso de que el automóvil llegue a salir de las fronteras, se aplicará el principio de Derecho Internacional Privado que considera aplicable la Ley del lugar donde se realiza el acto, tomando en cuenta lo dispuesto por el Código Penal para los delitos continuos (96).

Por lo que se refiere al barco en alta mar, pare-

ce más fácil decir que este hecho cumple debidamente la noción de "local" para juegos ilícitos.

En efecto, no hay dificultad en aceptar que los juegos ilícitos practicados en el barco en alta mar se efectúan en un "local" tomado en cuenta por la Ley Federal de Juegos y Sorteos. Sólo que aquí tanto en alta mar como en aguas territoriales el barco es un objeto idóneo para la celebración de actos jurídicos normados por la Ley Penal Mexicana (97).

También puede darse aquí el caso del "local" público o privado, abierto o cerrado a cualquier persona.

En consecuencia, considero que la situación natural y legal del barco, sea en aguas territoriales sea en alta mar, realiza plenamente el concepto de "local" que como uno de los elementos materiales para el delito federal de juego, establece la fracción I del artículo 13 de la Ley de la materia.

Por lo que se refiere a un autobús para el transporte público como sitio para la realización de juegos

(97) Artículo 42, V de la Constitución Federal y artículo 5, I del Código Penal.

ilícitos, se opina en los mismos términos que para el coche y el barco; situación idéntica para el ferrocarril y para el avión.

JUEGOS ILICITOS.- Sintetizando una vez más lo expuesto con anterioridad, sólo los juegos de azar con apuesta comprendidos en el artículo 2o. de la Ley, son juegos permitidos (o mejor dicho permisibles, pues para practicarlos se requiere la autorización estatal respectiva). En consecuencia, todo juego distinto a éstos, es ilegal; si se trata de los que nunca pueden permitirse, se estará frente a un juego "prohibido"; - si sólo falta autorización porque el juego sea permisible, se tratará de un juego no permitido en concreto.

La prohibición legal de los juegos de azar con apuesta, constituye la antijuridicidad de los mismos elemento material de este delito especial; sus elementos síquicos se definen en el siguiente punto:

A SABIENDAS.- Este término indica que para el tipo de delitos de la fracción I del artículo 13 de la Ley Federal que nos ocupa, es necesario el dolo específico como especie exclusiva de culpabilidad a este delito; sin embargo, no se requiere un conocimiento ex-

haustivo y claro de la ilicitud del juego: basta tener la conciencia de que el juego al que se destina el local está prohibido por la Ley. No se requiere tampoco que los sujetos activos sepan exactamente a que juego prohibido en especial se va a destinar el local.

Por lo que hace a la cuantificación de la pena aplicable a los que alquilen a sabiendas un local para la realización de juegos ilícitos, la norma da al Juez la facultad de aplicar la sanción correspondiente dentro de un mínimo de un mes y un máximo de dos años de prisión, además de la sanción pecuniaria consistente en multa de cien a cinco mil pesos.

En consecuencia, procede la libertad condicional (98). Sin embargo, de conformidad con lo establecido por el artículo 51 de la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 104 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no procede la suspensión en el juicio de garantías intentado contra la resolución administrativa que tienda a impedir estos juegos (99).

(98) Constitución Federal, Artículo 20, I.

(99) Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis Jurisprudencial No. 594, Página 1702 de los Indices del Semanario Judicial de la Federación.

b) Elementos constitutivos específicos de los delitos consignados por la fracción II de esta Ley:

	Jugadores	Sujeto activo
	Espectadores	calificado
Elementos materiales	Asistir	Conducta
	Local	típica
	Juegos ilícitos	
Elementos síquicos	Cualquier forma de culpabilidad	

JUGADORES: El concepto legal de referencia incluye a los participantes en juegos de azar ilícitos exclusivamente (quienes organizan dichos juegos, los dueños, los administradores y en general los responsables del funcionamiento de los juegos de azar de que se trata, caen dentro de las prescripciones penales de las fracciones I y II del artículo 12 de esta Ley).

Las formas en que se puede participar en esta clase de juegos ilícitos, es variadísima: por correo, telégrafo, teléfono, televisión, radio, por intermediarios, directamente y mediante la asistencia corporal al sitio -

donde se realizan estos juegos de azar con apuesta.

Para los efectos del apartado legal que estudio, - únicamente deberán considerarse como incluidos en una - de las especies del sujeto activo calificado de este delito, los que participen en el juego y asistan materialmente al local donde éste se realiza, como se expresará más adelante.

En este caso, a nuestro juicio, se trata de un delito plurisubjetivo puesto que se requiere más de un jugador.

ESPECTADORES: Este concepto lo realizan las personas que sin intervenir en el juego ilícito (bien porque no quieran pagar la contraprestación requerida, bien - porque aún no se deciden a ello o por alguna otra razón similar, se encuentran materialmente reunidas con los - participantes del juego ilícito en el local donde éste se lleva a cabo.

¿Podiera aplicarse el rigor penal de este artículo a las personas que, por ejemplo, presencian la celebración de un juego ilícito desde la ventana medianera del local donde se efectúa?

En estricto rigor legal, considero que dichas personas no pueden ser sujetos activos de este delito, - puesto que de hecho no se encuentran "en" el local donde se realiza el juego ilícito; igual criterio me parece justificado para casos similares al presente (pensemos en alguien que contempla el juego ilícito desde un árbol situado fuera del recinto donde se realiza el juego ilegal, o desde un helicóptero, etc.; siempre que el punto material de ubicación del espectador se encuentre fuera de lo que se entiende por "local", no habrá "espectador" calificado en los términos de este precepto legal).

