

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

ARAGON

307
2ej.

Estudio Dogmático de la Fracción Primera del Artículo
250 del Código Penal para el Distrito Federal.
" USURPACION DE FUNCIONES PUBLICAS "

TESIS PROFESIONAL

Que para obtener el Título de:

LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:

RENE RAMOS RAMOS

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

México, D. F. 1991



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

INDICE GENERAL .

Págs.

Introducción	1
--------------------	---

CAPITULO I NOCIONES GENERALES .

A. Teoría del delito	7
1. La Escuela Clásica	2
2. La Escuela Positiva	17
3. Escuelas Selectivas	20
B. Concepto de delito	24
1. Doctrinaria	31
2. Jurídico	26
C. Concepto de Usurpación de Funciones	29
D. Concepto de Funcionario o Servidor Público	41

CAPITULO II ELEMENTOS DEL TIPO .

A. Concepto de tipo penal	42
B. Naturaleza jurídica del tipo	47
1. Teoría de la pure coacción	48
2. Teoría Felisiani	50

	Pág.
3. Teoría del indicio	51
4. Teoría de la identidad o de la superación	54
C. Elementos del Tipo (Generales)	66
1. Sujeto Activo	65
2. Sujeto Pasivo	66
3. Objeto Material	67
4. Bien Jurídico Protegido	67
5. Conducta	68
6. Resultado	68
D. Elementos del Tipo (Especiales)	69
1. Medios de Comisión	69
2. Las referencias temporal, espacial y de ocasión ..	69
3. Elemento subjetivo o dolo específico	70
4. Elemento normativo o antijuridicidad específica ..	70
5. Calidad del sujeto activo, calidad del sujeto pa sivo	70
6. La cantidad del sujeto activo, la cantidad del su jeto pasivo y la cantidad del objeto material	71
E. Clasificación del delito en orden a los elementos del tipo.	72
1. Calidades del sujeto activo	72
2. Calidades del sujeto pasivo	72
3. De acuerdo a la cantidad del sujeto activo y/o - pasivo	72
4. De acuerdo al bien jurídico protegido	73
5. De acuerdo al objeto material	74
6. De acuerdo a la conducta por su forma	74
7. De acuerdo a la conducta por el número de actos ..	74

CAPITULO III. ELEMENTOS POSITIVOS Y
NEGATIVOS DEL DELITO .

	Pág.
A. Conducta - Ausencia de conducta	78
B. Tipicidad - Atipicidad	107
C. Antijuridicidad - Causas de Justificación	111
D. Imputabilidad - Inimputabilidad	132
E. Culpabilidad - Inculpabilidad	140
F. Punibilidad - Excusas Absolutorias	153

C A P I T U L O IV .

A. El Iter Criminis	158
1. Fase interna	159
2. Fase externa	160
B. Formas de presentarse el delito	164
1. Consumación	164
2. Tentativa	166
2.1. Acabada	171
2.2. Inacabada	171
3. Delito Imposible	178
C. Concurso de delitos	181
1. Concurso ideal o formal	181

2. Concurso material o real	Pág. 183
D. Participación o concurso eventual de personas	186
S. JURISPRUDENCIA	
CONCLUSIONES	
BIBLIOGRAFIA	

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

El presente trabajo de investigación, tiene como propósito realizar el estudio dogmático del delito contemplado en la fracción primera del artículo 250 (Usurpación de Funciones Públicas), el cual se encuentra ubicado en el título décimo tercero, dentro de los delitos de falsedad, en el capítulo séptimo del Código Penal para el Distrito Federal.

Este ha sido elaborado, de acuerdo con el sistema de enseñanza que se aplica a los delitos en particular, los principios que rigen la teoría del delito, no sólo como medio adecuado para una correcta sistematización del contenido de los tipos penales, sino por considerar dicho método como el instrumento ideal para un verdadero y exhaustivo análisis de los elementos específicos de las diversas figuras delictivas.

Por nuestra parte, aquí analizaremos de forma integral el delito de Usurpación de Funciones Públicas, en todos sus elementos.

El primer rubro, denominado nociones generales referente primeramente a las ideas y doctrinas penales más sobre-

salientes que pueden ser denominadas clásicas en la materia, posteriormente proporcionaremos conceptos fundamentales para el desarrollo del presente trabajo.

En el segundo rubro, hacemos referencia a los elementos que integran el tipo penal, tanto generales como especiales, así como a la clasificación del delito en orden a los elementos del tipo.

Como tercero, analizamos los elementos esenciales del delito, tanto positivos como en su aspecto negativo, basándonos en una concepción hexatómica para un mejor y más completo estudio de dicha figura jurídica.

Por último, hacemos referencia a el iter- criminis o camino del crimen, así como a las formas de aparición del delito. Finalmente insertamos las resoluciones de los tribunales mexicanos aplicables al caso concreto, por considerarlas de suma importancia.

CAPITULO 1 NOCIONESS GENERALES.

A. TSCORIA DSL DELITO.

1. LA ESCUSLA CLASICA.

Carrancá y Trujillo menciona, " la filosofía de todos los tiempos ha reconocido la justificación del poder del Estado para castigar, si bien fundamentándola diversamente. - Platón, según unos intérpretes, fundaba la pena en el principio de la expiación en nombre e interés de la comunidad, y - como necesaria retribución consecuente al delito; y según - otros la propia defensa y conservación del Estado justificó - para Platón la pena que hace no volver a delinquir y, además, rehabilita al culpable purificando su alma; la pena es una medicina del alma. " ¹

El mismo autor establece, " Para los romanos, maestros del pragmatismo jurídico, justificóse el derecho de castigar por la ejemplaridad de las penas. La Iglesia, después , refiriendo todo problema a Dios, hizo del derecho de castigar una delegación divina y concibió el delito como un pecado y -

1. Derecho Penal Mexicano, págs. 154 y 155 , 16a edición , Ferrás, 1968.

4
la pena como una penitencia; mediante el arrepentimiento y la penitencia el pecador se somete nuevamente a la ley divina y logra su enmienda satisfaciéndose la ofensa causada por el pecado con la justa retribución. La Edad Media siguió los derroteros escolásticos, si bien fortaleciéndolos con la razón -- del Estado y acentuando con tal justificación la venganza pública hasta llegar a los más rigurosos extremos, las penas -- quedaron por ello; divididas en divinas, naturales y legales o humanas.

En el humanismo y el Renacimiento sienta Grocio la -- base contractual del derecho penal: el que delinque se obliga implícitamente a sufrir la pena.

Con la obra apasionada de Beccaria se estimula el -- nacimiento de un sistema penal científico y propio indepen -- diente de la justicia divina y fundado en la utilidad y el in -- terés general de consorcio con la ley moral; la necesidad so -- la ha hecho nacer del choque de las pasiones y de la oposi -- ción de los intereses la idea de la utilidad común, que es la base de la justicia humana; el objeto de los castigos no es -- otro que el de impedir al delincuente que vuelva a dañar a la sociedad y el de apartar a sus conciudadanos del deseo de co -- meter semejantes delitos, es mejor prevenir los delitos que -- castigarlos. " 2

Antes de hacer referencia de manera directa a las -- doctrinas de Francisco Carrara, exponente máximo de la Escus-

2. op - cit , págs. 155 y 156.

la Clásica del Derecho Penal, resulta necesario realizar un -
somero análisis de las ideas sobresalientes de los principa -
les pensadores que le antecedieron y cuyas teorías, sin duda,
fueron el marco donde se desarrolló aquella tendencia científica.

"MANUEL KANT (1724-1804). La pena es un imperativo
categórico una exigencia de la razón y de la justicia y conse
cuencia jurídica del delito realizado; su imposición, no aspi
ra a obtener fines de utilidad, sino puramente de justicia; su
fundamentación se halla en el principio absoluto de la retribu
ción jurídica, Kant llega a afirmar que el mal de la pena debe
ser igual al mal del delito, con lo cual se aproxima al princi
pio del talión. " ³

"GIANDOMENICO ROMAGNOSI (1761-1835). Después del -
libro de Beccaria se publica la obra de Romagnosi, Génesis del
Diritto Penale, en donde niega que el fundamento del Derecho -
Penal se encuentra en el contrato social y lo afirma en el im
perio de la necesidad. El Derecho Penal es para Romagnosi un -
derecho de defensa indirecta que debe ejercitarse mediante la
punicción de los delitos pasados, para conjurar el peligro de -
los futuros, por ser el delito contrario al derecho de los hom
bres a conservar su felicidad. La pena no puede ser tormento -
ni utilizarse para afligir a un ser sensible; su finalidad in
mediata es la intimidación para evitar así la comisión de --
nuevos delitos. " ⁴

-
3. Véase Eugenio Cuello Calón, Derecho Penal, tomo I, pág. 38
5a. edición, Editorial Bosch.
 4. Fernando Castellanos Fena, Lineamientos Elementales de De
recho Penal, pág.52 , 22a. edición, Forrúa 1986.

"No considera que la prevención del delito haya de limitarse a la que la pena pueda ejercitar. Propone, por eso, otros medios preventivos de diversa índole, que deben oponerse a las causas del fenómeno delictuoso. Y es en el estudio y clasificación de esas causas donde encuentra fundamento la opinión generalizada, y por cierto no discutible, de que Romagnosi es, como Florián uno de los patriarcas del positivismo penal, junto con Bentham y Feuerbach, aunque sus doctrinas no se apoyen en los datos de la experiencia, de que no se disponía en la época en que fueron elaboradas. La causalidad del delito, para Romagnosi, es una dinámica moral previniente y no una dinámica física reprimente, este autor indiscutiblemente clásico se adelanta a su época; por ello los positivistas pretenden ver en él a un precursor. " ⁵

"FEDERICO HEGEL (1770-1831). Entiende que a la voluntad irracional, de que el delito es expresión, debe oponerse la pena representativa de la voluntad racional, que la ley traduce. El delito es negación del derecho y la pena es negación del delito. " ⁶

"FABIO JUAN ANSELMO VON FEUERBACH (1775-1833). Para este autor la imposición de la pena precisa de una ley anterior (nulla poena sine lege). La aplicación de una pena supone la existencia de la acción prevista por la amenaza legal (nulla poena sine crimine). Es la ley la creadora del vínculo entre la lesión del Derecho y el mal de la pena (nullum crimen sine poena legalis). El crimen es una acción contraria al derecho de los demás reprimidos por una pena. " ⁷

5. Quello Calón, op - cit, pág. 52.

6. Castellanos Fena, op - cit, pág. 53.

7. I D E M .

"PELLEGRINO ROSSI (1787-1848). Este gran jurista, político, diplomático y poeta, es considerado como uno de los precursores de la Escuela Clásica. Para Rossi, la pena es la remuneración del mal hecha con peso y medida por el juez legítimo. El derecho de castigar tiene su fundamento en el orden moral, obligatorio para todos los hombres y debe ser realizado en la sociedad en que viven, haciendo en esa forma un orden social. El Derecho Penal tiende a la realización de ese orden moral, por lo que no puede proponerse un fin apartado de la - justicia moral. El Derecho Penal se manifiesta a los hombres para recordarles los principios del orden moral y darles los medios de elevación hasta la fuente celeste de la cual proviene. " ^S

"CARLOS DAVID AUGUSTO ROEDER (1806-1779). Este autor, profesor de la Universidad de Heidelberg, considera que - la pena es el medio racional y necesario para reformar la injusta voluntad del delincuente; pero tal reforma no debe ceñirse a la legalidad externa de las acciones humanas, sino a la íntima y completa justicia de su voluntad, Roeder afirma que - la pena debe tener el carácter de tratamiento correccional o tutelar y su duración estará en función del tiempo necesario - para reformar la mala voluntad que se aspira a corregir. " ^S

FRANCISCO CARRARA. Nació en 1805 y murió en 1888, es considerado como el padre de la Escuela Clásica del Derecho Penal, porque le dió una sistematización impecable. Ha sido ob-

S. Castellanos Fena, op - cit , pág. 53.

S. Ouello Calón, op - cit , págs. 39 y 40 .

jeto de grandes elogios, no sólo por parte de los seguidores - de su pensamiento, sino también de los positivistas, sus con - tradictores. Este ilustre jurista consagró su vida no sólo a - la jurisprudencia, sino también a la ciencia en general, a la filosofía y a la literatura; sucedió a Carnagiani en la cáte - dra de Derecho Penal en la Universidad de Pisa. De entre sus - muchas obras destacan: Opuscoli de Diritto Penale y Programma del Corso di Diritto Criminale, publicadas en 1874 y 1877, la segunda obra monumental en donde de manera sistemática y con - profunda argumentación lógica, expone el contenido de la Cien - cia del Derecho Penal, trazando líneas y directrices origina - les que lo encumbraron como el máximo penalista de todos los - tiempos.

Al referirse a Carrara el penalista chileno Eduardo Novoa expresa: " la finalidad de su rigurosa obra jurídica fue la de estructurar un Derecho Penal que, al apoyarse en verdades principios jurídicos, lograra desterrar los errores dejados, en etapas históricas anteriores, por las doctrinas teológica y metafísica, precisando con claridad la distinción entre pecado y delito, así como entre sacrificio y pena, haciendo repulsa de toda idea indefinida, de manera que la ciencia del derecho criminal se conoce como un orden racional, anterior a la opinión de los legisladores, constituyendo el supremo Código de la libertad, que sustrae al nombre de la tiranía de sus pasiones. Aspira a dar al Derecho Penal un contenido necesario y eterno, para ello acude a la doctrina matemática que tras el establecimiento por la energía de las nociones exactas de los entes jurídicos, define los criterios esenciales y los criterios mensuradores de todo delito concreto. Se apoya en un sistema de fuerzas que integrarán el delito y la pena y en la me-

dida de esas fuerzas, expresadas en las formas carnignianas de la cualidad, cantidad y grado. No puede haber delito sino en lo que amenaza u ofende los derechos de los coasociados, derechos que no pueden ser agredidos sino por actos exteriores procedentes de una voluntad inteligente y libre. Esto conduce a considerar la objetividad y la subjetividad de todo delito, o sea las dos fuerzas concurrentes en él, la física y la moral, necesarias, puesto que el delito consiste en un choque entre un hecho humano y un derecho. Los delitos se distinguen y clasifican según la diversa especie o importancia del derecho agredido y también por su cualidad, cantidad y grado. La cualidad designa el título criminoso que constituye el delito; la cantidad señala la relación de más o menos del delito, atendiendo a la gravedad de los males que causa; el grado es referido a las diversas fases internas y externas del delito. Las penas se regulan por criterios jurídicos que fijan su cualidad y su cantidad proporcionalmente al daño o peligro corrido por el derecho, como asimismo, a las condiciones de lugar, tiempo y persona. También hay en ellas dos fuerzas, física y moral. - Correlativas a las fuerzas análogas que se encontraron en el delito. " 10

Por su parte Eusebio Gómez, destacado penalista argentino, aún afiliado al positivismo, escribe " El conjunto de las doctrinas de Francisco Carrara representan el término de la evolución de la Escuela Clásica. El sabio maestro de Pisa, admirable sistematizador como fue, supo marcar orientación definida a la poderosa corriente del pensamiento científico penal iniciada después de la aparición del libro de César Beccaria. Sus dog

10. Citado por Favón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, pág. 63, 7a. edición, Ferrúa 1990.

trinas constituyen un verdadero sistema, la propia Escuela Clásica -- como fuera bautizada por Ferri --, y que bien podrá -- llevar su nombre. La expone con claridad insuperada; las funda con argumentación resistente. Observa, en su elaboración un método riguroso. Cuando, para aceptar sus conclusiones o para el disenso con ellas, se hace referencia a la Escuela Clásica, no son otras, que las doctrinas de Carrara las que se someten al examen; es sobre ellas que la crítica versa, y aunque ésta le sea desfavorable, el reconocimiento de su mérito excepcional -- no está ausente jamás. Enrique Ferri, que fue su infatigable -- contradictor, fue también un encomista caluroso de ese mérito. Admiraba en Carrara la agudeza de su ingenio y su lógica poderosa; y era inegable, para él, que, con el Programa había elevado un maravilloso edificio científico, no solamente en la -- parte exterior de las doctrinas generales sobre el delito y sobre la pena, sino en las partes más íntimas y menos estudiadas de los delitos en particular, que son los verdaderos términos de aplicación diaria de las doctrinas generales. " 11

SIGNIFICADO DE LA EXPRESION ESCUELA CLASICA. Por -- cuanto a ésta los positivistas del siglo pasado en especial -- Enrique Ferri, bautizaron con el nombre de Escuela Clásica, a todo lo anterior, a las doctrinas que no se adaptaban a las -- nuevas ideas, a los recientes sistemas, la Escuela Clásica en realidad no integra un todo uniforme ya que en ella se advierten tendencias diferentes, incluso opuestas, que en la época -- de su mayor predominio combatieron entre sí. " La denominación

11. Citado por Castellanos Fena, op - cit , pág. 55

de Escuela Clásica, fue adjudicada por Enrique Ferri con un sentido peyorativo, que no tiene en realidad la expresión clasicismo, y que es más bien lo consagrado, lo ilustre. Ferri quiso significar con éste título lo viejo y lo caduco. " 12

La Escuela Clásica se caracteriza por su índole filológica, por su sentido liberal y humanitario, que alcanza su máximo apogeo a mediados del siglo XIX, culminando con la obra inmortal del maestro Carrara.

Por su parte Celestino Forte Petit Candaudap expresa, " Por cuanto a la denominación de Escuela Clásica. Esta dice Florián, se designa así por el mismo Carrara y, efectivamente, es cierto que el maestro de Pisa le dió tal nombre. Ferri, por su parte expresó ser él quien la llamó Escuela Clásica, y que lo hizo con sentido de admiración. Otros opinan, que tal título no fue dado por los clásicos, sino por los contradictores de dicha escuela, o sea por los positivistas. Pero hay -- más algunos de los clásicos, se dolían de que su escuela fuera denominada así. " 13

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

-
12. Jiménez de Asía Luis, La ley y el Delito, pág. 46, editorial Sudamericana, 1989.
 13. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, pág.34 Duodécima edición, Forriá 1989.

a) METODO DE ESTUDIO EN LA ESCUELA CLASICA DEL DERECHO PENAL. La Escuela Clásica siguió preferentemente el método deductivo, o como dice Jiménez de Asúa, el método lógico abstracto, ya que el Derecho Penal es una ciencia que obtiene sus conceptos en forma meramente especulativa, a través de deducciones lógicas. La Escuela Clásica en torno a su obra realizó de modo magistral una admirable anatomía jurídica del delito y construyendo un sistema de normas represivas con el sólo auxilio de la lógica abstracta y apriorística en que consiste precisamente el método deductivo.

Ignacio Villalobos sostiene " como pertenece el Derecho al campo de la conducta de los individuos, en relación con la vida social y tiene propósitos ordenadores de esa conducta, resulta eminentemente finalista; por ende el método que lo ha de regir todo, desde la iniciación de las leyes hasta su interpretación y forma de aplicación, necesariamente será teleológica, para estudiar adecuadamente, los diversos problemas que se presentan sobre conflictos de leyes, lugar y tiempo de la acción, causalidad de resultado y otros más que no pueden ser resueltos satisfactoriamente por distintas vías. " 14

"Mucho se le censuró a la Escuela Clásica el empleo de métodos deductivos de investigación científica; pero el Derecho no puede plegarse a los sistemas de las ciencias naturales por no ser parte de la naturaleza y no someterse a sus leyes. En la naturaleza los fenómenos aparecen vinculados por nexos causales, por enlaces forzosos, necesarios, mientras el

14. Derecho Penal Mexicano, pág. 97, 1a. edición, Porrúa 1990.

Derecho está constituido por un conjunto de normas; se presenta como la enunciación de algo que estimamos debe ser, aun cuando tal vez, de hecho a veces quede incumplido. Mientras - las leyes naturales son falsas o verdaderas, según su coincidencia o su perfecta adecuación con la realidad, las normas postulan una conducta que, por alguna razón se estima valiosa a pesar de que en la práctica puede ser producido un comportamiento contrario. Precisamente por no contar esa conducta con la forzosidad de una realización, se le expresa como un deber. Lo enunciado por la leyes naturales tiene que ser; lo prescrito por las normas debe ser, con esto queda plenamente demostrado que el Derecho no mora en el mundo de la naturaleza. " 15

b) IGUALDAD. " El hombre ha nacido libre e igual en derechos, ésta igualdad en derechos es el equivalente a la de esencia, pues implica la igualdad entre los sujetos, ya que - la igualdad entre desiguales es la negación de la propia igualdad. " 16

c) LIBRE ALBEDRÍO. La responsabilidad penal encuentra su razón de ser en la imputabilidad moral, en el libre - albedrío. Si todos los hombres son iguales, en todos ellos se ha depositado el bien y el mal; pero también se les ha dotado de capacidad para elegir entre ambos caminos y si se ejecuta el mal, es porque se quiso y no porque la fatalidad de la vida haya arrojado al individuo a su práctica.

15. Castellanos Tena, op - cit , págs. 56 y 57.

16. I S I D S M , pág. 57.

d) ENTIDAD DEL DELITO. Carrara encuentra la fórmula sacramental, en la que asienta el apoyo de toda la construcción jurídica, basamento unitario de todos los dogmas que ingresan la ciencia penal, fuente de donde emanarían las demás — verdades del Derecho Penal de los pueblos cultos y que constituye la noción exacta del delito. Dicha fórmula dice: el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico, así pues el núcleo de la justicia penal es el delito (supuesto objetivo — vo), más no el delincuente (supuesto subjetivo), es decir, que para la existencia del delito se necesita que la conducta o hecho del agente activo viole una norma, ya sea prohibitiva o preceptiva, esto es que prohíba, o bien mande hacer. El juez competente para conocer la malicia de los hechos no puede considerar la malicia del hombre sin traspasar el límite de — sus atribuciones.

e) INFUTABILIDAD MORAL. " Como consecuencia del libre albedrío, base de la ciencia penal para los clásicos, si el hombre está facultado para discernir entre el bien y el — mal y ejecuta éste, debe responder de su conducta habida cuenta de su naturaleza moral. " 17

Sólo puede responsabilizarse a una persona cuando — sus actos han nacido de su libre albedrío, de su culpabilidad moral. No hay reproche posible, ni sanción, ni castigo, ni pena, sino cuando el hombre consciente y voluntariamente, en — virtud de su libertad y conciencia viola un precepto legal.

17. Castellanos Pena, op - cit , pág.58.

f) LA PENA. Si el delito es un ente jurídico, la pena, por tender fundamentalmente a conservar el orden legal, es una tutela jurídica que lo restaura cuando se le altera. La pena es un mal impuesto al delincuente, en retribución del delito; la pena debe de estar determinada en forma clara y concreta, el juez sólo tiene facultad para aplicar la pena señalada en la ley para cada delito.

Para Castellanos Tena " según Carrara, para que el delito exista, precisa de un sujeto moralmente imputable; que el acto tenga un valor moral; que derive de él un daño social y se haya prohibido por una ley positiva. La Escuela Clásica mira perfectamente a la acción criminosa, al delito mismo, con independencia de la personalidad del autor; esto llega a ser para Carrara una especie de garantía individual al afirmar: el juez competente para conocer la maldad del hecho, no puede tener en cuenta la maldad del hombre sin rebasar el límite de sus atribuciones. " 15

CRITICA A LA ESCUELA CLASICA. Se afirma constantemente que dicha escuela ha olvidado al delincuente. Florián lo cree, y por ello sostiene que la Escuela Clásica apenas lo tomaba en consideración, o por lo menos, le juzgaba de acuerdo con los mismos criterios que a los demás hombres no delincuentes. Igualmente Ferri expresa que ha perdido de vista al delincuente. También toca este problema Juan P. Ramos, desde un aspecto diferente, anotando que la Escuela Clásica no ignoró al delincuente, sino únicamente no lo considera, porque no lo necesita en su construcción jurídica, es decir, lo excluye voluntariamente, advierte que el reproche que se le hace de olvidar

al hombre delincuente en forma constante, es injusto pues se acordaba más del hombre y menos del delincuentes.

Concluimos el presente tema mencionando que sean cuales fueren los reproches que puedan hacerse a la Escuela Clásica, su mérito indiscutible radica en haber estructurado una ciencia del Derecho Penal, señalando su objeto y destacando un método utilizable en su investigación, estableciendo al mismo tiempo determinados principios que le dieron cierta unidad de sistema. Carrara en cuya obra fundamental establece de manera sistemática y con profunda argumentación lógica expone el contenido de la ciencia del Derecho Penal trazando líneas y directrices que lo encumbraron como el máximo penalista de todos los tiempos, sea sobre sus doctrinas que la crítica versa, y aunque ésta le sea desfavorable, el reconocimiento de su mérito excepcional no está ausente jamás.

"Luis Jiménez de Asúa escribe: Carrara creyó que su doctrina era inatacable. Y de tan perfecta que era, como todo lo perfecto, llevaba en sí la caducidad. Ya no era futuro, sino presente, y, por tanto, futuro ido. Y a pasos agigantados pasado, residuo. Una revolución la descoyuntó, la enterró, aunque como en ' Los Espectros ' de Ibsen, vuelva luego. Y su vuelta da más vigor a lo reencarnado. Pero la revolución fue terrible, se llamó el positivismo. " 19

2. LA ESCUELA POSITIVA.

La primera mitad de la pasada centuria se caracterizó por su acendrado romanticismo; casi todos los pensadores de dicha época estructuraron la vida a través de cosas abstractas, con ansias infinitas de idealismo. Por ello, en la segunda mitad del siglo XIX, surgieron las corrientes eminentemente materialistas, entre las cuales destacan el positivismo y el materialismo histórico.

"La aparición del positivismo fue consecuencia del auge alcanzado por las ciencias naturales en los estudios filosóficos del siglo pasado y se hizo sentir en todas las disciplinas culturales, inclusive en el Derecho. Nacido como negación rotunda a las concepciones anteriores, constituyó una revolución en los campos científico y artístico. En materia penal, la Escuela Positiva se presenta igualmente como la negación radical de la Clásica, pues pretende cambiar el criterio respectivo, suprimiendo su fundamentación objetiva al dar preponderante estimación a la personalidad del delincuente.

El positivismo, nombre dado por Augusto Comte, padre de la sociología, no niega la existencia de lo absoluto o metafísico, pero tampoco se ocupa del problema, limitándose al estudio de lo real, entendiendo por tal todo lo sensible, lo físico. Por ello los positivistas negaron carácter científico a las disciplinas filosóficas propiamente dichas; a la psicología la entendieron como una rama de las ciencias naturales, de

la biología o de la fisiología. " 20

De entre los fundadores de la Escuela Positiva, destacan principalmente los pensadores italianos: César Lombroso, con una orientación antropológica, cuya obra fundamental es el hombre delincuente; Enrique Ferri, con orientación sociológica cuya obra fundamental es Sociología Criminal; y Rafael Garófalo, con orientación jurídica, con su obra Criminología.

"CESAR LOMBROSO, para quien el criminal es un ser atávico, con regresión al salvaje; el delincuente es un loco, un epiléptico. Lombroso realiza un análisis del hombre delincuente para determinar los factores que producen el delito, se inicia un nuevo concepto sobre la ciencia del Derecho Penal -- que, alejándose de la especulación adoptada como sistema ideal de investigación por los juristas clásicos, ve en el hombre el eje central sobre el cual giran los principios básicos en que debe apoyarse una verdadera construcción científica. Por esa razón, aunque Lombroso fue médico y no jurista se le conoce como el iniciador de una nueva corriente en los estudios sobre el delito y el delincuente, que habría de adquirir fuerza insospechada e influencia decisiva en las legislaciones penales de principios del siglo. " 21

Jiménez de Asúa expresa " Cesar Lombroso, médico hebreo de origen español, quiso aplicar el método experimental al estudio de la medicina y trató de encontrar las notas dife-

20. Castellanos Tena, op - cit , pág. 62.

21. Pavón Vasconcelos, op - cit , pág. 64.

renciales, para que fuese más fácil el peritaje médico, entre el delincuente y el loco. Más a medida que el genial israelita avanzaba en sus estudios y observaciones, los resultados eran contrarios a los que él esperó: lo que parecía dibujarse indeleblemente no era la distinción entre el loco y el criminal, - sino su parecido, a virtud de la semejanza que ambos tenían -- con un tercer término que Prichard bautizó con la denominación de moral insanity.

No llegó Lombroso a obtener consecuencias sino de un modo paulatino, aunque las explicaciones le vengan, como él ha dicho, en verdaderas. Había recogido datos sobre los cráneos y mandíbulas, arcos cigomáticos y fosas oculares, medidas de la braza y de la altura, etc., sin saber porqué eran esas estigmas más frecuentes en el hombre delincuente que en el honrado. Pero un día, hacia el año de 1870, haciendo la autopsia del bandido Vilella, encuentra en su cráneo lo que él denominó foseta occipital media y que era rarísimo encontrar en el hombre, siendo, en cambio, frecuente en los animales inferiores como los peces. No volvió a hallar Lombroso la dicha foseta, o, al menos, no la encontró en tal medida, a lo largo de sus geniales experiencias; pero entonces le bastó para ver, como un -- chispeo súbito, la interpretación de todas aquellas anomalías anatómicas, halladas en los criminales. En realidad, el hombre delincuente reproducía al salvaje, en verdadero atavismo que a veces se remontaba, en la escala zoológica, a los seres prehumanos. " 22

ENRIQUE FERRI. El más brillante expositor de la Escuela Positiva en cuya obra Sociología criminal, publicada en 1881, contiene los principios básicos en que se apoya su escuela. Destaca Ferri cuál es el método a seguir en la ciencia de los delitos, del delincuente y de las penas, a la que denominó Sociología Criminal, de la cual el Derecho Penal sería sólo una parte. Ferri modifica la doctrina de Lombroso al estimar que si bien la conducta humana se encuentra determinada por -- instintos heredados, también debe tomarse en consideración el empleo de dichos instintos y ese uso está condicionado por el medio ambiente; en el delito concurren, pues, igualmente causas sociológicas.

Jirónex de Asúa señala " Ferri, en su Sociología Criminal, clasifica la explicación del delito conforme a las teorías de los que de él se ocuparon, y frente a las tesis de Albrecht y Durkheim, que creyeron en la normalidad del delincuente, figuran las muy numerosas explicaciones de la anormalidad como causa del delito, que forma tres series: la de la anormalidad biológica, la de la anormalidad social y la de la biológico-social, de la que Ferri se atribuye el invento. " 23

RAPAEI GAROFALO. El ilustre jurista del positivismo influyó decisivamente en la estructura de la Escuela Positiva al elaborar su definición del delito natural. Concepto sociológico sin el cual no hubiera sido posible construir sólidamente un sistema. Destaca Garófalo la prevención individual como fin de la pena, haciendo un valioso aporte a la Escuela Positiva, que habría de ser aprovechado más tarde, con amplitud, al sos-

tener la peligrosidad del delincuente como el factor preponderante para medir la punición del delito.

"El jurista del positivismo, distinguió el delito natural de el legal; entendió por delito natural la violación de los sentimientos altruistas de piedad y de probidad, en la medida media que es indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad. Consideró como delito artificial o legal, la actividad humana que, contrariando la ley penal, no es lesiva de aquellos sentimientos."

A la concepción de Garófalo se le enmarca entre las definiciones sociológicas, porque para él, lo fundamental del delito es la oposición a las condiciones básicas, indispensables en la vida gregaria. " 24

Ignacio Villalobos comenta respecto de la definición del delito natural, " Garófalo sentía la necesidad de observar algo e inducir de ello una definición; y no pudiendo actuar sobre los delitos mismos no obstante que era ésa la materia de su estudio y de su definición, dijo haber observado los sentimientos aunque claro está que, si se debe entender que se refiere a los sentimientos afectados por los delitos, el tropiezo era exactamente el mismo, pues las variantes en los delitos debían traducirse en variabilidad de los sentimientos afectados. Sin embargo, no era posible cerrarse todas las puertas y, procediendo a priori sin advertirlo, afirmó que el delito es - la violación de los sentimientos de piedad y probidad poseídos por una población en la medida que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad. " 25

24. Castellanos Tena, op - cit , pág. 64

25. op - cit , pág. 207.