Como se verá más adelante, tampoco son reos de este delito quienes participando en el juego ilegal, materialmente no se encuentran dentro del local donde se lleva al cabo el juego ilícito.

Como puede haber solamente un espectador, el delito es monosubjetivo, a nuestro entender.

ASISTIR a un local donde se juegue ilícitamente.- Esta conducta tipificada por la fracción II del artículo 13 de la Ley de referencia, es de tal manera importante que, como se indicará posteriormente, parece con-

traponerse a la finalidad que persigue la Ley prohibiendo los juegos de azar.

El asistir a un local de esta naturaleza, indica - que el sujeto activo del delito materialmente se encuentra dentro de dicho sitio (100).

En consecuencia, para que se pueda afirmar la existencia de este delito, deben realizarse simultaneamente todos los requisitos señalados por la norma, entre los que tiene capital importancia la asistencia material al acto del juego ilícito en el local de su realización.

Por eso la mera convivencia con los jugadores en - el local donde se efectúan juegos prohibidos, es suficiente para que exista el elemento material objetivo - del delito de la fracción II del artículo 13 de la Ley de la materia.

Es absolutamente necesaria la presencia corporal - en el lugar donde se realiza el juego ilícito, sea en - calidad de jugador o de espectador.

(100) Artículo 750, I del Código Civil relacionado con el artículo 27 de la Constitución Federal.

Se trata también de un delito de mera conducta y no de resultado material.

LOCAL PARA JUEGOS ILICITOS: Aquí debería expresar lo mismo que apunté líneas arriba; para mejor disposición del trabajo, me remito a aquella exposición.

Como en la hipótesis que estamos examinando no se requiere que los sujetos activos (espectadores y jugadores) realicen la conducta típica "a sabiendas" pienso - que aquí pueden entrar las dos formas de culpabilidad, esto es, tanto el dolo como la culpa. Así, caerán bajo la sanción penal tanto los que concurren a estos juegos teniendo conciencia de la ilicitud de los mismos, como los que aún ignorándolo no tomaron las precauciones necesarias para cerciorarse sobre si se trataba de actividades prohibidas por la Ley. A esta interpretación que acarreará muchos problemas para los efectos de individualizar la pena, viene a dar lugar la forma rudamente objetiva en que el Legislador diseña este particular delito.

CAPITULO QUINTO

DELITOS TIPIFICADOS POR LA LEY FEDERAL DE JUEGOS Y SORTEOS.

SEGUNDA PARTE:

1.-

Consideraciones previas:

En el capítulo anterior se analizaron los delitos federales de juego tipificados por el artículo 13 de la Ley de la materia, porque los ilícitos allí consignados se refieren a la conducta de quienes intervienen en el juego de una manera activa, pero hasta cierto punto con menor responsabilidad.

En efecto, los alquiladores de local para juegos y sorteos ilegales, los jugadores mismos, los participantes en los sorteos y los espectadores, son personas que en el iter criminis de esta clase de conductas, vienen simplemente a cerrar el círculo de la actividad delictuosa del juego de azar con apuesta.

Tienen responsabilidad; su culpabilidad determina la aplicación de las penas preestablecidas; la finalidad de la protección de los derechos patrimoniales y -

de las buenas costumbres de los miembros de la comunidad, se cumple al castigar la Ley a dichos sujetos activos del delito.

Pero es claro que tiene mayor responsabilidad el que positivamente alienta y organiza el funcionamiento de esta clase de diversiones al margen de lo jurídico.

Precisamente por esto el artículo 12 de la Ley, - cuyo estudio vengo haciendo, sanciona más gravemente a quienes, en general, son los directores y responsables de que empiece a existir el juego o el sorteo ilícitos.

Parece más ordenado que se estudie primero el delito menos grave para así estructurar el gran esquema en el cual incluir los principales conceptos que informan también a los otros delitos más graves, porque así, cuando se analicen estos últimos, se recorrerá el camino más fácilmente.

En tal virtud, paso a estudiar los delitos federales de juego más gravemente sancionados por la Ley, - dando por asentados los mismos principios generales - que apunté en el capítulo anterior de este trabajo.

Igualmente doy por válido lo que se ha dicho respecto de los elementos constitutivos del delito en su

esencia genérica y específica, así como lo que dice relación con los elementos adjetivos del ilícito penal.

2.- Elementos constitutivos específicos de los delitos federales de juego establecidos por el artículo 12 de la Ley de la materia:

* Se impondrá prisión de tres meses a tres años y multa de quinientos a diez mil pesos y destitución de empleo, en su caso:

I.- A los empresarios, gerentes, administradores, encargados y agentes de loterías o sorteos que no cuenten con autorización legal. No quedan incluidos en esta disposición los que hagan rifas sólo entre amigos y parientes.

II.- A los dueños, organizadores, gerentes o administradores de casa o local, abierto o cerrado, en que se efectúen juegos prohibidos o con apuestas, sin autorización de la Secretaría de Gobernación, así como a los que participen en la empresa en cualquier forma.

III.- A los que sin autorización de la Secretaría de Gobernación, de cualquier modo intervengan en la venta o circulación de billetes o participaciones de loterías o juegos con apuestas que se efectúen en el extranjero.

IV.- A los funcionarios o empleados públicos que autoricen juegos prohibidos, los protejan, o asistan a locales en donde se celebren, siempre que en este último caso no lo hagan en cumplimiento de sus obligaciones".