Se pueden señalar como principios fundamentales de la Escuela Positiva los siguientes:

a) El punto de mira de la justicia penal es el delincuente; el delito no es sino un síntoma revelador de su estado peligroso, lo contrario a lo establecido por la Escuela Clásica.

b) EL MÉTODO DE EL POSITIVISMO. Combatiendo el método lógico - abstracto, por el que propugno Carrara, los positivistas adoptaron, al método experimental. " Según el positivismo, todo el pensamiento científico debe descansar precisamente en la experiencia y la observación, mediante el uso del método inductivo, pues de lo contrario las conclusiones no pueden ser consideradas exactas; la ciencia requiere, de modo necesario partir de todo aquello que sea capaz de observarse sensorialmente. Si el positivismo surgió como una consecuencia del auge alcanzado por las ciencias naturales, es claro que se haya caracterizado por sus métodos inductivos de indagación científica, a diferencia de los deductivos hasta entonces empleados preferentemente; el camino adecuado para la investigación en el reino de la naturaleza es la observación y la experimentación, para luego inducir las reglas generales. Si bien para toda ciencia de la naturaleza, cuyo fin es conocer las cosas y los fenómenos e indagar sus causas inmediatas y las leyes a las que se hallan sometidas, es imprescindible el método experimental, no resulta así, en cambio, para el Derecho por no ser ciencia de la naturaleza y diferir radicalmente de toda disciplina que tiene a ésta por objeto. " 26

Villalobos comenta " El delito como tal, es un concepto formado en la mente por uno de los llamados juicios sintéticos a priori; el contenido de este concepto no existe integrado en la naturaleza sino que se integra por el hombre mediante una relación estimativa entre determinados actos, frente a la vida social; por eso Garófalo, que creyó inducir la noción del delito de la observación llevada a distintos países y a distintas épocas, no hizo sino descubrir una noción forzosamente preexistente y saber, no que es el delito como una realidad natural, independiente de toda investigación de la mente humana, como podrían investigarse la esencia de la luz, del sonido o de la electricidad, sino qué es lo que los hombres quieren expresar con la palabra delito. " 27

El mismo autor sigue mencionando " el método de observación es adecuado para formar los primeros conocimientos antropológicos, psiquiátricos, etc., así como para observar los efectos prácticos de las sanciones que pueden orientar la penología, todo lo cual constituirá los presupuestos básicos de la dogmática penal y de toda la política que haya de seguir el Estado para tratar de mantener la conducta de los hombres dentro de las normas constitutivas del régimen social; pero sobre los conocimientos así adquiridos y paralelamente a ellos, hay que seguir trabajando en el campo jurídico, con método propio, sin que exista en ocasiones nada que observar ni qué inducir. La Antropología, la Sociología y la Criminología, son ciencias naturales cuyo fin es desentrañar la naturaleza de la conducta humana, escurrir sus orígenes y fijar su ne-

27. op - cit, pág. 43.

canismo de producción; son ciencias naturales y deben tener - como método preponderante la inducción. El Derecho Penal, en cambio, que trate de fijar un cause a esa conducta y de imponerle una forma y límites determinados, se refiere al mismo - objeto, pero se diferencia precisamente por su carácter eminentemente práctico, por su fin normativo y por su método, -- descansado parcialmente en los conocimientos alcanzados por - aquéllas ciencias naturales, en otras ciencias psicológicas y - culturales y sumando su propio aporte para la estructuración completa del edificio jurídico. " 28

c) NEGACION DEL LIBRE ALBEDRIO. El hombre carece de libertad de elección, los positivistas negaron el libre albedrío, proclamando el determinismo. Favón Vasconcelos establece, " El hombre es responsable social y no moralmente de manera que imputables e inimputables deben responder, por igual, del hecho delictuoso ejecutado, aun cuando los últimos deberán ser destinados a sitios especialmente adecuados para su - tratamiento como enfermos." 29

El mismo autor establece " Enrique Ferri pretendió demostrar lo infundado de la teoría del libre albedrío, basándose en la observación de hechos de los cuales estiza sacar - conclusiones definitivas, afirmando la posibilidad de comisión de delitos cuando se conjugan en un medio social determinados factores individuales y físicos propicios y adecuados. " 30 El mismo Ferri compartiendo el criterio de Lombro -

28. Ignacio Villalobos, op - cit , pág.47.

29. Favón Vasconcelos, op - cit , pág. 55.

30. I D E W .

so, de que el delincuente es un ser anormal, pero desarrolla el principio, aumentando las categorías, por ello clasifica a los delincuentes en natos, habituales, ocasionales y pasionales.

Por su parte Rafael Márquez Piñero expresa " la base de la doctrina reside en que el hombre es responsable de - las acciones u omisiones exteriormente delictivas cometidas - por él, sólo porque vive en sociedad y mientras vive en ella. El determinismo y la responsabilidad social no presuponen la negación del derecho de penar sino solamente constituyen un - cambio de su carácter y fundamento. Si el hombre va fatalmente determinado a cometer un delito, la sociedad, por igual es - tá determinada a defender las condiciones de su existencia, - contra los que la amenazan. " 31

d) EL DELITO COMO FENÓMENO NATURAL Y SOCIAL. " El - delito no es un ente jurídico, según el criterio de los positivistas se trata de un fenómeno natural, producido por el - hombre dentro del seno social. Por ello debe vérsese no como una creación de la ley, sino como algo con vida independiente de la misma. Por esta razón, una buena política para cambiarlo, y fundamentalmente para prevenirlo, es conocer sus causas las cuales son, esencialmente, de carácter social, aún cuando también intervienen en su producción los factores individuales. " 32

Por su parte Márquez Piñero establece, " el delito es un fenómeno natural y social producido por tres factores -

31. Derecho Penal, pág. 74, 2a edición, editorial Trillas, México 1990.

32. Pavón Vasconcelos. op - cit , pág. 65.

de orden diversos: antropológicos, físicos y sociales; biológica y psíquicamente el delincuente es un anormal. Todo infractor, moralmente responsable o no, tiene responsabilidad legal si incide en el campo de la ley penal. " 33

e) RESPONSABILIDAD SOCIAL. " Se sustituye la imputabilidad moral por la responsabilidad social, si el hombre se halla fatalmente impedido a delinquir, la sociedad se encuentra también fatalmente inclinada a defenderse. " 34

f) SANCION PROPORCIONAL AL ESTADO PELIGROSO. "La sanción no debe corresponder a la gravedad objetiva de la infracción, sino a la peligrosidad del autor. " 35

La pena, para los positivistas, no es tutela jurídica sino un medio de defensa social cuya medida, como lo había ya precisado Garófalo, la constituye la peligrosidad del delincuente. Ferri apoyándose precisamente en la doctrina expuesta por Garófalo y afiliándose al criterio de la prevención especial de la pena, señala la peligrosidad del delincuente como base y medida de ella.

g) IMPORTANCIAS LA PREVENCIÓN QUE LA REPRESIÓN DE LOS DELITOS. La pena es una medida de defensa cuyo objeto es la reforma de los delinquentes readaptables y la segregación de los inadaptables; por ello interesa más la prevención que la represión; son más importantes las medidas de seguridad que las mismas penas.

33. Derecho Penal, pág. 75.

34. Castellanos Tena, op - cit , pág. 66.

35. I D E M .

Crítica a la Escuela Positiva del derecho Penal. "El positivismo" en la actualidad ha caído en desuso como sistema - jurídico, al ponerse de manifiesto que los positivistas no elaboraron Derecho, sino ciencias naturales, a pesar de haber -- creído construir lo jurídico. Si no se admitiera en el hombre la facultad de elección entre varias posibilidades que de continuo le depara la existencia, se negaría terminantemente el - Derecho pues las normas que lo integran expresan siempre un deber ser dirigido a la conducta humana; dichas normas parten -- del supuesto de que pueden ser acatadas o quedar incumplidas. Si el sujeto forzosa, necesariamente, hubiera de realizar lo - mandado o prohibido, porque no estuviera capacitado, por su - propia naturaleza, para decidir entre obedecer o no lo prescri- to, las normas carecerían de sentido, por radicar su esencia - en la fijación de un comportamiento que, por alguna razón, se considera valioso. Por ejemplo, las normas que preceptúan ' de bes pagar tus deudas ' ' debes respetar la vida de los demás ; supone la posibilidad de que sea dable efectuar un comporta - miento contrario; sino fuera así, no se postularían en forma - de deber ser, sino en todo caso como expresión de algo que fatalmente acontece. Con esto, pónese de relieve una vez más que los positivistas crearon ciencias de la naturaleza, como antro- pología y sociología criminales; es decir, dieron auge a los - estudios causales explicativos del delito, los cuales sin duda debe tener muy en cuenta el legislador penal, pero siguieron - métodos experimentales, inductivos, adecuados a tales conoci - mientos más no propios de las disciplinas jurídicas, que no -- tratan de causas fenomenológicas, sino de señalar cauces a la -- conducta por ser un fin esencialmente normativo. " 36

36. Castellanos Tena, op - cit , pág. 57.

Concluimos el presente tema mencionando que una vez realizadas las críticas a la Escuela Positiva del Derecho Penal, sería injusto dejar de consignar que ella y en especial los estudios de César Lombroso, posee el mérito indiscutible de haber insistido en la importancia del factor personal en el desarrollo de la criminalidad; el de haber llamado la atención con relación a dos hechos que en la actualidad parece innecesario señalar, a saber: 1o. el delincuente es siempre un hombre, un ser humano; y 2o. entre los delincuentes existe un número de anormales mucho mayor de lo que antes se creía.

3. ESCUELAS ECLECTICAS.

La Tercera Escuela o Escuela Crítica. Tratando de conciliar las posiciones opuestas entre las dos corrientes más características: clásica y positiva, surgieron teorías que -- aceptan sólo parcialmente sus postulados. Así aparecieron, entre otras, la Tercera Escuela en Italia y la Escuela Sociológica o Joven Escuela en Alemania.

" La Escuela del Positivismo Crítico o Tercera Escuela, denominada tercera escuela para distinguirla de la Clásica y - la Positiva, que cronológicamente ocuparon el primero y segundo lugares, encuentra su formación, esencialmente, en los estudios de los que son considerados como sus creadores Manuel Carnevale y Bernardino de Alimena, los cuales constituyen una postura ecléctica entre el positivismo y la dirección clásica."³⁷

Por cuanto a las posturas de la Tercera Escuela, adopta de la Escuela Positiva, el método experimental, asume la negación del libre albedrío, la noción del delito como un fenómeno natural y social, y el estudio científico del delincuente y de la delincuencia, rechazando la naturaleza morbosa del delito, la responsabilidad legal y la abstracción del derecho penal por la Sociología Criminal; de la Escuela Clásica acepta el principio de la responsabilidad moral, distingue entre delinquentes imputables e imputables, pero rechaza en relación con la Escuela Clásica, la consideración del delito como el acto de un

37. Castellanos Tena, op - cit , pág. 68 .

ser dotado de libre albedrío. Es decir, según Alimena, la imputabilidad nace de la voluntad y de sus motivos determinantes - se identifica con la dirigibilidad del sujeto, o sea, con su aptitud para sentir la concepción psíquica, resultando que sólo son imputables los que son capaces de sentir la amenaza de la pena.

"Para el jurispensalista venezolano José Rafael Mendoza, las teorías eclécticas distinguen el Derecho Penal, al que asignan un método lógico-abstracto, de la Criminología, Sociología Criminal, Fenología y Política Criminal, que siguen una sistematización experimental. El crimen es un fenómeno complejo, producto de factores individuales y exógenos; es a la vez, fenómeno natural y ente jurídico. La condición del delincuente no debe exagerarse hasta hacer de él un tipo especial, el tipo criminal que señala la escuela positivista, pero sí debe admitirse la clasificación en ocasionales, habituales y anormales. La pena debe ser afianzada con medidas de seguridad, se conserva el criterio de la responsabilidad moral, admitiéndose la peligrosidad, temibilidad o estado dañoso para algunos delincuentes." ³⁸

"La crítica a la Tercera Escuela, estriba en sostener, que no contiene características propias para formar una Escuela. Nos parece que si la llamada tercera escuela puede presumir de título de vida en el período de los orígenes, es decir, que respondía a una necesidad, hoy dados los nuevos desarrollos de índole jurídica también, de la Escuela Criminal Positivista, dadas las distinciones y diferenciaciones que se han efectuado en el seno mismo de la Escuela Clásica, esta tenden-

38. Citado por Castellanos Tena, op - cit , pág. 70 .

cia carece de características propias lo bastante relevantes y distintas para formar una escuela. Por lo demás su mismo fundador, Carnevale repetía que la escuela surgió por una necesidad de distinción aunque fuera transitoria. " 39

La Escuela de la Política Criminal o Escuela Sociológica, nace en Alemania con Franz Von Liszt, para éste, el delito no dimana del libre albedrío, es decir, no es resultante de la libertad humana, sino que se origina por causas de muy variada procedencia, algunas de índole individual y otras de carácter externo, físicas, sociales y destacadamente económicas.

Para Liszt, la pena, es una pena de fin y se justifica por su necesidad para la conservación del orden jurídico y, consecuencia de ello, para la seguridad social. A ésta teoría se le conoce también bajo el nombre de Escuela Sociológica, caracterizada por su dualismo.

Las posturas adoptadas por Liszt fueron tomando como base los fijados al hablar de la Escuela Clásica y de la Positiva.

a) La Escuela Clásica proclamó, el método lógico-abstracto para investigar el fenómeno penal en el ámbito del Derecho, y los positivistas defendían los métodos experimentales. La dirección política criminal proclama la necesidad de emplear un método jurídico para indagar el contenido del Derecho positivo y el método experimental como único útil para el trabajo criminológico.

b) La imputabilidad de basó en el libre albedrío por los clásicos, y fue negada por los positivistas. La política - criminal proclama la necesidad de considerar un nexo subjetivo en la responsabilidad, si bien independizándolo de la libertad moral. Los político - criminalistas reconocen la imputabilidad de los delinquentes normales y, en cambio, proclaman el estado peligroso como base de la medida que ha de tomarse sobre los - delinquentes que se desvían de la norma.

c) Reconoce la política criminal que el delito es un concepto jurídico; pero como fenómeno natural, surge en la vida por impulso de factores endógenos y exógenos, y la Unión Internacional de Derecho Penal, auténtico portavoz del político criminalista, subraya el factor económico en la producción del crimen.

d) Los político- criminalistas no abjurán de la pena, aunque sí proclaman que debe tener un fin; pero ésta sólo se - aplicará a los delinquentes imputables, en tanto que los peligrosos serán corregidos o inocuizados con medidas de seguridad.

Jiménez de Asúa manifiesta, " como vemos, el más caracterizado dualismo tipifica la política criminal: métodos jurídicos de un lado, y experimentales de otro; concepción del - delito como entidad jurídica y como fenómeno natural; imputabilidad y estado peligroso, y como consecuencia, penas y medidas de seguridad. " 40

La dirección Técnico - Jurídica. Esta tendencia de - origen italiano que tiene su fundamental creador en Arturo Ro-

cco, por lo menos en su formulación como escuela, seguido por Vicente Manzini, Massari, Battaglini, Vanini etc., " preconiza que sólo el Derecho positivo constituye el objeto de una ciencia jurídica, como lo es al Derecho Penal, que no debe pretender la indagación de principios filosóficos. El Derecho Penal ha reducido al conocimiento científico de los delitos y de las penas, como fenómenos regulados por el ordenamiento positivo. La pena es un instrumento, de conformidad con las exigencias de la técnica, para lograr no únicamente la prevención general o especial, sino la readaptación del delincuente; en esa forma, la pena cumple su función defensora del orden jurídico. Bá sase la responsabilidad en la capacidad de entender y de querer.

De acuerdo con Filippo Grisigni, esta tendencia constituye el perfeccionamiento de la Escuela Positiva, mientras otros pensadores las clasifican entre las doctrinas netamente eclécticas.

La dirección Técnico - Jurídica no aspira a la indagación filosófica de un Derecho Penal natural, ni a la formación del Derecho Penal de prevenir, su objeto limitase al Derecho positivo vigente, a elaborar técnicamente los principios fundamentales de sus instituciones, y a aplicar e interpretar ese Derecho. " 41

B. CONCEPTO DE DELITO.

1. DOCTRINARIO.

"La palabra delito deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley. " 42

" Son numerosos los penalistas que han pretendido -- dar una noción o un concepto del delito con validez universal, tarea muy difícil de conseguir en un plano absoluto y de carácter general, pues un concepto de raíz filosófica valedero para todos los tiempos y para todos los países, respecto de sí un hecho es o no delictivo, no se ha conseguido aún, lo cual resulta explicable si se tiene en cuenta que el delito encuentra su razón de ser en la vida social, económica, cultural y jurídica de cada pueblo en cada siglo. En consecuencia, la noción de delito ha de seguir, necesariamente, las cuestiones antes establecidas en cada nación y han de cambiar al compás de las mismas. Por consiguiente, lo que ayer fué penado como delito, actualmente puede no serlo y viceversa. " 43

No obstante las afirmaciones antes señaladas los autores se empeñan en elaborar un concepto del delito y así encontramos infinidad de definiciones, definiciones que han sido elaboradas desde distintos puntos de vista.

42. Castellanos Tena, op - cit , pág. 125.

43. Márquez Piñero, op - cit , pág. 131.

En la Escuela Clásica, Francisco Carrara definió al delito como " La infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso. " ⁴⁴

"Para Carrara el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico, porque su esencia debe consistir, necesariamente, en la violación del Derecho. Llama al delito infracción a la ley, en virtud de que un acto se convierte en delito únicamente cuando choca contra ella; pero para no confundirlo con el vicio, o sea el abandono de la ley moral, ni con el pecado, violación de la ley divina, afirma su carácter de infracción a la ley del Estado y agrega que dicha ley debe ser promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, pues sin tal fin carecería de obligatoriedad y, además, para hacer patente que la idea especial del delito no está en trasgredir las leyes protectoras de los intereses patrimoniales, ni de la prosperidad del Estado, sino de la seguridad de los ciudadanos. " ⁴⁵

Los positivistas representados por Rafael Garófalo desde un punto de vista sociológico define al delito natural " como la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad. " ⁴⁶

Estructuralmente se han elaborado diversas definiciones del delito, atendiendo al número de elementos que se con-

44. Favón Vasconcelos, op - cit , pág. 164 .

45. Castellanos Tena, op - cit , págs. 125 y 126 .

46. I B I D E M , pág. 126.

sidera lo integran. Autores como Edmundo Mezger define al delito como la conducta, típica, antijurídica y culpable. Castellanos Tena y Forte Fetit adoptan la misma postura.

Jiménez de Asúa señala que el delito " es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. " 47

Sin embargo hay quienes sostienen que no debería definirse al delito, ya que dichas definiciones nada enseñan a los estudiosos del Derecho, sino que por el contrario lo confunden con sus definiciones casi siempre incompletas. Entre ellos tenemos a Ceniceros y Garrido quienes expresan, " en realidad no había necesidad de definir el delito, por no reportar ninguna utilidad al juez y ser siempre las definiciones síntesis incompletas de lo que se trata de definir. " 48

2. JURIDICO.

El artículo 7 del Código Penal para el Distrito Federal, en su primer párrafo establece:

"Art. 7 Delito es el acto u omisión que sancionan - las leyes renales. "

Con respecto a ésta definición formal sus redactores José Angel Ceniceros y Luis Garrido al explicar el mencionado

47. La ley y el delito, pág. 207 .

48. Citado por Forte Fetit, op - cit , pág. 200 .

artículo 7 expresan, " en dicha definición encontramos que el - primer elemento es el acto u omisión o sea el elemento objetivo que se manifiesta por medio de la voluntad, que violando - una prohibición penal, o ya absteniéndose en un acto cuya ejecución impone la ley, pues una simple intención criminal no - puede penarse. El siguiente elemento es que el acto u omisión lo sancionen las leyes penales y por lo mismo, no puede haber delito sino hay una ley previa que califique el hecho relacionado como tal. " ⁴⁹

" Los elementos apuntados nos demuestran que los autores del Código no pudieron encontrar una fórmula que proyectara la verdadera naturaleza del delito, pero no es de censurarse el que no haya encontrado, porque todas las escuelas penales han pretendido definir el delito sin lograr hacerlo satisfactoriamente, no obstante que el Código se inspira en la idea de que la culpabilidad es la base de una infracción de carácter penal, o en otros términos, la voluntad de cometer un hecho ilícito.

El mismo autor se pregunta ¿ cuáles son los elementos del delito que se obtienen dogmáticamente ?

A primera vista y sin más indagaciones, se diría que el concepto de delito corresponde a una concepción bitónica o dicotómica de acuerdo con el contenido del artículo 7 del Código Penal: Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales o sea que el delito es una conducta punible.

Ahora bien, relacionando este precepto con el propio ordenamiento, descubrimos una conducta o hecho, tipicidad, an-

49. Citado por Forte Estit, op - cit , pág. 202.

tijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, a veces alguna con -
 dición objetiva de punibilidad, y la punibilidad.

La conducta o hecho se obtiene del artículo 7 del Código Penal y del núcleo correspondiente de cada tipo penal. La tipicidad, es la adecuación al tipo respectivo, o sea, que tan pronto se realiza una conducta o un hecho, o bien, una conducta o un hecho y además se llena algún otro u otros elementos típicos exigidos, hay tipicidad; antijuricidad en cuanto que - habiendo tipicidad no este el sujeto amparado o protegido por una causa de licitud, de las que recoge el artículo 15, en sus varias fracciones. Habrá imputabilidad, al no concurrir la excepción regla contenida en la fracción II, del citado artículo 15. Habrá culpabilidad cuando exista reprochabilidad y por último la punibilidad la desprendemos del artículo 7 del Código Penal. " 50

Tomando en consideración todo lo anterior concluimos; que una definición estructural sería la adecuada ya que tomamos en consideración los elementos esenciales que integran el delito. Nuestra de ello lo es el Código Penal del Estado de Guanajuato que define el delito en su artículo 11 como la - conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible, expresándose en su exposición de motivos que se decidió - dar una definición del delito, destacando sus elementos esenciales o características conceptuales, con el deliberado propósito de establecer con esa base una ordenación sistemática de los preceptos del código.

C. CONCEPTO DE USURFACION DE FUNCIONES.

Tomando en consideración lo establecido por el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 250 fracción primera el cual señala :

"Art. 250 Se sancionará con prisión de un mes a cinco años y multa de diez a diez mil pesos:

I.- Al que, sin ser funcionario público, se atribuya ese carácter y ejerza alguna de las funciones de tal; "

Texto vigente conforme al decreto de diciembre 30 de 1946 (Diario Oficial número 25 de enero 30 de 1947).

Este es el caso de usurpación de funciones públicas, y para su consumación, según la propia ley, no basta que el agente del delito se atribuya el carácter de funcionario público sino que es necesario "... que ejerza alguna de las funciones de tal ", pues sin dicho ejercicio el delito no puede cometerse.

Jiménez Huerta manifiesta, " queda a extremos del tipo, el fanfarrón que públicamente se ostenta como magistrado, secretario de Estado o general del Ejército o cualquier otro cargo o dignidad, en tanto no use uniforme, insignia o distintivo, pues si así fuere, aunque no hubiere llegado a ejercer alguna función pública, su conducta quedaría inmersa en

el diverso tipo descrito en la fracción IV del artículo.* La -
 usurpación de funciones públicas, puede cometerse cuando se hu-
 biere tenido el carácter de funcionario público, y despues de
 cesar en el cargo se atribuya el sujeto activo tal carácter y
 ejerza alguna de sus funciones. " 51

Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas señalan que ,
 " la usurpación consiste en atribuirse ese carácter y en tal -
 virtud ejercer alguna función propia del cargo que se finge de
 desempeñar. Para esto basta con un sólo acto de ejercicio indebi-
 do, como si el agente fuese el funcionario competente. " 52

Rafael de Pina define la usurpación " como el acto -
 de violencia en virtud del cual se priva a una persona de algo
 que legítimamente le pertenece.

Por usurpación de funciones entiende la conducta di-
 rigida a hacerse pasar como titular de una dignidad, cargo u -
 oficio que no se tiene. " 53

*. Fracción IV. Al que usare uniforme, insignia, distintivo
 o condecoración a que no tenga derecho.

51. Derecho Penal Mexicano, tomo V, pág. 245, 6a.edición, Fo-
 rría 1985.

52. Código Penal Anotado, pág. 618, 14a. edición, Forría 1989.

53. Diccionario de Derecho, pág. 478, 6a. edición, Forría 1986.

D. CONCEPTO DE FUNCIONARIO O SERVIDOR PUBLICO.

Para conceptualizar la denominación de funcionario o servidor público es necesario remitirnos al artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual es el primero del título cuarto denominado "De las responsabilidades de los servidores públicos". Este título, que permaneció casi sin variación durante sesenta y cinco años, se reformó íntegramente por el Constituyente permanente a través del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 25 de diciembre de 1962.

La primera novedad que surge con las reformas de 1962 corresponde a la denominación del título IV; en efecto en lugar de referirse a "las responsabilidades de los funcionarios públicos", ahora se alude a "las responsabilidades de los servidores públicos", a efecto de establecer dice la exposición de motivos, la naturaleza del servicio a la sociedad que comporta su empleo, cargo o comisión.

Carrancá y Frujillo y Carrancá y Rivas, señalan "Se ha cambiado el concepto de funcionarios públicos por el de servidores públicos. No estoy de acuerdo. En los términos de la nueva ley la amplitud del concepto es tal que un simple bolero o lustrador de calzado desempeña sin duda un empleo en la Administración Pública Federal centralizada si trabaja, por ejemplo, en una de las Secretarías de Estado. Y ni qué decir del barrendero que limpia las oficinas. Funcionario es la persona

que desempeña un empleo público. " 54

Sí tomanos en consideración lo establecido por Rafael de Pina al establecer que " funcionario es la persona afecta, - con carácter permanente, como profesional, a un servicio del - Estado del municipio o de cualquier corporación de carácter - público. // Quien ejerce cualquier función pública como titu - lar de un cargo representativo, gubernativo o político. " 55

El mismo autor entiende por funcionario público " la persona que, por disposición inmediata de la ley, por elección popular o por nombramiento de autoridad competente, participa en el ejercicio de una función pública. " 56

Carrancá continua diciendo, una vez aclarado lo que entiende por funcionario. "Servidor, en cambio, es en primer - lugar la persona que sirve como criado; en segundo la persona adscrita al manejo de un arma, de una maquinaria o de otro artefacto; en tercero el nombre que por cortesía y obsequio se - da así misma una persona respecto de otra; y en cuarto el que corteja y festeja una dama. Ninguna de estas acepciones corres - ponde exactamente a la ley." 57 Por lo que considera más apropiado el término anterior de funcionarios públicos por todo lo anteriormente expuesto.

Una vez realizado el análisis anterior, podemos conceptualizar lo que se entiende por servidores públicos.

54. op - cit , págs. 515 y 516.

55. op - cit , pág. 227.

56. I B I D E M . pág. 278.

57. op - cit , pág. 516.

En términos del artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se reputarán como servidores públicos a " los representantes de elección popular, a los miembros de los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, a los funcionarios y empleados, y, en general a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal. "

El Código Penal en su artículo 212, con texto vigente conforme al decreto de diciembre 30, de 1982 es servidor público " toda persona que desempeña un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal - centralizada o en el Distrito Federal, Organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, en el Congreso de la Unión, o en los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, o que maneje recursos económicos federales. Las disposiciones contenidas en el presente Título, son aplicables a los gobernadores de los Estados, a los Diputados de las Legislaturas Locales y a los magistrados de los Tribunales de Justicia Locales.

Concluimos el presente tema, manifestando nuestra adhesión al criterio establecido por Carrancá, al considerar más adecuada la denominación de Funcionarios Públicos, que la de Servidores Públicos, no obstante esto lo manejaremos como lo establece nuestra ley fundamental y sus leyes secundarias, es decir, bajo la denominación de Servidores Públicos.

CAPITULO II SIENTOS DEL TIPO.

A. CONCEPTO DE TIPO PENAL.

El profesor Jiménez Huerta señala " el concepto del tipo penal nos ministra las bases jurídicas sustanciales y formales sobre las que descansa el delito; pues concretiza, a los fines penales, la anti-juridicidad; concreción que realiza el legislador durante el proceso formativo de la ley, y queda en ella plasmada como prevención general y garantía para los ciudadanos, y como norte y guía del juzgador; y pone de relieve la forma que el comportamiento anti-jurídico del hombre ha de revestir para que pueda llegar a ser delictivo. " ¹

Jiménez de Asúa por su parte nos dice que " la vida diaria nos presenta una serie de hechos contrarios a la norma y que, por dañar en alto grado la convivencia social, se sancionan con una pena. El Código, o las leyes, los definen, los concretan, para poder castigarlos. Esa descripción legal, desprovista de carácter valorativo, nos lleva de la mano al concepto de tipo penal, - que el maestro entiende como - la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando

1. Derecho Penal Mexicano, tomo I, págs. 32 y 33, 6a. edición, Porrúa 1968.

los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito. " ²

Dicho concepto de tipo penal, es uno de los más aceptados por la doctrina, dado que cuenta con las características que todo tipo legal debe contener, al señalar al tipo penal, - como como la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito, dicho en otros términos, es la descripción de una conducta, trazada por el legislador, tomando en consideración las características fundamentales de un determinado tipo legal, para que la ley lo considere como delito, restaría agregar que dicha conducta se presenta - en un momento y lugar determinado. Por lo que el tipo es:

" La descripción hecha por el legislador de una conducta y de las circunstancias que le rodean, que en un tiempo y en un lugar determinado se va a considerar como delito. " ³

Es de gran importancia el concepto de tipo penal establecido por Olga Islas Magallanes al señalar " un tipo legal es una figura elaborada por el legislador, con un contenido necesario y suficiente para garantizar uno o más bienes jurídicos. " ⁴

Del análisis de la anterior definición se desprenden las siguientes características del tipo:

2. Tratado de Derecho Penal, 2a. edición, Buenos Aires, Ed. - Losada, 1977, tomo III, pág. 747.
3. Luna Ramos Bernabe, Apuntes del Primer curso de Derecho -- Penal.
4. Análisis Lógico de los delitos contra la vida, pág. 15, Ed Trillas, México 1982.

- Primero. Se trata de una figura elaborada por el legislador.
- Segundo. Es una mera descripción de una determinada clase de eventos antisociales.
- Tercero. Es parte integrante de la norma jurídica penal (general, abstracta, permanente).
- Cuarto. Garantizador, tiene una específica función de garantía de uno o más bienes jurídicos.
- Quinto. Contiene los elementos necesarios y suficientes para asegurar la tutela de dichos bienes.
- Sexto. Delimitador, en tanto en cuanto geometriza, delinea y establece el contorno preciso de la materia de la prohibición.
- Séptimo. Establece la imposibilidad de la existencia del delito sin tipo.
- Octavo. Se refiere a uno, y sólo uno, de los eventos antisociales, no describe más que alguno de dichos eventos.

Olga Islas y Elpidio Ramírez puntualizan de manera importante, " las dos funciones principales del tipo (función de garantía: Nullum crimen, nulla poena sine lege, y función fundadora: toda construcción dogmática deberá tener como soporte el tipo), indican que estas dos funciones esenciales se satisfacen y por vez primera de una manera cabal. " ⁵

El contenido del tipo puede ser meramente objetivo, u objetivo y normativo; conjuntamente objetivo, normativo y subjetivo o bien, objetivo y subjetivo. De tal manera, que el

5. Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, Lógica del tipo en el Derecho penal, pág. 33, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

concepto que se da del tipo, debe ser en el sentido de que es una conducta o hechos descritos por la norma, o en ocasiones, esa mera descripción objetiva, contiene además según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos.

JURISPRUDENCIA.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación nos dice, que " el tipo delictivo, de acuerdo con la doctrina puede definirse como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica que es la pena. " (Semanao Judicial de la Federación , CXIX, p. 2867).

"Bien sabido es que el tipo en el propio sentido jurídico penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción, de donde se sigue que una acción por el sólo hecho de ser típica no es necesariamente antijurídica, — pues cuando hay ausencia de alguno de los presupuestos, es inconcuso que el tipo penal no llega a configurarse." (Semanao Judicial de la Federación CXIX p. 2864).

El tipo en el delito de Usurpación de Funciones Públicas establece :

"Art. 250 Se sancionará con prisión de un mes a cinco años y multa de diez a diez mil pesos:

I. Al que sin ser funcionario público, se atribuya ese carácter y ejerza alguna de las funciones de tal ; "

B. NATURALEZA JURIDICA DEL TIPO .

El tipo penal es la descripción legal de una conducta estandaada como delito que lesiona o hace peligrar bienes jurídicos protegidos por la norma penal. El tipo es una concepción legislativa, es una descripción de una conducta hecha dentro de los preceptos legales.

El tipo viene a ser el marco o cuadro y la tipicidad el encuadrar o enmarcar la conducta al tipo.

1. TEORIA DE LA PURA COORDINACION.

"De acuerdo con la prelación lógica en el delito, primeramente debe existir una conducta o hecho, y después la adecuación o conformidad al tipo. En consecuencia, ha de estudiarse con posterioridad de la conducta o hecho, el tipo y su aspecto negativo, para continuar con la tipicidad y su aspecto negativo. Así Kaura⁶ expresa que en una exposición del delito que sirva a las necesidades prácticas corresponde pues, a continuación de la acción estudiar la teoría del tipo. " ⁶

De acuerdo con la teoría de Feling, llamada de la pura coordinación, se concibe el tipo como meramente objetivo o descriptivo.

6. Forte Felti, op - cit , pág. 336.

2. TEORIA BELIGNIANA.

La teoría del delito, basada entre otras características en el tipo o tipicidad, penetró en el ámbito del Derecho Penal de la mano de Ernest Belling en 1906.

" El ilustre profesor de Munich dió al tipo (Tatbestand) un sentido distinto del que tenía en las obras de Stübel (1805), Luden (1840), Geyer (1862), Kärcher y Schaper (1873) , para quienes el tipo era figura de delito específica, en la que se conjuntan la totalidad de sus caracteres externos e internos (Incluidos el dolo y la culpa). Entendiéndolo con criterio formal, el tipo penal describe en abstracto los elementos materiales necesarios, que caracterizan a cada especie de delito. " 7

"La doctrina del delito - tipo formulada por Belling, como es natural, ha provocado numerosas adhesiones así como - acervas críticas, tanto con referencia a su formulación de 1906, como a la última de 1930.