De la simple transcripción del precepto, se concluye que a pesar de que sanciona con la misma pena a todos los sujetos activos de estos delitos, se establece una diferenciación por la gravedad; en la primera fracción se incluyen a los que hacen nacer loterías o sorteos no autorizados; la segunda fracción se ocupa de los responsables de una casa de juegos prohibidos, o permitidos pero sin autorización legal; la tercera fracción sanciona toda intervención encaminada a participar en loterías o juegos de apuesta celebrados en el extranjero, si la Secretaría de Gobernación no ha dado el permiso correspondiente y en último término, la fracción cuarta se refiere a los miembros del poder público que con su intervención, den por así decirlo, su aprobación a tales clases de conductas ilícitas.

Sin embargo, la individualización de la conducta típica, antijurídica y culpable, determina la pena concreta del caso, dentro del máximo y del mínimo previamente establecido.

a) Fracción I

		empresarios, gerentes, administradores, encargados y agentes (conducta típica).
	materiales	de loterías o sorteos (objeto de la acción).
Elementos constitutivos específicos:		no autorizados (antijuridicidad).
	psíquicos	cualquier forma de culpabilidad.

EMPRESARIOS .- El concepto fundamental que sirve de base para definir al empresario es el de "empresa"; y éste, tiene aspectos simplemente económicos o directamente jurídicos.

El concepto económico de empresa se refiere al organismo que se propone producir para el mercado determinados bienes o servicios (101).

(101) Joaquín Rodríguez y Rodríguez, Derecho Mercantil 2a. edición, Tomo I, Pág. 411, Editorial Porrúa, S. A., México, 1952.

El artículo 616 del Proyecto de Código de Comercio Mexicano (102), se refiere a la "empresa mercantil" como a la negociación o conjunto de trabajo, elementos materiales y valores incorpóreos coordinados para ofrecer, con propósito de lucro y de manera sistemática, bienes o servicios.

También se habla en términos civiles de "empresario"; sin embargo es un concepto un poco diferente.

En el contrato de obra a precio alzado, especie del contrato de prestación de servicios, el empresario es la persona que por el contrato se encarga de la realización de una obra (103).

Desde el punto de vista económico, "empresario" es la persona que se encarga de organizar y de crear la empresa y quien jurídicamente soporta el riesgo de la misma, de manera que con ella se enriquece o se empobrece, según que su resultado económico sea próspero

(102) Citado por Rafael de Pina en su Diccionario de Derecho Penal, 1a. Edición, Pág. 122, Editorial Porrúa, S. A., México, 1965.

(103) Código Civil, artículos 2616 y siguientes.

o adverso.

En el aspecto jurídico, el "empresario" será la persona que civil o mercantilmente sea el dueño de la negociación. Si se trata por ejemplo de una asociación civil encaminada a la organización de loterías e sorteos no autorizados, el concepto de empresario se aplica a la institución que para los efectos penales se entenderá integrada por sus miembros, a los cuales directamente también se les aplicará la sanción correspondiente.

Tratándose de verdaderas sociedades mercantiles, el empresario será la persona moral integrada por personas individuales a las que directamente también se exigirá responsabilidad penal.

GERENTES .- El término en sí se refiere a toda persona que se hace cargo de algo; aplicado ya al aspecto mercantil, el gerente es la persona encargada de representar y administrar una sociedad mercantil -- dentro del círculo de las facultades que le corresponden y de ejecutar los acuerdos de los órganos superiores -

(104):

Sin embargo, pienso que no es necesario que exista la institución mercantil plenamente organizada para que se realice el elemento material delictivo que el precepto denomina "gerente". Basta, por ejemplo, que se trate de una persona encargada de la celebración de loterías o sorteos no autorizados.

Por lo demás, la fracción I del artículo 13, cuyo estudio se hizo en el capítulo anterior, expresamente se refiere también a los "encargados" de esta clase de actividades ilegales.

Así pues, quienes directamente responden frente al público de los resultados de las loterías o sorteos no autorizados, pueden clasificarse, cuando no exista una sociedad mercantil legalmente constituida, dentro de este concepto de "gerentes" o "encargados".

ADMINISTRADORES .- Aquí es válida la misma observación anterior. Desde el punto de vista de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el "administrador" es

(104) Joaquín Rodríguez y Rodríguez, Op. Cit., Pág. -

la persona que tiene a su cargo el manejo de la sociedad mercantil; claro que puede ser una o varias personas (caso éste último del Consejo de Administración); pero la esencia de esta figura jurídica es la misma: responder ante los accionistas y ante el público de la actividad desarrollada por la sociedad mercantil (105).

Relacionando los conceptos, el "gerente" de una sociedad mercantil es un administrador de segundo grado o subordinado al Consejo de Administración o al administrador único, según sea el caso (106).

En términos muy amplios, el administrador es la persona que tiene a su cargo el manejo económico o jurídico de un bien o conjunto de bienes.

Aplicando estas ideas al aspecto penal, los administradores serán todas las personas que reciban mandato de los dueños del negocio para ejercer la dirección, gobierno y cuidado de los bienes que responden por los resultados de las loterías o sorteos sin autorización legal. Tienen a su cargo incrementar los capitales -

(105) Artículos

(106) Ibidem. Artículo

que custodian y de los que responden, colocándolos en la organización de dichos juegos de azar.

Tienen la participación más activa y decisiva en la suerte económica de estos sorteos y loterías; lo que hace que en función de su naturaleza exista la responsabilidad penal sancionada.

ENCARGADOS .- Con lo antes dicho no queda duda al respecto: realizarán este concepto de "encargados" todos los que efectivamente organicen y respondan de las loterías o sorteos no permitidos en concreto. Puede darse el caso de que sin que exista sociedad mercantil, se configure plenamente este concepto con la simple actividad del organizador de los juegos de azar de referencia.