Entre las opiniones favorables vamos a referirnos a la de Mezzer, Ballvé Fallise y Jiménez de Asúa. El primero observa que el gran mérito de Belling constituye el haber despertado la atención respecto a esta importante figura del genuino tipo penal, que reviste una importancia básica en todo el sistema. El segundo indica que hasta Belling no se había conseguido construir una dogmática del delito que constituyera una unidad orgánica, y finalmente Jiménez de Asúa, puntualiza que in-

7: Jiménez de Asúa, op - cit , tomo III, pág. 751 .

dependientemente del papel que se asigne a la tipicidad no puede negarse, ni discutirse, su significación decisiva en la teoría jurídica del delito, y quienes tratan de negarla inciden en el más voluminoso error. " 8

En esta fase " La tipicidad tiene una función meramente descriptiva, totalmente separada de la antijuridicidad ; por ejemplo matar a un hombre es el tipo del delito de homicidio pues se trata de una mera descripción. Cuando se pretende establecer si la muerte fue contraria a la norma que prohíbe matar, o si se realizó en legítima defensa, se esta en presencia de una función valorativa, que se concreta en la característica del delito denominada antijuridicidad; por último, el juicio que permite la atribución, a un ser imputable, del acto cometido y de reprochárselo (a título de dolo o de culpa) se realiza mediante la culpabilidad. " 9

"Tipicidad y antijuridicidad son conceptos distintos . El tipo es un elemento de la ley penal. Esta castiga toda acción típica (o, lo que es lo mismo, encajable en alguno de los tipos descritos en el articulado de la parte especial del Código), antijurídica (es decir, contraria a la norma) y que reúne el resto de los requisitos expuestos por Belling. El tipo y la norma son, pues las dos piezas fundamentales en que se apoya la construcción entera del delito, ya que el tipo describe y la norma valora. Espero, ya que lo injusto, lo antijurídico, no es divisible por ramos jurídicos, sino unitario y, dado que no hay un injusto penal la acción típica y la

8. Forte Petit, op - cit , pág. 336.

9. Jiménez de Asúa, la ley y el delito, pág. 237.

antijurídica no son lo mismo, sino dos elementos independientes. De tal manera, una acción puede ser típica (por encajar en la descripción de un artículo determinado) y no ser antijurídica (por existir causas de justificación), o viceversa, ya que pueden existir hechos que no se sancionen por no circunscribirse al tipo descrito en la ley. Hay que separar, pues, estas dos características del delito, o sea, la antijuridicidad y la tipicidad. " 10

"También ha de separarse la tipicidad de la culpabilidad, ya que la determinación de la tipicidad de un acto no reside en la determinación del dolo ni de la negligencia, pues el tipo con el que se relaciona la acción cometida (sea dolosa o culposamente) debe tener por necesidad lógica el mismo contenido. El maestro Jiménez de Asúa, en su comentario a estas últimas frases de Beling, indica que las mismas demuestran no sólo la separación, sino también la superior unidad de todos los caracteres del delito, encuadrados en el tipo legal, señalando que este sirve para clasificar las infracciones, para establecer el concepto de tentativa, para decidir el concurso aparente de leyes, para aclarar la unidad del acto en las acciones complejas, para el concurso de delincuentes y la code lincuencia, etc. " 11

3. TEORIA DEL INDICIO .

El tipo como función indiciaria de la antijuridicidad o teoría del indicio.

10. Jiménez de Asúa, op - cit , tomo III, pág. 775.

11. Márquez Piñero, Derecho Penal, pág. 212.

La fase a la que nos hemos referido, de Beling, se llama de la independencia, o de la pura coordinación, señalándose además, en la doctrina, las fases del carácter indiciario, del indicio o de la ratio cognoscendi; la del tipo como ratio essendi de la antijuricidad, teoría de la identidad o de la superación; la antijuricidad como ratio essendi del tipo; la del tipo como elemento de concreción y de conocimiento, y por último la fase destructiva.

"La fase del carácter indiciario es sostenida por Mayer quien precisamente en su Tratado de Derecho Penal publicado en 1915, expone la segunda etapa de la teoría de la tipicidad. Mayer no considera la tipicidad como simple descripción, sino que estima posee un valor indiciario de otras características del delito, especialmente respecto de la antijuricidad.

Al establecer el papel de tipicidad, Max Ernesto Mayer la considera como el primer presupuesto de la pena y estima la antijuricidad como el segundo presupuesto de la misma. Propugna la separación entre la tipicidad y la antijuricidad pero reconoce a la tipicidad un papel indiciario respecto de la antijuricidad, considerándola como el fundamento de conocimiento de la antijuricidad. " 12

"Mayer le atribuye el tipo penal, un valor indiciario de la antijuricidad, o sea, que toda conducta que se ha conforado a un tipo, debe estigarse presuncionalmente antijurídica. Así piensa entre otros Antolisei, cuando escribe, que

12. Sánchez Vilella, El Tipo Penal, pág. 169. 1a. edición, Editorial H.A.A., México 1936.

al Tatbestand, es la base del conocimiento (ratio cognoscendi) de la antijuricidad; en forma más simple, la conformidad al tipo, es un indicio de la ilicitud. " 13

Jiménez de Asúa señala " que la función indiciaria - se cumple principalmente en relación con los elementos normativos, como por ejemplo la inclusión - en el tipo de robo - de la cualidad de ajena de la cosa. " 14 La tipicidad es la ratio cognoscendi de lo antijurídico.

Forte Petit concluye señalando, " debemos observar , que no es posible aceptar la tesis de Mayer, porque como veremos más adelante, no es exacto que toda conducta se adecue al tipo, es presuncionalmente antijurídica, habida cuenta que la conducta es ilícita o lícita desde su nacimiento, pues de otra manera, habría que admitir de acuerdo con la ratio cognoscendi, que al no existir una causa de licitud la conducta se mantendría presuncionalmente antijurídica. " 15

JURISPRUDENCIA.

La Suprema Corte de Justicia de la nación ha aceptado el criterio de Mayer al sostener, que el tipo delictivo es indicio de antijuricidad, más no fundamento de la culpabilidad. (Semanario Judicial de la Federación, tomo XXXIII, p. 103. 6a. Época).

En otra ocasión ha sostenido que es bien sabido, que el tipo penal aparece como el conjunto de todos los presupes-

13. Forte Petit, op - cit , pág. 337.

14. La ley y el delito, pág. 238.

15. op - cit , págs. 337 y 338.

tos a cuya existencia se haya una consecuencia jurídica; o , - el propio sentido jurídico penal, significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en los preceptos que lo - definen y sancionan, por lo cual el tipo penal es indicio, más no fundamento de la culpabilidad. (Semnario Judicial de la Pe deración, CCXXIX p. 535. 5a. Época).

TEORIA DE LA IDENTIDAD O DE LA SUFERACION.

Su máximo representante es Edmundo Mezger, que for - muló su doctrina, ya plenamente elaborada en el año de 1931 -- con su Tratado de Derecho Penal. La definición del delito de - Mezger, acción típica antijurídica y culpable, indica con toda claridad el fundamento de su teoría.

Dado que, para Mezger, el delito es, en primer térmi no una conducta típicamente antijurídica, el estudio de la - tipicidad no se hace en un apartado propio, sino que se inclu - ye en la antijuricidad, tratada primero como injusto objetivo y ulteriormente como injusto tipificado, concepto perfectamen - te comprensible, ya que para Mezger el delito no es conjunto - de características independientes; acción típica, antijurídica, etc.

Mezger establece " El delito es acción antijurídica, pero, al propio tiempo, típicamente antijurídica; la decisión de su determinada conducta incide en el campo del derecho pe - nal resulta de la consideración de que, como fundamento de la exigencia penal el Estado, no es bastante cualquier acción an - tijurídica, sino que es precisa una antijuricidad especial, -- tipificada, típica. No toda acción antijurídica es punible, -- pues para que esto suceda es necesario que el derecho penal la

haya descrito en un tipo especial. " 16

"Para Mezger el tipo no es simple descripción de una conducta antijurídica, sino ratio essendi de la antijuridicidad; es decir, la razón de ser de ella, su real fundamento, - 'el mismo autor continua diciendo' el que actúa típicamente actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto. El tipo jurídico - penal ... es fundamento real y de validez (ratio essendi) de la antijuridicidad, - aunque a reserva, siempre, de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto. " 17

Por su parte Jiménez de Asúa, expresa " en la concepción de Mezger la tipicidad es mucho más que ratio cognoscendi de la antijuridicidad, llegando a constituir la base real de ésta, es decir, su ratio essendi. En verdad Mezger, subraya que la antijuridicidad de acción es un carácter del delito, pero no una característica del tipo, puesto que pueden existir acciones que no son antijurídicas; pero en cambio es esencial a la antijuridicidad la tipificación. Esta tesis lleva inevitablemente a crear una antijuridicidad penal frente a la antijuridicidad general, absolutamente inadmisibles en las concepciones actuales. El propio Mezger trata de defenderse contra las consecuencias a que lleva su doctrina e insiste vigorosamente en que sus ideas no engendran una antijuridicidad penal específica. Pero por mucho que sea su habilidad, los razonamientos que expone no son capaces de convencernos. En resumen: esta tercera fa

-
15. Eámundo Mezger, tomo I, pág. 364, Madrid 1955, traducción al español de José Arturo Rodríguez Muñoz.
 17. Castellanos Tena, op - cit , pág. 169.

se, que dota a la tipicidad de una función desmensurada, debe rechazarse. " 18

5. FASE DEFENSIVA : LA FIGURA RECTORA DE BELING.

Como se ha dejado dicho, Beling destacó, por vez primera en 1906 la importancia y sentido del tipo, aunque los ataques que recibió su construcción doctrinal, fundamentalmente - de autores alemanes, hicieron que la reelaborara. Por consiguiente, en Beling pueden distinguirse dos momentos: el primero, en el que el tipo se materializa (en 1906), que es correspondiente a la publicación de su obra fundamental, y el segundo - (en 1930) .

Jiménez Huerta señala " que en el primero se materializa el concepto de tipo penal y en el segundo se espiritualiza, la idea medular de Beling. En esta segunda etapa, se establece la separación entre tipo y la especie delictiva.

El tipo, no es ya para Beling el hecho objetivo abstracto y conceptualmente descrito por sus elementos materiales en cada especie delictiva, sino la imagen rectora, cuadro dominante o tipo regens que norma y preside cada especie delictiva.

La adecuación de la conducta al tipo (idea incierta en la noción de tipicidad) ha de ser adecuación no a la especie delictiva, sino a lo que es imagen rectora, figura rectora o cuadro dominante de cada una de ellas.

18. La ley y el delito, pág. 239.

Jiménez Huerta agrega, con su nueva concepción del tipo, como imagen rectora o cuadro dominante de cada especie delictiva, Beling pretendía solucionar algunos problemas que, en su primera formulación de la doctrina, quedaban sin resolver, tales como el de la tentativa o el de la complicidad, habida cuenta de que la conducta intentada y la de los participantes no eran subsusibles en el concepto descriptivo del tipo. Efectivamente, con esta nueva concepción, el problema encuentra su solución, ya que la acción intentada y la de los participantes entran dentro de la imagen rectora o cuadro dominante, que rige la especie delictiva. " 19

Jiménez de Asúa, en acertado resumen de la nomenclatura y distintos elementos y conceptos que se mueven entorno al tipo, según la nueva formulación de la doctrina de Beling - expuesta en 1930, sintetiza lo siguiente:

"a) Tipo de delito (Deliktstypus), se trata de la figura del delito, como se diría en castellano, o también de la vieja acepción que dio Stübel a la tipicidad. Tan sólo se procura destacar especies.

b) Tipo de lo injusto (Unrechtstypus). Como hemos dicho, se trata de la conducta antijurídica de esta o aquella especie. Para el intérprete, pues, una valoración, ya que se trata de imágenes normativas.

c) Tipo de culpabilidad. También es interno y consis

19. Derecho Penal, tomo I, págs. 24 y 26.

te en el dolo que se exige en cada caso. Con un tipo de culpabilidad de estafa no se califica la muerte.

d) Figura rectora (Leitbild). Es en realidad el antiguo Tatbestand, al que da Heling este nuevo nombre para evitar confusiones. Esa imagen (apoderamiento de la cosa mueble ajena, por ejemplo) lo rectora todo: en ella se concreta y a ella se dirige lo injusto normativo y la culpabilidad. Pero la 'figura rectora' es objetiva, descriptiva; por eso hace posible reunir en su tipo todos los demás tipos internos, el de lo injusto y el de la culpabilidad.

e) Adecuación típica (Tatbestandsässigkeit) En realidad el tipo o figura rectora no es, en esta concepción de Heling, parte del tipo de delito (Deliktstypus). Si éste se desmembra, parece que debería seguir la imagen rectora. Pero no es así. Esa figura rectora es independiente en absoluto y tiene su contenido; mejor dicho, lo espera, puesto que está vacía. 'Matar a un hombre' es la imagen rectora del homicidio, abstracción hecha de todos los acontecimientos reales que corresponden a la acción; pero la primera característica del tipo del delito de homicidio no es la figura rectora 'matar a un hombre', sino la acción de matar. Esto es la adecuación típica (Tatbestandsässigkeit).

f) Tipicidad sensu estricto (Typicität). En sentido estricto, la tipicidad sería 'un elemento esencial del delito' la descripción hecha por el legislador. Las imágenes rectoras están como colgando de una cuerda, mejor dicho, están en el Código Penal como en el libro de figuras. Sólo puede añadir una nueva el legislador, ya que no hay delito sin tipicidad y

la analogía se repudia en Derecho Penal. " 20

El mismo autor critica diciendo " merece elogios esta forzada concepción de Belling que considera el tipo sensu -- stricto o la imagen rectora como representación; en cambio, el esfuerzo de crear una figura directriz no parece logrado, ya - que en aquéllos países en que el parricidio constituye un tipo independiente, el hecho de matar al padre sin saber que lo es, no podría servir para conectar todos los elementos internos de la figura delictiva en una imagen que sería externamente de parricidio e interna de homicidio. " 21

20. Jiménez de Asúa, tratado, tomo III, págs. 766 y 767.

21. Jiménez de Asúa, la ley y el delito, págs. 248 y 249.

C. ELEMENTOS DEL TIPO (GENERALES).

El profesor Jiménez Huerta establece " que el más no mero examen de las conductas tipificadas en un código penal o en una ley especial pone de relieve que, en la configuración de las mismas, participan elementos de alcance diverso. El comportamiento injusto, antijurídico, que concretiza el tipo es puntualizado, algunas veces, mediante mera descripción de los elementos objetivos de la conducta tipificada; otras, por medio de referencia expresa a la valoración normativa de dicha conducta; y otros más, mediante la especial apreciación de la proyección que surge desde lo más profundo del ánimo del autor."²²

Por cuanto a los elementos descriptivos o de descripción objetiva. La ley al establecer los tipos legales, al definir los delitos, suele limitarse a exponer una simple descripción objetiva. El tipo legal, pues, detalla con la mayor objetividad posible la conducta antijurídica que recoge. De ahí — que la mayoría de los tipos de la parte especial de un código tenga como contenido una mera descripción objetiva de conducta, descripción realizada mediante simples referencias a un movimiento corporal o a un resultado material o tangible.

Jiménez de Asúa comenta " la pura descripción objetiva tiene como núcleo la determinación del tipo por el empleo de un verbo principal: matar, apropiarse, etc. Pero el tipo, — sin dejar de ser meramente descriptivo, presenta casi siempre

²². Derecho Penal Mexicano, tomo I, pág. 37.

referencias y modalidades de la acción que pueden ser en cuanto al sujeto activo, al sujeto pasivo, al lugar, al objeto, al tiempo, a la ocasión y al medio. " 23

Por cuanto a los elementos subjetivos. Hay ocasiones, señala Jiménez de Asúa, " en que el tipo no presenta una mera descripción objetiva, sino que se agregan a ella otros elementos, referentes a estados anímicos del agente en orden al injusto. Este aspecto subjetivo de la antijuricidad liga a esta con la culpabilidad, estableciendo así un contacto entre ambas características del delito. " 24

Jiménez Muerta, de gran sagacidad en las cuestiones típicas, indica " como el tipo tiene como fin delimitar y descubrir conductas antijurídicas, el legislador al confeccionar los tipos penales, hace algunas veces una especial referencia a una determinada finalidad, dirección o sentido, que el autor ha de imprimir a su conducta, como reflejo de un estado de conciencia, para dejar claramente sentado que la conducta, que tipifica, es sólo aquella que está precidida por dicha finalidad o estado, y para evitar el equívoco que pudiera surgir de interpretar como típico cualquier acto externo. Así por ejemplo, hacer uso de un documento falso es una conducta antijurídica, pero sólo adquiere relevancia típica (de acuerdo con la fracción VII del artículo 246 del código penal mexicano) cuando el sujeto activo del delito hace uso a sabiendas del documento. Cuando el legislador tipifica conductas que sólo son delictivas si

23. La ley y el delito, pág. 253.

24. I B I D E M, pág. 255.

se tiene en cuenta la situación anímica del sujeto actuante, ha de hacer referencia a dichos elementos subjetivos. "25

"Imperativos de técnica legislativa dan apoyo a los elementos subjetivos contenidos en los tipos legales, ya que - el método objetivo de descripción típica es insuficiente ante aquellas conductas cuya exclusiva significación penalística - emerge de la tendencia interna o del estado de conciencia subyacente en el autor. Ante la señalada insuficiencia del método estrictamente objetivo de descripción típica, en estos casos - se emplea un sistema distinto, en el que se tienen en cuenta -- las circunstancias anímicas del sujeto actuante, unas veces de manera expresa y otras tácitamente, pretendiendo el legislador subrayar la exclusiva aplicación de la figura típica a los actos u omisiones de índole intelectual. " 25

Por lo que respecta a los elementos normativos " a veces, como indica Jiménez Huerta, en las figuras típicas, respecto de su contemplación, las cosas no acontecen con tanta sencillez, de suerte que esas figuras contienen otros elementos - más complejos que los estrictamente descriptivos. Ello es debido, frecuentemente, a exigencias de técnica legislativa, pues hay ocasiones en que, para tipificar una conducta, es necesario incluir en su descripción elementos que implican juicios normativos sobre el hecho y que obligan al intérprete a efectuar -- una especial valoración de la ilicitud de la conducta tipificada. " 27

25. Derecho Penal Mexicano, tomo I, págs. 50 y 51.

26. I B I D E M, pág. 51.

27. I B I D E M, pág. 34.

Mezger establece " que los elementos normativos son presupuestos del injusto típico que sólo pueden determinarse - mediante una especial valoración de la situación de hecho , por parte del juzgador. " 28

Esta valoración, insita en los llamados elementos - normativos, puede adoptar naturaleza diversa :

"a) Como elementos del juicio cognitivo, suponen una valoración de la concreta y específica situación de hecho, realizada de conformidad con los datos y reglas suministradas por la experiencia, no se trata del punto de vista subjetivo - del juzgador sino que tiene matices objetivos en función de la conciencia de la colectividad;

b) Como elemento de valoración jurídica, opera en - virtud de criterios contenidos en otras normas jurídicas , así el concepto de ' cosa mueble ajena ' del artículo 367 del Código Penal mexicano;

c) Como elemento de valoración cultural , requieren una actividad valorativa conforme a criterios ético-sociales - se trata de normas y concepciones vigentes en el acervo cultural-normativo de la comunidad, y no pertenecen propiamente a la esfera de lo jurídico, así la castidad y la honestidad del artículo 262. " 29

Cabe decir " que los verdaderos elementos normativos son aquéllos que, por tener desvalor jurídico, destacan especí

28. Tratado de Derecho Penal, Tomo I, pág. 388.

29. Marquez Fierro, El Tipo Penal, págs. 236 y 237.

ficamente la antijuridicidad. Cada vez que el tipo penal contenga un especial alusión a la antijuridicidad de la conducta descrita en él, incluirá una específica referencia al mundo normativo, en el que la antijuridicidad se basa. Así, en el código penal pueden señalarse, a guisa de ejemplo, los siguientes: artículo 173, abrir o interceptar indebidamente comunicación escrita; artículo 178, rehusar, sin causa legítima, la prestación de un servicio de interés público; artículo 179, negativa a comparecer sin excusa legal. " 30

Señala como peligro de los tipos normativos el posible aumento de una siempre peligrosa facultad discrecional del juez, lo cual resulta objetable desde una concepción liberal del derecho penal, por cuanto comporta cierta entrega de la libertad del individuo a la apreciación del juzgador, ampliando sus potestades ordinarias. De ahí que Jiménez de Asúa " se incline por una concepción restrictiva de los elementos normativos del tipo. " 31

La norma penal, llamado precepto primario, consiste en la descripción que hace el legislador, de una conducta que en un tiempo y en un lugar determinado, van a considerarse como delito.