AGENTES .- Son todos aquellos que tienen contacto inmediato con el público participante en la lotería o sorteo no autorizado, mediante la venta que hacen de los documentos que acreditan la participación en los citados juegos de azar.

En nuestro medio, legalmente está autorizada la intervención como agente de la Lotería Nacional; pero el precepto jurídico que nos ocupa, sanciona la conduc

ta de los agentes de loterías o sorteos no autorizados.

LOTERIAS O SORTEOS .- Debe recordarse en este punto lo asentado anteriormente (107).

Sólo agregaré que como dice el Licenciado Gustavo R. Velasco (108) " una lotería constituye un procedimiento mediante el cual una persona se obliga con varias otras, a cambio de determinado pago que éstas le hacen, a cubrir ciertas cantidades en dinero u otros objetos a quien resulte designado mediante un mecanismo que depende de la suerte ".

En la lotería, originada en las ciudades italianas medievales (109), intervienen plenamente los conceptos de juegos de azar con apuesta. Desde este punto de vista puede definirse como un juego de azar en el que interviene mediante una apuesta en los términos consignados en los párrafos anteriores.

Como lo establece el artículo 2o. de la Ley de la

(107) Capítulo Tercero, No. 2, Pág.

(108) Apuntes del 2o. Curso de Derecho Administrativo, Pág. 81, Escuela Libre de Derecho, México.

(109) Lic. Gustavo R. Velasco, Op. Cit., Pág. 82.

la materia, los sorteos (juegos de azar con apuesta) - pueden permitirse; una lotería, especie del concepto genérico del sorteo, estando permitida en abstracto, - requiere sin embargo para su realización que la Secretaría de Gobernación otorgue el permiso correspondiente (artículos 3, 4, 5 y 6 de la Ley).

En tal virtud, el elemento material de la antijuridicidad de esta clase de juegos de azar, se constituye por la no existencia de la autorización necesaria.

Por lo que hace a los elementos psíquicos constitutivos de este delito, la culpabilidad en cualquiera de sus formas basta para integrar, en unión de los elementos materiales correspondientes, el delito federal de juego del que habla la fracción I del artículo 12 - de la Ley.

Del análisis realizado en términos muy generales, se infiere que el Legislador quiso incluir dentro del ámbito del sujeto activo de este delito, a todas las - personas que con su actividad concurren primeramente a hacer posible la existencia del juego bajo su forma de loterías o sorteos no autorizados, haciendo de ello un oficio.

Es decir, legalmente se combate el profesionalismo en el juego de azar; puesto que en los términos del artículo 15, el hábito mismo determina primordialmente la ilegalidad. Además, la parte final de la fracción I de este artículo 12, no considera como sujetos del delito a quienes efectúen rifas sólo entre amigos y parientes.

En resumen, las loterías o sorteos sin autorización legal constituyen el dato antijurídico, en función del cual se castiga a quienes primeramente hacen lo posible para que exista.

¿Qué pudiera decirse de la persona que momentáneamente, digamos por unos días, se encarga de llevar al cabo la celebración de uno de estos juegos de azar?

Estando proscrito el hábito mismo, pudiera pensarse que a dicho encargado temporal, no se le pudiera inculpar por este delito. Sin embargo, en vista de que la Ley no hace distinción en el sentido de que el encargado habitual o temporal sea el posible sujeto del delito, basta que de hecho se encargue de la celebración u organización de estos juegos de azar, para que se realice plenamente el concepto de "encargado".

La temporalidad o habitualidad en dicho caso, serviría únicamente para atenuar o agravar la responsabilidad; pero mientras no exista alguna de las causas excluyentes de responsabilidad del artículo 15 del Código Penal, habrá el elemento psíquico suficiente para -- considerar que si se dan los elementos materiales del caso, se puede hablar del delito federal de juego de -- la fracción I del artículo 12 de la Ley de la materia.

A primera vista no parece correcto aplicar una -- sanción mayor a un simple agente de lotería no autorizada, que a un jugador de los que habla la fracción II del artículo 13 de la Ley.

Sin embargo, cuando se piensa que el agente citado influye para inducir directamente a actividades ilegales a otras personas (lo que no se da en el caso, -- por ejemplo, del jugador de ruleta), se comprende la -- diferenciación de la gravedad de las penas correspondientes.

Abundando en este punto, comparemos el juego de -- ruleta con un sorteo no autorizado.

Objetivamente parece más peligroso, socialmente -- hablando, el juego de ruleta y quizá se deba afirmar --

en definitiva que así es en la realidad. Un sorteo no autorizado indica tan sólo no cumplimiento del requisito de obtener la autorización estatal, pero en sí mismo puede tratarse de objetos sorteados buenos y de finalidades nobles (consideremos el sorteo de buenos libros para recabar fondos que se destinarán a ayudar a los pobres, siempre que no se esté en los supuestos de la fracción I del artículo 60. de la Ley); ¿por qué, entonces, diferente trato legal agravando la pena para el agente del sorteo, sin más distinciones; y no para el jugador de ruleta ?.

Pienso que el Legislador debió tener en mente que el jugador de ruleta se hace mal así mismo, a sus familiares cercanos y tal vez a otras personas no conocidas por él; pero al final de cuentas el daño se circunscribe a un número más o menos pequeño de personas. En cambio, quienes con conciencia o sin ella participan de la ilicitud de un sorteo, son personas en número mayor; y al mal que se les pudiera seguir en lo económico, debe sumarse a la desobediencia del precepto legal prohibitivo.