Todo tipo penal se encuentra integrado de una serie de elementos, los cuales pueden ser de dos clases, elementos generales y elementos especiales.

30. Jiménez Muerta, op - cit , tomo I, pág. 48.

31. Tratado, tomo III, pág. 904, in fine.

Los elementos generales, son aquéllos que invariablemente vamos a encontrar en toda descripción legal, y la falta de alguno de ellos producirá la inexistencia del tipo y con ello del delito.

Dentro de los elementos generales encontramos los -- siguientes:

1. SUJETO ACTIVO.

Favón Vasconcelos señala, " Sólo el hombre es sujeto activo del delito, porque únicamente él se encuentra provisto de capacidad y voluntad y puede, con su acción u omisión infringir el ordenamiento jurídico penal. Se dice que una persona es sujeto activo cuando realiza la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, siendo autor material del delito, o bien cuando participa en su comisión, contribuyendo a su ejecución en forma intelectual al proponer, instigar o compeler (autor intelectual) o simplemente auxiliando al autor con anterioridad a su realización concomitantemente con ella o después de su consumación. " 32

En opinión del licenciado Bernabé Luna Ramos el sujeto activo, " Es la persona física, capaz de realizar la conducta descrita en el tipo, y a través de la cual, se va a lesionar el bien jurídico protegido por la norma, del sujeto activo se descartan a las personas morales, pues estas no son susceptibles de poder realizar una conducta, sino a través de su representante legal, que resulta ser la persona física que en el

32. op - cit , pág. 167.

camero penal es la responsable del delito. " 33

En el delito de usurpación de funciones públicas, -- que se encuentra previsto y sancionado en el artículo 250 fracción primera, del Código Penal para el Distrito Federal, el sujeto activo de éste tipo penal de falsedad personal sólo puede serlo un particular, persona carente del carácter de funcionario o empleado público, ya que la descripción señala exclusivamente 'al que', motivo por el cual cualquier particular puede ser sujeto activo del delito.

2. SUJETO PASIVO.

Carrancá y Trujillo entiende por sujeto pasivo, " la persona que sufra directamente la acción; sobre la que recaen los actos materiales mediante los que se realiza el delito." ³⁴

También se entiende por sujeto pasivo la persona física o moral titular del bien jurídico que se va a afectar o -- que resulta afectado por la conducta desarrollada por el sujeto activo.

Por lo que respecta al sujeto pasivo, en el delito -- de usurpación de funciones públicas, nos encontramos en igual circunstancia y cualquiera puede ser sujeto pasivo de éste delito, es decir, no se exige alguna calidad especial por lo que cualquier particular cubre el tipo establecido.

33. Apuntes del Primer Curso de Derecho Penal.

34. Derecho Penal Mexicano, pág. 269.

3. OBJETO MATERIAL .

Favón Vasconcelos lo define como " la persona o cosa dañada o que sufre el peligro derivado de la conducta delictiva. " 35

Bernabé Luna Ramos entiende por objeto material, "El ente corpóreo que ocupa un lugar en el tiempo, en el espacio y y sobre el cual va a recaer o se espera recaiga la conducta de sarrollada por el sujeto activo del delito. " 36

En cuanto al objeto material, en el delito de usurpación de funciones públicas, éste se traduce en la ususpación - de una función pública y en su ejercicio, dado que es donde recae la conducta del sujeto activo.

4. EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO.

Favón Vasconcelos lo define , " como el bien jurídico tutelado a través de la ley penal mediante la amenaza de -- sanción. " 37

Bernabé Luna Ramos lo define, "como el interés so -- cial y jurídico que se pretende proteger a través de la norma, mediante la amenaza de la sanción, también se dice que es el - valor jurídico que se protege mediante la norma para con ello crear y conservar el orden social. " 38

En el delito de usurpación de funciones públicas, -- otro elemento que se desprende de esta descripción legal, es -

35. op - cit , pág. 175.

36. Apuntes.

37. op - cit , pág. 175.

38. Apuntes.

el bien jurídico protegido; desde luego con esta norma se pretende proteger la fe pública que es lo que constituye el interés social. Este bien jurídico es de vital importancia para la sociedad.

5. CONDUCTA .

"La conducta como elemento del tipo es el comportamiento que describe la norma como mandato o prohibición, es decir, que en toda norma jurídico penal se contiene un mandato o una prohibición que se viola a través de la conducta desarrollada por el sujeto activo y que va hacer objeto de sanción"³⁹

La conducta en el delito de usurpación de funciones públicas, que es objeto de sanción y que es aquél comportamiento que debe desarrollar el sujeto activo para hacerse acreedor a la sanción, en éste delito consiste en atribuirse el carácter de funcionario o empleado público, y en ejercer sus funciones, por lo que esta conducta será el elemento objetivo del delito.

6. RESULTADO.

"Es la mutación o cambio del mundo exterior que se produce como consecuencia de la conducta desarrollada por el sujeto activo. "⁴⁰

El resultado dentro de la usurpación de funciones públicas se presenta como consecuencia de la conducta, que se traduce en la usurpación de una función pública y en el ejercicio de sus funciones.

³⁹. Bernabé Luna Ramos, Apuntes.

⁴⁰. I D E M .

D. ELEMENTOS DEL TIPO (ESPECIALES).

Los elementos especiales, son aquéllos que por así - quererlo el legislador, ha incluido en la legislación legal , para restringir su ámbito de aplicación y que además sirva de base, para atenuar o agravar la penalidad.

Como elementos especiales del tipo encontramos los siguientes:

1. MODOS DE COMISION .

Son las formas, modos o maneras de como el sujeto activo debe de realizar la conducta.

Porte Fetit señala, " Los tipos en numerosos casos - exigen determinados medios, originándose los llamados delitos con medios legalmente determinados o limitados; y ello quiere decir, que para que pueda darse la tipicidad tienen que concurrir los medios que exige el tipo correspondiente. " ⁴¹

2. LAS REFERENCIAS TEMPORAL, ESPACIAL Y DE OCASION.

En cuanto a la primera Porte Fetit expresa, " en ocasiones el tipo reclama alguna referencia en orden al tiempo y de no concurrir, no se dara la tipicidad. " ⁴²

41. op - cit , pág. 345.

42. I B I D E M , pág. 342.

Bernabé Luna en apuntes dados en clase expresa " La referencia temporal, son exigencias que establece el legislador en cuanto al tiempo, mediante el cual se llevara a cabo la conducta del activo, o bien producirse el resultado típico; por lo que respecta a la referencia espacial, ésta consiste en --aquélla exigencia de lugar, donde debe realizarse la conducta del sujeto activo, por último las referencias de ocasión que --son aquéllas circunstancias de oportunidad, que debe aprobar el sujeto activo para realizar su conducta. " 43

3. ELEMENTO SUBJETIVO O DOLO ESPECIFICO.

Consiste en la marcada intención, maldad o falta de cuidado, que debe de observar el sujeto activo, al realizar su conducta, pero también consiste en el conocimiento de alguna -circunstancia personal, o de hecho que tenga el activo para realizar la conducta.

4. ELEMENTO NORMATIVO O ANTIJURIDICIDAD ESPECIFICA.

"Son aquéllas cuestiones de carácter valorativo o jurídico , que exige el legislador que debe satisfacerse al momento de realizar la conducta. " 44

5. CALIDAD DEL SUJETO ACTIVO, CALIDAD DEL SUJETO PASIVO Y LA CALIDAD DEL OBJETO MATERIAL.

Son aquéllas características de orden cualitativo , que deben satisfacer éstos, para poder constituirse en tales.

43. Apuntes del primer curso de Derecho Penal.

44. I D E N .

6. LA CANTIDAD DEL SUJETO ACTIVO, LA CANTIDAD DEL SUJETO PASIVO Y LA CANTIDAD DEL OBJETO MATERIAL.

No son otra cosa más que las características de orden numérico, o cuantitativos que deben satisfacer o reunir éstos para poder constituirse en tales.

En el delito de Usurpación de Funciones Públicas no encontramos la exigencia de ninguno de ellos, por lo tanto a manera de ejemplo, se puede emplear cualquier medio de coacción, se puede llevar a cabo en cualquier referencia temporal, espacial o de ocasión, es decir, que el tipo penal de la usurpación de funciones públicas no requiere que la conducta de usurpar una función pública, se realice en un tiempo determinado, en lugar específico o en alguna circunstancia especial, sino que puede llevarse a cabo en cualquier lugar, a cualquier hora y en cualquier circunstancia.

**E. CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN A
LOS ELEMENTOS DEL TIPO.**

El delito recibe diversas clasificaciones, de las -
cuales se hará referencia atendiendo a cada uno de los elemen-
tos que integran el tipo penal. Bernabé Luna Ramos y el multi-
citado Forte Petit, adeptan dicha clasificación. Así tenemos -
que atendiendo a :

1. CALIDAD DEL SUJETO ACTIVO .

El delito se clasifica en genérico o indeterminado y
en determinado o específico.

El delito es genérico o indeterminado, cuando la des-
cripción legal no exige calidad alguna para el sujeto y por lo
tanto cualquiera puede ser sujeto activo del delito.

Es determinado o específico, cuando la descripción -
legal requiera de alguna característica del sujeto activo para
que éste se constituya, de tal manera que sólo quien satisface
esas exigencias del tipo sera sujeto activo del delito.

Tomando en consideración lo anteriormente estableci
do el delito de Usurpación de Funciones Públicas, atendiendo a
la calidad del sujeto activo es genérico o indeterminado, ya -
que la descripción establecida en el artículo 250 fracción pr
mera del Código Penal para el Distrito Federal no establece, -
calidad alguna por lo que cualquiera puede ser sujeto activo -
del delito.

2. DE ACUERDO A LA CALIDAD DEL SUJETO PASIVO.

El delito se clasifica en personal e impersonal, es personal, cuando el tipo penal exige una calidad determinada para el sujeto pasivo; es impersonal, cuando el tipo penal no exige una calidad específica por lo tanto cualquiera puede constituirse en sujeto pasivo.

En el delito de usurpación de funciones públicas, -- atendiendo a la calidad del sujeto pasivo, el delito es impersonal.

3. DE ACUERDO A LA CANTIDAD DEL SUJETO ACTIVO y/o PASIVO.

Se clasifican en unisubjetivos y plurisubjetivos. El delito es unisubjetivo, cuando la descripción legal de la conducta permite o exige que sea un sólo sujeto ya sea activo o pasivo; el delito es plurisubjetivo, cuando el tipo penal exige que sean dos o más los activos y los pasivos.

La usurpación de funciones públicas es un delito unisubjetivo ya que no exige la concurrencia de dos o más sujetos, aunque pueden concurrir éstos como sujetos activos por lo que también es plurisubjetivo.

4. DE ACUERDO AL BIEN JURIDICO PROTEGIDO.

Los delitos son de daño o de lesión y de amenaza o de peligro. Los delitos son de daño o de lesión, cuando la conducta produce la destrucción, alteración o constreñimiento o afectación del bien jurídico protegido; los delitos de amenaza o de peligro, son aquéllos que se presentan cuando realizada la conducta sólo existió la mera posibilidad de daño al bien jurídico.

5. DE ACUERDO AL OBJETO MATERIAL .

Los delitos se clasifican en formales y materiales.- Son formales, cuando realizada la conducta el objeto no sufre alteración o modificación alguna; son materiales, cuando el objeto sobre el que recae la conducta se destruye o altera en cuanto a su esencia por aquélla.

6. DE ACUERDO A LA CONDUCTA, POR SU FORMA.

Se clasifican en de acción, de omisión y comisión -- por omisión. Los de acción son los que pueden o deben realizarse por virtud de movimientos corporales; el de omisión y el de comisión por omisión, se realiza la conducta a través de la -- abstención de movimientos corporales. La diferencia entre estos es que la omisión simple produce un resultado formal y la comisión por omisión uno material.

7. DE ACUERDO A LA CONDUCTA, POR EL NUMERO DE ACTOS.

Se clasifican en unisubsistentes y plurisubsistentes. Es unisubsistente, cuando la conducta puede o debe realizarse con una sola acción o movimiento corporal, o una abstención, -- es plurisubjetivo, cuando la conducta deba o pueda realizarse con dos o más movimientos corporales o abstenciones.

8. DE ACUERDO AL RESULTADO, POR SU PRESENTACION.

Se clasifican en instantáneos y continuos. Son instantáneos, cuando realizada la conducta, acto seguido se produce el resultado; son continuados, cuando para que se produzca

el resultado se requiere que la conducta persista.

9. DE ACUERDO AL RESULTADO, SEGUN SU DURACION.

Los delitos se clasifican en instantáneos e instantáneos con efectos permanentes. Son instantáneos, cuando realizada la conducta se presenta el resultado el cual desaparece en seguida; son instantáneos con efectos permanentes, aquéllos -- que al realizarse la conducta, se presenta el resultado con un efecto más o menos prolongado.

10. DE ACUERDO A LOS MEDIOS DE COMISION.

El delito se clasifica en de formulación libre, formulación única o cerrada, formulación alternativa, formulación causística y formulación acumulativa.

Son de formulación libre, cuando el tipo legal no -- exige ningun medio específico para la comisión del delito, pudiendo por lo tanto utilizarse cualquier modo idóneo.

Son de formulación única o cerrada, cuando el tipo -- legal señala una sóla forma de realizarse la conducta.

Son de formulación alternativa, aquéllos en que la -- descripción legal, señala dos o más hipótesis o medio de realizar la conducta y con cualquiera de ellas se integra el delito.

Son de formulación acumulativa, aquéllas en donde el -- tipo penal señala dos o más hipótesis, y para que se integre -- el delito se requiere la concurrencia de dos o más de ellas.

11. DE ACUERDO AL ELEMENTO SUBJETIVO.

Se clasifican en dolosas y culposas. Los dolosos son aquéllos cuya descripción típica señala una marcada intencionalidad para la comisión del delito; los culposos, son aquéllos cuya realización requiere de una imprudencia, negligencia o -- falta de cuidado.

12. DE ACUERDO A LA ESTRUCTURA DE LOS ELEMENTOS OBJETIVO, SUBJETIVO Y NORMATIVO.

Se clasifican en normales y anormales. Son normales, cuando la descripción típica contiene solamente elementos objetivos; son anormales, cuando la descripción legal contiene además de los elementos objetivos, algún elemento subjetivo y / o normativo.

13. DE ACUERDO A LA UNIDAD JURIDICA QUE SE INTEGRA - CON TODOS LOS ELEMENTOS.

Se clasifica en fundamentales o básicos, los autónomos o independientes y los no autónomos o dependientes.

Son fundamentales o básicos, aquéllos que como su -- nombre lo indica que tienen vida propia, pero además sirven de fundamento o de base para la existencia de otros delitos.

Los autónomos o independientes, son aquéllos que tienen vida propia, pero a diferencia de los anteriores no dan vi da a otras figuras.