No es sino aplicar con más energía estos conceptos a los empresarios, gerentes y administradores, lo

que explica la gravedad mayor de la sanción a la que se hacen merecedores. Porque sucede que frecuentemente una persona da a otra una determinada cantidad de dinero para que la dedique a loterías no permitidas en concreto; el dueño del negocio queda en la sombra, el mal se causa, y el encargado de la organización de la actividad ilícita debe pagar en los términos de la sanción penal; ¿ por qué no también el empresario ?.

Acorde con este raciocinio, la fracción I del artículo 12 da el mismo trato legal al dueño del negocio o empresario, que al directamente encargado de la organización y celebración del juego de azar con apuesta, permitido en abstracto pero sin la autorización concreta.

b) Fracción II

Si en la anterior fracción del artículo 12 en comentario, el elemento material de la antijuridicidad se integra por la no autorización de la lotería o del sorteo permitidos en abstracto, en esta fracción se legisla sobre los juegos respecto de los cuales la Secretaría de Gobernación nunca podrá otorgar el permiso solicitado.

Los juegos de azar son prohibidos o no prohibidos. Los primeros son aquellos que la Secretaría de Gobernación nunca podrá autorizar, por no encontrarse comprendidos dentro de las fracciones I y II del artículo 2o. de la Ley.

Los no prohibidos pueden considerarse en dos aspectos: permitidos en abstracto de conformidad con la Ley y que de hecho cuentan con la autorización respectiva - (la actividad realizada en este marco es apegada a Derecho); y permitidos en abstracto pero sin la autorización estatal correspondiente (éstos se deben denominar simplemente no permitidos de hecho).

La fracción II del artículo 12 de la Ley, tipifica el delito federal de juego en la forma siguiente:

	dueños, organizadores, gerentes, administradores, participantes en la empresa de cualquier forma (conducta típica)
materiales	casa o local, abierto o cerrado (antijuridicidad)
Elementos constitutivos específicos	en que se efectúan juegos prohibidos o no permitidos de hecho (elemento valorativo)
síquicos	cualquier forma de culpabilidad.

DUEÑOS .- Evidentemente se trata de los propietarios de la casa o local, abierto o cerrado; es decir, se habla de los titulares del derecho de propiedad de los citados inmuebles.

No importa que sobre dichos bienes haya servidumbres legales o que soporten algún crédito (hipoteca, fideicomiso, embargo precautorio, etc.); mientras la titularidad de la propiedad pueda determinarse, se realizará el concepto de "dueño".

Quien tenga el usufructo de los mencionados inmuebles, no es sujeto activo de este delito, en atención a la ausencia del primer elemento material del mismo.

GERENTES O ADMINISTRADORES .- No repetiré los conceptos; son los mismos de los que se habló al analizar la fracción anterior de este precepto legal.

ORGANIZADORES .- Este elemento está en función íntima con el siguiente de "casa de juego" o "local para juegos prohibidos o de hecho no permitidos".

El organizador será la persona que tomó a su cargo la planeación e instalación del local o de la casa, contratando a quienes materialmente manejen el funcionamiento de los mismos.

Hay una distinción entre esta clase de personas y los "dueños": el titular de la propiedad se entiende - que es el que en definitiva resiente las pérdidas u obtiene las ganancias, a cambio de arriesgar sus bienes patrimoniales con los que se sostiene el juego mismo; en cambio el organizador es el mandatario del dueño -- que hace sus veces al ocuparse realmente de ejecutar - la intención del propietario, contratando a los que en último término realizarán los actos suficientes para - que la casa de juego se diga que está funcionando.

CASA DE JUEGO .- No existe un criterio definido - al respecto; ni la jurisprudencia ha resuelto el pro- blema.

También aquí la doctrina francesa es de gran utilidad, puesto que la figura delictiva mexicana tiene - mucha similitud con la de Francia.

El Código Penal Francés en su artículo 410 considera como delito la explotación de las casas de juego.

Una casa de juego de azar supone esencialmente para su existencia estas condiciones: un establecimiento fijo, provisto de los instrumentos, utensilios o aparatos necesarios para la realización del juego, así como

de los efectos mobiliarios adecuados a su fin y destinados al mismo tiempo a amueblar o decorar la casa. Debe agregarse además la presencia de banqueros, administradores, encargados, empleados y el público que acuda libremente ó por presentación de afiliados o socios.

La Corte de Casación francesa extiende la calificación de casa de juego al coche o camión que instalado al efecto, se detiene en un campo de carreras con el material necesario para el juego, si hay empleados encargados de anotar las apuestas en libros destinados a ese fin y si al mismo tiempo venden al público los boletos necesarios.

El establecimiento debe destinarse directamente a explotar los juegos de azar que en él se practican. Esta finalidad y propósito, necesariamente deben darse en la conducta de los que organizan y constituyen la casa.

Pero es evidente que no habrá casa de juego si no hay público participante. Los círculos cerrados en los que los socios son los únicos que tienen acceso, no caen dentro de la previsión legal.

Pero si a dicho círculo tienen acceso, de cual--

quier manera, personas extrañas que participen en el juego, ya se está frente al caso de una verdadera casa de juego.

Así lo considera nuestra Ley (artículo 15) para la que el elemento de habitualidad es indispensable.

LOCAL ABIERTO O CERRADO .- Son los mismos conceptos que apunté en el Capítulo Cuarto de este estudio.

JUEGOS PROHIBIDOS o juegos NO PERMITIDOS DE HECHO
Son las mismas ideas que expresé al comienzo de este inciso.

PARTICIPANTES EN LA EMPRESA EN CUALQUIER FORMA .- Tomando en cuenta que aquí se trata de casa de juego, deben aplicarse los mismos conceptos que se anotaron al hablar de los "encargados" de la fracción I de este artículo 12.

No son los simples empleados, sino que se refiere únicamente a los que en alguna forma soportan las pérdidas u obtienen las ganancias, en virtud de haber arriesgado intereses patrimoniales en el establecimiento del juego organizado.

; O es que los empleados de una casa de juego de-

ben entenderse como participantes en la empresa ?. Si pienso que no, es porque como hemos visto (110), la empresa dice de por sí relación a la titularidad de la propiedad del negocio, cosa que no se realiza en el caso de los simples empleados, normalmente; sí se considerarían como participantes en la empresa cuando además de su sueldo de empleados obtuvieran comisiones o porcentajes de las ganancias totales de la casa, o simplemente cuando resintieran las pérdidas y las ganancias, aunque no tuvieran sueldo.

¿ Con esto se está afirmando que los simples empleados de la casa de juego realizan una actividad justificada y apegada a derecho ?. De ninguna manera; pero la sanción penal correspondiente debe ser la del "espectador", consignada por la fracción II del artículo 13 de esta Ley.

En todo caso, es actividad ilícita que si no llega a configurar un delito, sí debe ser reprimida administrativamente por la Secretaría de Gobernación en -

los términos del artículo 10 del Reglamento de la Ley.

En cuanto al elemento síquico primordial de este delito, basta la culpabilidad en cualquiera de sus formas.

Para este último punto debo remitirme al Capítulo Primero de este trabajo cuando hablé de dicho tema.

En resumen, la nota dominante de la tipificación llevada al cabo por la fracción II del artículo 12 de la Ley, es la que se refiere a la habitualidad de la organización y establecimiento de los juegos prohibidos o de los no permitidos de hecho.

El Legislador atiende más que al elemento efectivo (el juego mismo de azar con apuesta), al sujeto activo del delito; y puede decirse que la finalidad buscada no se logró, porque haciendo énfasis en las características de la persona, se deja a un lado la naturaleza misma del juego ilícito.

En efecto frente a una conducta referida a un juego de azar objetivamente ilegal, pueden darse casos en los que no se aplique la coercitibilidad de la norma penal; finalidad intentada por el Legislador y de hecho no lograda.

Pensemos en el siguiente caso: se organiza un sorteo en el que las ganancias son evidentemente desproporcionadas al valor del premio, sin que se recabe la autorización correspondiente; de conformidad con la naturaleza de la rifa (especie del género sorteo, como vimos en el número 2, c) del capítulo tercero de este trabajo), el caso no puede sancionarse en los términos de la fracción II del artículo 12, si se trata de un sorteo entre amigos y parientes.

Con esto se dejó vía libre al juego ilegal; cuando lo correcto debiera haber sido referirse principalmente a este elemento objetivo y no al subjetivo de los agentes del delito.

c) Fracción III

Sancionados los sorteos y loterías no autorizados y los juegos prohibidos. (o de hecho no permitidos), en este apartado legal se consignan como sujetos del delito a todos los que intervengan de cualquier manera en las loterías o juegos con apuestas efectuados en el extranjero, si no existe el permiso correspondiente de la Secretaría de Gobernación.

Desde ahora es procedente indicar la inutilidad -

de haber tipificado esta conducta en un apartado especial de la Ley; bastaba con haberlo incluido en la -- fracción I del artículo 12 que vengo analizando.

El esquema general de los conceptos correspondiente a este tipo delictivo puede hacerse en la forma siguiente:

	los que intervienen de cualquier modo (conducta típica)
materiales	en la venta o circulación de billetes o participaciones de loterías o juegos con apuesta (conducta típica)
Elementos constitutivos específicos	realizados en el extranjero (condición)
	sin autorización legal (antijuridicidad)
síquicos	basta la culpabilidad genérica.

La base de esta figura delictiva consiste en ayudar a la celebración de loterías o juegos con apuesta realizados en el extranjero, sin contar con la autorización de la Secretaría de Gobernación para intervenir en dicha forma.

LOS QUE INTERVIENEN DE CUALQUIER MODO .- Es tan clara esta expresión, que incluye a casi cualquier persona. No creo necesario añadir nada más a la simple expresión legal.

Este elemento material puede ser realizado sencillamente en los términos del siguiente concepto:

VENTA O CIRCULACION DE BILLETES O PARTICIPACIONES DE LOTERIAS O JUEGOS CON APUESTAS .- Como en todo juego de azar organizado, la condición para obtener el permiso es el documento que certifique haber cubierto la contraprestación necesaria previamente establecida.

Puede tratarse de títulos valores formalmente constituidos, de simples documentos o contraseñas, o de cualquier otro medio de demostrar la calidad de participante de los mencionados juegos de azar.

Para los conceptos de "lotería", me remito al número 2, o), del Capítulo Tercero de este estudio.

La venta o circulación de los documentos señalados reduce el campo de aplicación de dichos conceptos a los contratos civiles o mercantiles de enajenación o distribución; se puede tratar de vendedores en estric-

to rigor o de simples intermediarios (comisionistas, -
corredores, mandatarios en general, etc.).

QUE SE EFECTUEN EN EL EXTRANJERO .- Es evidente -
que tanto la planeación como el desarrollo de dichos -
juegos de azar necesita realizarse fuera del ámbito ju-
rídico del Estado Mexicano.

Pueden pensarse muchas hipótesis embrolladas; --
siempre al final deberá regirse la solución por el con-
cepto Constitucional del artículo 49 de la Carta Magna.

SIN AUTORIZACION DE LA SECRETARIA DE GOBERNACION.
Deben tenerse en cuenta lo tantas veces anotado al res-
pecto.