Los no autónomos o dependientes, son aquellos que para tener vida requieren del fundamental o básico, pero además de contener los elementos del fundamental o básico, también requieren de otros elementos o circunstancias, éstos se clasifican a su vez en atenuados o privilegiados, que son aquellos que tienen señalada una pena menor a la del fundamental o básico, y por otro lado tenemos los agravados o calificados que son los que tienen señalada una pena mayor de la del fundamental o básico.

14. DE ACUERDO A SU FORMA DE PERSECUCION.

Se clasifican en de oficio y de querrela. Los de oficio, basta su simple comisión para que de inmediato la autoridad se avoque a la investigación de los hechos y persecución del delincuente hasta su sentencia; en los de querrela, se requiere manifestación expresa del ofendido para que se castigue al delincuente y además estas figuras son susceptibles del perdón, es decir, que en cualquier momento del procedimiento éste se puede impedir para que no se sancione al ofensor.

15. DE ACUERDO A SU COMPETENCIA,

Se clasifican en comunes o locales y federales. Los comunes o locales, son de la competencia de los tribunales del fuero común y se encuentran descritos en las leyes locales o estatutales; los federales, son los reservados a la competencia de los tribunales del fuero federal, y se encuentran comprendidos en las leyes aplicables en toda la República.

CAPITULO III. ELEMENTOS POSITIVOS Y
NEGATIVOS DEL DELITO .

La teoría del delito comprende el estudio de sus elementos, su aspecto positivo y negativo y las formas de manifiestarse el mismo, consecuentemente, la teoría del delito debe enfocarse hacia estos problemas: existencia del delito, su inexistencia y aparición.

La doctrina para conocer la composición del delito , ha recurrido principalmente a dos concepciones:

- a) La totalizadora o unitaria, y
- b) La analítica o atomizadora.

a) " Los unitarios consideran al delito como un bloque monolítico, presentándose, como una entidad que no se deja escindir (dividir) en elementos diversos, que no se deja, para usar una expresión vulgar rebanar. Es decir, el delito es un todo orgánico, es una especie de bloque monolítico, el cual puede presentar aspectos diversos, pero no es en algún modo fraccionable, y su verdadera esencia, la realidad del delito no está en cada uno de sus componentes del mismo y tampoco en su suma, sino en el todo y en su intrínseca unidad: sólo mirando el delito desde este perfil, es posible comprender su verdad

dero significado, no debiéndose olvidar que el delito constituye una entidad esencialmente unitaria y orgánicamente homogénea. " 1

b) " La concepción analítica estudia el delito desintegrándolo en sus propios elementos pero considerándolos en conexión íntima al existir una vinculación indisoluble entre ellos, en razón de la unidad del delito; de aquí que estemos de acuerdo con los argumentos esgrimidos por los defensores de esta concepción, quienes demuestran la inconsistencia de las objeciones de los unitarios. Por otra parte, reconocemos las más importantes consecuencias derivadas de la atomización del delito sin perder de vista su unidad, recordando el pensamiento de Petrocelli, de que el análisis no es la negación de la unidad sino es el medio para realizarla, y es absurdo hablar de una consideración unitaria que no tenga por base una consideración analítica. " 2

Dentro de la concepción atomizadora encontramos la dicotómica o bitómica, tritómica o triédrica, tetratómica, pentatómica, hexatómica y heptatómica, según el número de elementos que se consideran para estructurar el delito; concepciones que desde la bitómica a la hexatómica pueden formarse con elementos diversos.

Para el estudio de los elementos del delito, se hace necesario establecer la jerarquía o el orden de los elementos constitutivos del mismo. A éste efecto los autores han comenta

1. Fote Petit, op - cit , pág. 197.

2. I D E M .

do o discutido sobre si existe prioridad lógica y temporal entre ellos o si existe una prelación lógica entre los elementos del delito.

A éste respecto los seguidores de la corriente de la prioridad lógica y temporal, establecen que al existir ésta debe de determinarse la jerarquía entre los elementos constitutivos del delito.

Autores como Forte Petit, precisan la inexistencia de la prioridad temporal entre los elementos del delito, en virtud de que éstos concurren simultáneamente, al no perderse de vista su indisoluble unidad. Así mismo niega la prioridad lógica, pues la existencia del delito requiere de sus elementos y, aunque ellos guarden entre sí un determinado orden lógico, no hay ninguna prioridad lógica. Lo correcto, según su opinión es hablar de prelación lógica "habida cuenta de que nadie puede negar que, para que concurra un elemento del delito, debe antecederle el correspondiente, en atención a la naturaleza propia del delito. La circunstancia de que sea necesario que exista un elemento para que concurra el siguiente, no quiere decir que haya prioridad lógica porque ningún elemento es fundante del siguiente, aun cuando sí es necesario para que el otro elemento exista." ³

Una vez aceptada la prelación lógica, los elementos del delito se ordenan en la forma siguiente :

Conducta	-	Ausencia de conducta.
Tipicidad	-	Atipicidad.

Antijuridicidad	-	Causas de justificación..
Imputabilidad	-	Inimputabilidad.
Culpabilidad	-	Inculpabilidad.
Punibilidad	-	Excusas absolutorias.

"Se considera más lógico estudiarlos en éste orden, - ya que si estudiáramos primero la punibilidad tendríamos que - preguntarnos que va a sancionarse y esto nos remite a la con - ducta, en seguida si queremos estudiar primero la antijuridici - dad tendríamos que ver primero que es lo antijurídico y así po - demos referirnos a cada uno de ellos, su estudio nos lleva a - consecuencias lógicas para ordenar los elementos en la forma - antes señalada, de ahí que concluyamos que en el estudio de -- los elementos del delito debe considerarse que no hay priori - dad entre ellos sino una prelación lógica entre los mismos." 4

PRESUPUESTOS .

Antes de referirnos al estudio de los elementos del delito, nos encontremos conque algunos tratadistas hacen refe - rencia a los presupuestos.

Por presupuesto se entiende, la consideración previa o análisis previo de algo; tambien por presupuesto se entiende lo que es antes del supuesto.

Forte Fetit nos dice que los presupuestos del delito " son aquéllos antecedentes jurídicos previos a la realización de la conducta o del hecho descritos en el tipo y de cuya exig

4. Bernabé Luna Ramos, Apuntes.

tencia depende el título del delito respectivo. A su vez, los presupuestos del delito pueden ser: generales o especiales, según tenga carácter común a todos los delitos o sean propios de cada delito. " 5

"Hara quienes consideraran la existencia de los presupuestos nos dicen, que éstos son aquéllos elementos materiales que deben existir antes para que pueda cometerse el delito, y así señalan por ejemplo, para que pueda cometerse el delito de aborto se requiere que primero se encuentre la mujer embarazada, pues de otra forma no es posible cometer el aborto; para cometer el delito de adulterio se requiere que previamente el adultero se haya casado, de tal suerte que quienes sostienen la existencia de los presupuestos establecen la existencia de presupuestos del delito y otros de los presupuestos del hecho. " 6

Como quiera que se les ubique, al fin y al cabo, bien a ser lo mismo, por lo que nos remitiremos a expresar los presupuestos del delito. Forte Fetit señala que los presupuestos en el delito son:

- a) La norma penal ;
- b) El sujeto activo ;
- c) El sujeto pasivo ;
- d) La imputabilidad ;
- e) El bien tutelado ; y
- f) El instrumento del delito. " 7

5. Citado por Fevón Vasconcelos, op - cit , pág.179.

6. Fernabé Luna Ramos, Apuntes.

7. Forte Fetit, op - cit , pág. 208.

Nos dicen que éstos deben existir previamente para - que pueda cometerse el delito, pues la falta de alguno de ellos nos lleva a la imposibilidad de poder cometer el delito.

"Por otra parte, nos encontramos autores que sostie - nen que no hay presupuestos del delito, al manifestar que lo - que señalan, los otros autores como presupuestos del delito no tienen o no deben tener tal carácter, ya que si recordamos el tipo penal veremos que dentro de los elementos constitutivos - del tipo se encuentran aquéllos, por lo tanto más que ser pre - supuestos del delito son elementos del tipo, que cuando se con - cretiza la conducta se convierte en parte de un elemento del - delito que es la tipicidad, y que como veremos consiste en la concreción o concretización de todos y cada uno de los elemen - tos exigidos por el tipo.

En estas condiciones sólo podría aceptarse como pre - supuesto del delito y atendiendo a nuestro sistema legal, en - concreto a la garantía Constitucional de legalidad que esta - blece en el artículo 14 párrafo tercero, ' en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada - por una ley exactamente aplicable al delito que se trate ' . - En tales condiciones, en sistemas legales como el nuestro la - norma sí constituye un auténtico presupuesto del delito. " ³

Señalada la relación que existe entre los elementos - del delito, y la noción respectiva por cuanto a los presupue - stos del delito, nos corresponde ahora referirnos a cada uno de los elementos que integran el delito y así tenemos que.

A. CONDUCTA - AUSENCIA DE CONDUCTA.

La conducta viene a ser el primer elemento del delito dentro de la prelación lógica con relación a los restantes elementos del mismo. Por lo que respecta a su estudio, el primer problema con el que nos encontramos es el de su denominación, y así tenemos que el elemento objetivo del delito ha sido denominado por los tratadistas de diferente manera y para referirse a él, unos lo llaman acción, otros acto, otros acontecimiento y otros más conducta o hecho.

"Acción, con relación a este vocablo, existen dos corrientes:

a) la que opta por aceptar la acción como comprensiva de la acción y omisión; la acción en sentido lato;

b) La que estima que no debe usarse el término acción como agotador de las dos formas de la conducta, sino únicamente para distinguir el hacer.

La palabra acción, expresa Ferrer Sama, ha sido criticada y no sin motivo, en el sentido de que al tener que utilizar la misma palabra como concepto específico frente a la omisión, resultan repetidos los términos, genérico uno y específico el otro, evitándose con el empleo, en referencia a las dos formas de presentarse la acción, las dos expresiones comisión y omisión, las cuales por otra parte hacen que adquiera precisión y claridad el término de delitos de comisión por omisión.

La expresión acción no es la adecuada, porque no contiene o abarca a la omisión, al ser su naturaleza contraria a ésta. La acción implica movimiento y la omisión, todo lo contrario: inactividad. Vienen a constituir cada una de ellas el anverso y el reverso de una medalla, y si son términos antagónicos, uno de ellos, no puede servir de género para el otro, independientemente de que el término acción no incluya al resultado material o sea el hecho. " 9

Respecto al término acto, unos piensan que es el apropiado para abarcar el hacer y el no hacer, entre los autores que aceptan la voz acto encontramos a Jiménez de Asúa " — Empleamos la palabra acto y no hecho, porque hecho es todo acontecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano del hombre que del mundo de la naturaleza. En cambio, acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejercita. Advuértase además que usamos la palabra acto en una acepción más amplia comprensiva del aspecto positivo acción y del negativo omisión. " 10

El acto, al igual que la acción, implica únicamente un hacer y por lo tanto, no puede comprender a la omisión, que constituye lo contrario a aquél. Otros autores manifiestan para reafirmar lo establecido con anterioridad que " indicar — que, en cierto sentido, el acto tiene valor más lato que la acción o el hecho porque el acto, en relación al proceso físico, puede reducirse a un movimiento instintivo, automático, irreflexivo del cuerpo humano, en tanto que la acción y el hecho —

9. Forte Petir, op - cit , págs. 230 y 231.

10. Tratado de derecho Penal, tomo III, págs. 292 y 293.

son manifestaciones simple y exclusivamente gobernadas por la voluntad.

"Por lo que respecta al término acontecimiento resulta demasiado amplio pues con éste se comprende todo movimiento o abstención incluyendo aquéllos que son carentes de voluntad o que son realizados por cosas inhumanas y las que son irrelevantes para el campo del derecho penal. " 11

Porte Petit se muestra partidario de los términos -- conducta o hecho para denominar al elemento objetivo del delito expresando. " Nosotros pensamos que no es la conducta únicamente, como muchos expresan, sino también el hecho, elemento material del delito, según la descripción del tipo, dando lugar este punto de vista a la clasificación de los delitos de mera conducta y de resultado material. Nadie puede negar que -- el delito lo integra una conducta o un hecho humanos y dentro de la prelación lógica, ocupan el primer lugar, lo que les da una relevancia especial dentro de la teoría del mismo. " 12

"Según esta terminología, a veces el elemento objetivo del delito es la conducta (si el tipo legal describe simplemente una acción o una omisión), y otras, hecho cuando la ley requiere (además de la acción o de la omisión la producción de un resultado material, unido por un nexo causal). Si el delito es de mera actividad o inactividad, debe hablarse de conducta; de hecho cuando el delito es de resultado material según la hipótesis típica. Así pues, el citado profesor Porte Petit dig

11. Fernandé Luna Ramos, Apuntes.

12. op - cit , pág. 229.

tingue la conducta del hecho; éste se compone de una conducta, un resultado y un nexo causal. La sólo conducta agota el elemento objetivo del delito cuando por sí misma llena el tipo, como sucede en los llamados delitos de mera actividad, caren-tes de un resultado material. La conducta que es un elemento del hecho cuando, según la descripción del tipo, precisa una mutación en el mundo exterior, es decir, un resultado material. Por nuestra parte no hay inconveniente en aceptar el empleo de ambos términos conducta y hecho, advirtiendo, sin embargo que, en el lenguaje ordinario, por hecho se entiende lo ocurrido o acaecido, e indudablemente el actuar humano (con o sin resultado material), por efectuarse en el escenario del mundo es, desde este punto de vista, un hecho. También los fenómenos naturales son hechos. Más si convencionalmente se habla de hecho para distinguir la conducta, el resultado y su necesario nexo causal, y del vocablo conducta cuando el tipo sólo exige un acto o una omisión, la distinción nos parece útil. Desde luego, únicamente existe el nexo causal en los ilícitos de resultado material; los de simple actividad (o inactividad) comportan sólo el resultado jurídico. " 13

Castellanos Tena nos indica que el término más adecuado para designar éste elemento es el de conducta, ya que con él se comprende tanto la acción, como la omisión.

Determinado el nombre o denominación del primer elemento objetivo del delito pasaremos a su estudio.

13. Castellanos Tena, op - cit , pág. 148.

"El estudio de la conducta, como elemento esencial del delito ha sido objeto de profundos estudios, esto ha dado origen a la creación o aparición de dos corrientes :

- a) La causalista o tradicional, y
- b) La finalista.

Estas corrientes le dan una concepción diversa a la conducta, pues mientras a la primera le interesa tan sólo el comportamiento humano positivo o negativo, la segunda va más allá pues abarca o comprende el fin para el que se llevó a cabo.

Para la corriente causalista o tradicional, en éste primer momento de estudio la conducta se va avocar al movimiento o abstención corporales de si el sujeto quiso llevarlos a cabo, y en un segundo momento que es el de la culpabilidad volverá a retomar el estudio de la conducta para ver la intención final.

La corriente finalista, nos establece que no debemos de desmembrar la conducta pues ello nos llevaría a errores, — por lo tanto debe estudiarse íntegramente de ahí que para la corriente finalista interesa no solamente si se quiso hacer el movimiento o la abstención corporales, sino también la finalidad de estos. " 14

De acuerdo con estas corrientes, y que es en una de las cosas en que coinciden, es en su definición, pues palabras más palabras menos los diversos autores definen la conducta como :

14. Ferrnabé Juan José, apuntes.

Castellanos Tena, define la conducta como " el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un proposito. " 15

Favón Vasconcelos expresa " la conducta consiste en el peculiar comportamiento de un hombre que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria. " 16

Forte Fetit señala " la conducta consiste en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o no voluntario -- (culpa) dirigidos a la producción de un resultado material típico o extratípico. La conducta debe entenderse como el ejercicio de un comportamiento que tiende a un fin. Por lo tanto -- la voluntad del objetivo es claramente la base de la teoría finalista de la acción . " 17

Como podemos ver todos los tratadistas coinciden en su definición más no en su concepción y en su contenido, así -- pues señalado el concepto de la conducta, pasaremos a señalar los elementos que la integran.

Para la corriente causalista o tradicional, los elementos de la conducta son:

- 1) El hacer o no hacer;
- 2) Una voluntariedad referida al hacer o no hacer;
- 3) Un resultado; y
- 4) Un nexos causal.

15. op - cit , pág. 149.

16. op - cit , pág. 186.

17. op - cit , pág. 234.

Para la corriente finalista, los elementos de la conducta son estos mismos, más un quinto elemento que es la voluntariedad referida al resultado.

Señalados los elementos que integran la conducta para cada una de estas corrientes, pasaremos a explicar en que consiste cada uno de ellos.

1) El hacer o no hacer, no es otra cosa más que los movimientos corporales o la abstención de movimientos corporales, que realiza o debe de realizar el agente activo del delito para con ellas configurar la conducta.

2) La voluntariedad referida al hacer o no hacer, - consiste no sólo en la intencionalidad, sino que además comprende el conocimiento que el agente activo debe tener al momento de realizar ese movimiento corporal o esa abstención.

3) El resultado, es la consecuencia jurídico penal - que se produce por virtud de ese hacer o no hacer y que puede ser de naturaleza jurídica o formal y material.