En resumen, lo que el artículo trata de impedir -
en su fracción III, es la intervención en los juegos y
loterías llevados al cabo en el extranjero, cuando no
se obtiene de la Secretaría de Gobernación el permiso
para disfrutar legalmente de las posibilidades del pre-
mio.

Por lo demás la contrapartida de esta situación -
jurídica se encuentra incluida en las restricciones -
que para los extranjeros determina la Ley General de -

Población (111).

d) Fracción IV

Una vez que se han establecido los tipos legales aplicables normalmente, pasemos a analizar los elementos constitutivos específicos de una figura delictiva extraordinaria.

Quienes comunmente se mueven en el plano ilegal de los juegos con apuestas y sorteos ilícitos, son los organizadores y participantes del juego mismo.

Sin embargo el Congreso Federal creyó oportuno establecer sanciones penales para las conductas de funcionarios y empleados públicos que en relación con este punto realicen actos que además de desacreditar el puesto que ocupan, revelan mayor culpabilidad por el aprovechamiento ilícito que pueden lograr.

¿Cómo podría reprimirse adecuadamente la conducta del funcionario o empleado público que ayude a la proliferación de los juegos ilícitos ?

No obstante que existe la Ley Federal de Respon

sabildades aplicable en situaciones semejantes, la -
Ley cuyo estudio es objeto de esta tesis, sanciona en
forma propia e independiente dicho proceder.

El esquema de esta figura delictiva podría ser el
siguiente:

	los funcionarios y emplea dos públicos (conducta tí pica)
materiales	que autoricen, protejan o asistan a locales donde - se celebren juegos prohi bidos - a no ser que asig tan en cumplimiento de - sus obligaciones - (con ducta típica)
Elementos constitutivos específicos	Juegos prohibidos (antiju ridicidad)
síquicos.	culpa genérica en cual-- quiera de sus formas.

FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PUBLICOS .- Este concep
to es de los más debatidos doctrinariamente.

El Maestro Gabino Fraga (112) enumera seis distin

(112) Derecho Administrativo, Sexta Edición, Pág. 241,
Editorial Porrúa, S. A., México, 1955.

tos criterios: la duración en el cargo (el funcionario es designado por un tiempo determinado, mientras que el empleado tiene un carácter permanente); las características del derecho a la restricción (en los funcionarios puede ser honorífico, en cambio en el caso de los empleados es siempre una contraprestación); la naturaleza de la relación jurídica que los vincula con el Estado - (en el caso del funcionario es de Derecho Público y se trata de una relación de Derecho Privado cuando se habla del empleado); la facultad de decidir y ordenar que realiza el funcionario y no el empleado (éste simplemente es un ejecutor); el funcionario tiene señaladas sus facultades en la norma jurídica, el empleado en los reglamentos; finalmente, el carácter de funcionario "supone un encargo especial transmitido en principio por la Ley, que crea una relación externa que da a su titular un carácter representativo", mientras que el concepto de empleado supone exclusivamente una vinculación interna en virtud de la cual su titular concurre a formar la función pública.

Al parecer, es más correcta la última posición relacionada con la que sostiene como criterio de distinción el poder de decidir y de ordenar.

Para el caso de la Ley Federal de Juegos y Sorteos no hay mayor problema, puesto que cualquier persona contratada para servir en la burocracia como funcionario o como empleado, reúne las condiciones suficientes para agotar el supuesto material de este delito.

QUE AUTORICEN .- Debe entenderse que esta facultad se debe entender en los términos del artículo 3o. y demás relativos del mismo Ordenamiento Jurídico.

¿ Qué pensar de la autorización dada sin competencia por una autoridad estatal ?. Quizá fuera éste un caso claro de tentativa de este delito.

Como se verá más adelante, la autorización como elemento material de este delito, debe referirse a juegos prohibidos, es decir, juegos distintos a los enumerados por las fracciones I y II del artículo 2o. de la Ley.

QUE PROTEJAN .- La gama de actos y hechos jurídicos incluidos en este concepto, es amplísima y casi imposible de determinar.

Sin embargo, el criterio que indicará la realización de este supuesto, será el grado de efectividad para la celebración de los juegos prohibidos obtenido me-

dante la intervención positiva o negativa del funcionario o empleado público, en el ejercicio y con el carácter de miembro de la administración estatal.

ASISTIR A LOCALES DONDE SE CELEBREN JUEGOS PROHIBIDOS.- Me remito en este punto a lo que expuse en la explicación del artículo 13, fracción II de la Ley de la materia, en el Capítulo Cuarto de esta tesis (113).

La condición legal en virtud de la cual no se realiza este dato material del delito (asistir a dichos lugares en cumplimiento de su deber), no requiere ninguna aclaración, por ser evidente la procedencia de la justificación de ese hecho.

JUEGOS PROHIBIDOS .- Este concepto fue anotado al estudiar la fracción I del artículo 13 de la Ley, en el Capítulo Cuarto de este estudio, al que me remito (114).

Por lo que se refiere a la culpabilidad, ante la ausencia de expresión concreta legal de dolo, debe de-

(113) Página

(114) Página

cirse que basta la culpa genérica en cualquiera de sus formas, sin excluirse, evidentemente, el dolo, como elemento síquico primordial de este delito.

La razón histórica de ser de este tipo penal, es que hasta antes de la expedición de la Ley Federal de Juegos y Sorteos, se había hecho muy extensa la práctica de que el funcionario y el empleado público, arriesgaran en los juegos de azar con apuesta los intereses patrimoniales del Estado de los que simplemente son depositarios.

Por lo demás, no es recomendable el ejemplo que darían estas personas infringiendo la prohibición terminante de la Ley de la materia, valiéndose de su puesto para aumentar las energías de la actividad lúdica situada al margen de lo justo legal.

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

PRIMERA . - El juego de azar con apuesta, siendo peligroso en sí, no es sin embargo de tal naturaleza - que los males que pueda causar sean evitables con el - simple expediente de su prohibición. Cuando la autori- dad puede controlar debidamente las apuestas y desti- narias a fines de beneficio social, el juego de azar - no merece que se prohíba terminantemente.

SEGUNDA . - La Norma del caso no debe ser de or- den Federal, puesto que las circunstancias sociológi- cas correspondientes no son iguales en toda la Repúbl- ca. En consecuencia, los juegos de azar con apuesta - deben ser de la competencia estatal, aunque para ello es necesario volver a reformar la fracción X del artí- culo 73 de la Constitución Federal.

TERCERA . - La Ley vigente no cumple con su fina- lidad pues establece penas poco efectivas para reprim- ir la actividad del juego ilegal que considera suma- mente reprobable. En todo caso, para ser consecuente consigo misma debiera agravar sus sanciones tomando en

cuenta las circunstancias actuales económicas del país y el modo peculiar de ser de los que cometen esta clase de delitos.

CUARTA . - El Reglamento de juegos y sorteos es totalmente antijurídico puesto que es de fecha anterior a la de la expedición de la Ley que reglamenta. - Además, no hace otra cosa, en esencia, sino transcribir los preceptos de la Ley.

QUINTA . - La estructura lógica de las normas jurídico - penales, permite identificarlas aun cuando se encuentren insertas en Leyes de naturaleza distinta a la penal.

SEXTA . - En razón de su estructura específica, - los preceptos que tipifican y sancionan los delitos - contenidos en la Ley Federal de Juegos y Sorteos, integran el llamado Derecho Penal Especial, toda vez que - se trata de verdaderas normas punitivas que se encuentran fuera del Derecho Penal General, o Codificado.

SEPTIMA . - El bien jurídico que tutela esta Ley, es la dignidad de la persona en todo lo que dice de - parte integrante de una sociedad que exige miembros -

útiles para sí mismos y para los demás; tiene como finalidad la protección del interés general y del patrimonio individual de las personas, razón por la cual el Legislador de 1931 sitúa los juegos prohibidos dentro de los delitos contra la economía pública. Los tipos delictivos configurados en la Ley Federal de Juegos y Sorteos, tienden primordialmente a evitar que se den posibles agentes de otros delitos plenamente tipificados.

BIBLIOGRAFIA

- ANGLIOLINI .- Citado por Ricardo Franco Guzmán, Crimi-
nalia, 1956.
- ANTOLISEI FRANCISCO .- Manual de Derecho Penal, Edito-
rial Uteha, Buenos Aires, 1960.
- BEILING VON ERNEST .- Esquema de Derecho Penal, La Doc-
trina del Delito Tipo, Editorial Depalma
Buenos Aires, 1944.
- BINDING CARLOS .- Citado por Luis Jiménez de Asúa, La
Ley y el Delito, Editorial "Andrés Bello"
Caracas.
- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL .- Derecho Penal Mexicano, To-
mo III, México, 1956.
- CARRARA FRANCISCO .- Programa del curso de Derecho Cri-
minal, Vol. 1o., Buenos Aires, 1944.
- CASTELLANOS TENA FERNANDO .- Lineamientos Elementales
de Derecho Penal, Parte General, Edito-
rial Jurídica Mexicana, México, 1959. -
Idem, 3a. Edición, México, 1965.

GARRAUD R. -- Droit Penal Français, Tomo 50., Editorial
L. Larousse, París, 1894.

GOYET FRANCISCO -- Droit Penal Spécial, París, 1945.

JIMENEZ DE ASUA LUIS -- La Ley y el Delito, 2a. Edición
Caracas, 1954.

JIMENEZ HUERTA MARIANO -- La Tipicidad, Editorial Po-
rrúa, S. A., México, 1955.

KELSEN HANS -- Citado por Rafael Preciado Hernández, -
Lecciones de Filosofía del Derecho, Pág.
122, Editorial Jus, México, 1965.

MAGGIORE GIUSEPPE -- Derecho Penal, Vol. 10., Editorial
Temis, Bogotá, 1954.

MANZINI VINCENZO -- Tratado de Derecho Penal, Tomo II,-
Buenos Aires, 1948, Editorial Ediar.

MEZGER EDMUNDO -- Tratado de Derecho Penal, Tomos I y -
II, 2a. Edición, Madrid, 1955. Derecho Pe-
nal, Parte General, Buenos Aires, 1958.

PARTIDAS Las Siete -- Barcelona, 1844.

PORTE PETIT C. CELESTINO -- Apuntes de la Parte -
General de Derecho Penal, México, 1960.

Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, México, 1961.

PRECIADO HERNANDEZ RAFAEL .- Lecciones de Filosofía del Derecho, 4a. Edición, Editorial Jus, México, 1965.

ROSSI PELEGRINO .- Tratado de Derecho Penal, 3a. Edición, Madrid, 1883.

SABATINI G. .- Delle Contravensioni in Particolare, Libro III del Tratado Diritto Penale Coordinato de Eugenio Florian, 4a. Edición, Mileno, 1937.

SAN ISIDORO DE SEVILLA .- Orígenes, 18 y 60.

SODI DEMETRIO .- Nuestra Ley Penal.

SUPREMA CORTE DE LA NACION .- Tesis Jurisprudencial No. 594, Semanario Judicial de la Federación.

VILLALOBOS IGNACIO .- Derecho Penal Mexicano, México, - 1960, Parte General, Editorial Porrúa, S. A.
Noción Jurídica del Delito, Editorial Jus México, 1952.