Cuando el resultado que se presenta es jurídico o formal, se dice que estamos en presencia de un delito de mera conducta, pues no se requiere alteración del mundo exterior, y se dice que es material, cuando se produce un cambio en el mundo exterior. " 18

4) El nexu causal, en Derecho Penal, " dice Ranieri, es la relación existente entre la conducta y el resultado y mediante la cual se hace posible la atribución material de ésta a aquélla como a su causa. " 19

Para poder explicarlo han surgido diversas teorías, - las que se agrupan en dos grandes rubros y así tenemos las corrientes totalizadora o universalizadora y las corrientes individualistas.

Según la primera concepción, todas las condiciones - productoras del resultado considéranse causa del mismo. De acuerdo con la doctrina individualista, debe ser tomada en cuenta, de entre todas las condiciones una de ellas en atención a factores de tiempo, calidad o cantidad.

Dentro de la corriente universalizadora, encontramos la teoría de la equivalencia de las condiciones, " según esta tesis debida a Von Euri, también conocida como de la conditio sine qua non, todas las condiciones productoras del resultado son equivalentes y por ende, todas son su causa. Antes de que una de las condiciones, sea cualquiera, se asocie a las demás, todas son ineficaces para la producción del resultado; éste surge por la suma de ellas; luego cada una es causa de toda la consecuencia y por ende con respecto a ésta tienen el mismo valor.

La concepción de la teoría de la equivalencia o de la conditio sine qua non, es intachable desde el punto de vis-

19. Citado por Favón Vasconcelos, op - cit , pág 212.

ta lógico; pero ha sido, criticada en el campo netamente jurídico, considerándose indispensable restringirla en su aplicación. Para Carlos Binding, si la teoría tuviera esa importancia en el orden penal, debían castigarse como cómplices en el delito de adulterio, no sólo la mujer casada que cohabita con varón que no es su marido y a quien yase con ella, sino al carpintero constructor de la cama. " 20

Esta teoría si bien es cierto que aplicada de esa forma, nos conduce a error y a injusticia, también lo es que nos ayuda a resolver el problema de la responsabilidad de los participantes, motivo por el cual los seguidores de ésta corriente señalan que debe aplicarse esta teoría limitándola mediante la aplicación de correctivos, esto es, que debe aplicarse la concausalidad solamente en cuanto aquéllas causas participe de la idea criminosa o del resultado a conseguir.

Dentro de las teorías individualistas, se presenta con diversos aspectos; emergen, por tanto, diferentes directrices.

"Teoría de la última condición, de la causa proxima o de la causa inmediata, con un criterio temporal, Ortman sostiene que entre las causas productoras del resultado, sólo es relevante la última, es decir, la más cercana al resultado. Es inadmisibles esta tendencia, habida cuenta que niega valor a las demás concausas y los especialistas están acordados en que el derecho también atribuye el resultado típico a quien puso -

20. Castellanos Tena, op - cit , pág. 157.

en movimiento un antecedente que no es el último factor, inmediato a la producción del evento." 21

"Teoría de la condición más eficaz, creada por Hirsig-
yer, para esta teoría sólo es causa del resultado aquella con-
dición que en la pugna de las diversas fuerzas antagónicas ten-
ga una eficacia preponderante (criterio cuantitativo). Consti-
tuye una limitación a la de la equivalencia de las condiciones,
pero su carácter individualizador le hace inaceptable al negar,
con exclusión de las otras condiciones, la eficacia de las con-
causas y por ende la participación en el delito." 22

"Teoría de la adecuación o de la causalidad adecuada,
únicamente considera como verdadera causa del resultado la con-
dición normalmente adecuada para producirlo (criterio cualita-
tivo). La causa es normalmente adecuada cuando dicho resultado
surge según lo normal y corriente de la vida. Si el resultado
se aparta de lo común no hay relación de causalidad entre él y
la conducta." 23

De las teorías antes mencionadas, tomando en conside-
ración a las dos corrientes, la de la equivalencia de las con-
diciones es la correcta, por su carácter general, al reconocer
a las concausas la naturaleza de condiciones y resolver satis-
factoriamente el problema de la participación, pero teniendo -
en cuenta claro está, lo dicho anteriormente.

21. Castellanos Tenr, op - cit , pág. 158 y 159.

22. I B I D E M . pág. 158.

23. I D E M .

"Para la corriente finalista, señalamos que la conducta se integra con cinco elementos y el último es la voluntariedad referida al resultado.

Esta voluntariedad referida al resultado, consiste en la voluntabilidad que debe tener el sujeto con respecto al resultado, y esa voluntad va más allá de la intención pues comprende la conciencia del sujeto de que su hacer o no hacer son capaces de producir el resultado o un resultado típico." ²⁴

Tomando en consideración los conceptos que sobre la conducta se dieron con anterioridad, así como el señalamiento de los elementos que la integran podemos deducir las formas de conducta, que para la corriente causalista o tradicional son :

1. La acción;
2. La omisión ; y
3. La comisión por omisión.

1. La acción, es una de las formas de la conducta, constituyendo por tanto una de las especies del género conducta.

Se han emitido numerosas opiniones sobre el concepto de acción, Cuello Calón con referencia a la acción en sentido estricto afirma que " consiste en un movimiento corporal voluntario o en una serie de movimientos corporales, dirigido a la obtención de un fin determinado." ²⁵ Castellanos Tena señala que la acción, stricto sensu, " es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz -

24. Bernabé Luna Ramos, Apuntes.

25. Derecho Penal, tomo I, pág. 319.

de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación. " 26

JURISPRUDENCIA.

"La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que, dentro del significado conducta, debe entenderse el comportamiento corporal voluntario." (Semanario Judicial de la Federación, CXII, p. 1850).

Se ha expresado casi en forma unánime, la opinión de que la acción consta de tres elementos entre ellos Jiménez de Asúa señala " La acción está integrada por tres elementos: a) manifestación de voluntad, en forma de movimiento corporal voluntario; b) resultado o cambio en el mundo exterior, causado, mejor dicho, provocado, por el movimiento corporal voluntario; c) relación causal entre ambos. " 27

Como ya anteriormente nos referimos a estos elementos, sólo resta subrayar que, con referencia a la acción, ésta se integra con el movimiento corporal voluntario, siempre con relación o referencia a la descripción contenida en el tipo legal.

Ahora bien, el sujeto, con su actuar voluntario, vio la siempre un deber, el cual en los delitos de acción es de -- abstenerse por contener un mandato de no hacer; por ello en tales delitos se viola siempre una norma prohibitiva.

26. op - cit , pág. 152.

27. Tratado de derecho penal, tomo III, pág. 249.

2. La omisión, es otra de las formas de la conducta, también llamada omisión simple.

Frente a la acción como conducta positiva, encontramos a la omisión, forma de conducta negativa, consistente en el no hacer, en la inactividad voluntaria frente al deber de obrar consignado en la norma penal.

La omisión puede presentar dos formas: a) la omisión simple o propia, originante de los delitos de simple omisión, y b) la omisión impropia, que da nacimiento a los delitos de comisión por omisión, ambas formas presentan ciertas similitudes pero a la vez diferencias esenciales, como se apreciará más adelante.

En general, los autores al dar un concepto de la omisión, aluden a sus elementos integrantes: inactividad en donde la voluntad encaminase a no efectuar la acción ordenada por el Derecho; como segundo elemento tenemos a la voluntad.

Cuello Calón expresa " La omisión es la conducta negativa. Más no toda inactividad es omisión, ésta es inactividad voluntaria. Puede, por tanto, definirse la omisión como la inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejercitar un hecho determinado. " 28

Así pues, para que se configure la omisión, se requieren tres elementos: manifestación de voluntad, inactividad

28. op - cit , tomo I, pág. 321.

y deber jurídico de obrar. " Se dice que no debe de ser incluido el deber jurídico de obrar como elemento constitutivo de la omisión. El mismo Mezger que estudia el deber de obrar en la omisión, anota que este problema pertenece desde el punto de vista del sistema, a la teoría de la antijuridicidad. " 29

Favón Vacconcelos comenta " siendo, en nuestro criterio, esencial para hablar de omisión propia, el deber jurídico de obrar contenido en la norma penal, sólo es posible establecer un concepto de la omisión con referencia a la acción esperada o exigida, siendo en consecuencia sus elementos inactividad, inacción o el no hacer esperado y exigido por el mandato de obrar y voluntad de omitir el deber de actuar sea en forma dolosa o culposa.

Con relación al fundamento del deber jurídico de obrar, que da contenido a la omisión, no puede encontrarse más que en una norma penal, por ser los delitos de omisión simples incumplimientos a mandatos de hacer contenidos en los tipos penales. " 30

3. La comisión por omisión, que es la tercera forma de manifestación de la conducta, también llamada omisión impropia, su esencia se encuentra en la inactividad voluntaria que al infringir un mandato de hacer acarrea la violación de una norma prohibitiva o mandato de abstenerse, produciendo un resultado tanto típico o jurídico como material. Por ello Jiménez

29. Forte Fétir, op - cit , pág. 241.

30. op - cit pág. 201.

nez de Asúa, con acierto, " estima que, dichos delitos existen cuando se causa una mutación en el mundo exterior no haciendo aquello que se espera del agente. " ³¹ Por su parte Guello Galón señala, la omisión impropia consiste en producir un cambio en el mundo externo, mediante la omisión de algo que el derecho ordena hacer.

En síntesis, se está en presencia de un delito de comisión por omisión, cuando el agente llega a producir un resultado material típico a través de una inactividad o no hacer - voluntario o culposo, con violación de una norma preceptiva y de una norma prohibitiva.

Son, por tanto, elementos de la omisión impropia: voluntad, inactividad o no hacer, un resultado material (típico) y una relación de causalidad entre dicho resultado y la abstención.

En la comisión por omisión, la manifestación de voluntad se traduce, al igual que en la omisión simple, en un no obrar teniendo obligación de hacerlo, pero violándose no sólo la norma preceptiva sino, también, una prohibitiva, por cuanto manda abstenerse de producir el resultado típico y material.

La distinción entre los delitos de simple omisión y los de comisión por omisión, es :

a) Con la simple omisión se viola una norma preceptiva penal. En los delitos de comisión por omisión se viola una

31. op - cit , tomo III, pág. 340.

norma preceptiva penal o de otra rama del derecho y una norma prohibitiva.

b) En los delitos de omisión simple, existe un resultado típico o jurídico y en los de comisión por omisión, un resultado jurídico y material

c) En la omisión simple, lo que se sanciona es la omisión, a diferencia de los de comisión por omisión, en los que se sanciona no la omisión en sí, sino el resultado producido por está. En otros términos, en los delitos de omisión simple, el delito lo constituye la violación de la norma preceptiva; en tanto que los de comisión por omisión, lo constituye la violación de la norma prohibitiva.

d) El delito de omisión simple, es un delito de mera conducta y el de comisión por omisión es de resultado material.

Con relación al estudio dogmático del delito de usurpación de funciones públicas, requiere del estudio de los elementos esenciales a que hace referencia la teoría del delito y siguiendo la corriente hexatónica son los siguientes :

La conducta como elemento objetivo del delito, consiste en la manifestación de voluntad positiva o negativa, encaminada a un propósito, que en el delito de usurpación de funciones públicas, consiste precisamente, en usurpar una función pública y en ejercer alguna de las funciones de tal usurpación.

En donde el hacer, se exterioriza, a través de los movimientos corporales encaminados a usurpar una función pública y ejercer algunas funciones.

La voluntariedad referida al hacer, se presenta cuando el sujeto activo, tiene conciencia o intención de realizar esa conducta.

Por cuanto al resultado, se traduce en la usurpación de funciones públicas y en ejercer dichas funciones; el nexo causal se presenta cuando la conducta que consiste en usurpar una función pública desarrollada por el sujeto activo, produce de manera directa e inmediata la usurpación de dicha función pública y en su ejercicio.

Por lo que respecta a la voluntariedad referida al resultado, se presenta cuando el sujeto activo, quiere la usurpación de una función pública.

Esta conducta de usurpar una función pública y ejercer alguna de sus funciones, se puede llevar a cabo a través de la acción, mediante movimientos corporales.

AUSENCIA DE CONDUCTA.

Se ha insistido en que si falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integrará; en consecuencia, si la conducta esta ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias.

Es pues, la ausencia de la conducta uno de los aspectos negativos, o mejor dicho, impositivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o -

negativa, la base indispensable del delito como todo problema jurídico.

Señalamos que para que exista la conducta, se requiere de la concurrencia de los elementos antes señalados, esto es, para la corriente tradicional son : un hacer o no hacer, - la voluntariedad referida al hacer o no hacer, un resultado y un nexo causal. Para la corriente finalista, además de éstos - se requiere la voluntariedad referida al resultado, consecuentemente cuando falte alguno de ellos, estaremos en presencia - de las causas de ausencia de conducta cuando:

1. Cuando falte el hacer o no hacer, habiendo un resultado;
2. Cuando habiendo un hacer o un no hacer no hay resultado;
3. Cuando habiendo un hacer o no hacer, y un resultado, no hay nexo causal entre ellos.
4. Cuando falta la voluntad referida al hacer o no hacer; y

Para la corriente finalista, además existe un quinto que es :

5. Cuando falte la voluntariedad referida al resultado.

Cuando falta el cuarto elemento de la conducta se presentan los siguientes casos :

- a) La vis absoluta ;
- b) La vis maior ;
- c) Los movimientos reflejos.

Algunos autores agregan como casos de ausencia de la conducta, al sueño, al somnambulismo y al hipnotismo.

a) La vis absoluta o fuerza física exterior irresistible, Porte Fetit, entiende por ésta " se presenta cuando el sujeto realiza un hacer o no hacer por una violencia física humana e irresistible. " 32

La vis absoluta se presenta cuando un sujeto se encuentra impulsado, compelido o constreñido por una fuerza proveniente de otro hombre, y la cual no es capaz de resistir y en tal virtud produce un resultado típico.

Pavón Vasconcelos señala " La vis absoluta o fuerza irresistible supone, por tanto ausencia del coeficiente psíquico (voluntad) en la actividad o inactividad, de manera que la expresión puramente física de la conducta no puede integrar -- por sí una acción o una omisión relevantes para el Derecho, -- quien actúa o deja de actuar se convierte en instrumento de -- una voluntad ajena puesta en movimiento a través de una fuerza física a la cual el constreñido no ha podido materialmente oponerse. " 33

Porte Fetit manifiesta, " en efecto la fuerza física irresistible viene a ser un aspecto negativo de la conducta. Esta involucra una actividad o inactividad voluntarias. De tal manera que la fuerza física hace que el individuo realice un hacer o un no hacer, que no quería ejecutar. En consecuen -

32. op - cit , pág. 322.

33. op - cit , pág. 255.

cia, si hay fuerza irresistible, la actividad o inactividad - forzadas, no pueden constituir una conducta, por faltar uno de sus elementos : la voluntad. Se ha estimado y con razón que en estos casos el hombre actúa como un instrumento, como actúa la pistola, el puñal, la espada, etc., en la mano del hombre para realizar un delito y sancionar al individuo cuando actúa por - una fuerza física irresistible, en tanto se dice, como sancio- nar a cualesquiera de los instrumentos de que se valiera el de- lincuente. " 34

JURISPRUDENCIA .

"La Suprema Corte nos dice, por fuerza física exte- rior irresistible debe entenderse cierta violencia hecha al - cuerpo del agente que da por resultado que éste ejecute irreme- diablemente, lo que no ha querido ejecutar." (Semanao Judi- cial de la Federación, LXXXIV, pp. 3093, 5a época).

"De acuerdo con la doctrina, y la jurisprudencia, de- be entenderse que el sujeto actuó en virtud de una fuerza físi- ca exterior irresistible, cuando sobre él se ejerce directamen- te una fuerza superior a la propia a la cual se ve sometido, - por cuya circunstancia su acto es involuntario. Lo que quiere decir, que la integración de esta figura requiere que la fuer- za sea material, física, producida por hechos externos y que - quien la sufre no puede resistirla y se vea obligado a ceder - ante ella." (Semanao Judicial de la Federación, XCIII, p. - 2018).

34. op - cit , pág. 323.

a) En relación a la vis maior, Pavón Vasconcelos señala, " En la fuerza mayor se presenta similar fenómeno al de la vis absoluta: actividad o inactividad involuntarias por actuación sobre el cuerpo del sujeto, de una fuerza exterior a él, de carácter irresistible, originada en la naturaleza o en seres irracionales. " 35

La involuntariedad del actuar al impulso de esa fuerza exterior e irresistible impide la integración de la conducta y por ello la fuerza mayor, como la vis absoluta conforman casos de inexistencia del delito por ausencia de conducta. Si el hacer o no hacer son atribuibles al sujeto por ausencia de voluntad, no puede por lo tanto integrarse la conducta, siendo en consecuencia imposible la imputación del resultado a quien ha actuado en un plano exclusivamente físico.

Si comparamos la vis absoluta y la vis maior, se observa que en ambas hay ausencia de voluntad, y por ende, la fuerza mayor igualmente constituye un aspecto negativo de la conducta. Por lo que hace a las diferencias, encontramos únicamente, que en la fuerza mayor la fuerza física irresistible, proviene de la naturaleza o de los animales, a diferencia de la vis absoluta en que la fuerza física procede del hombre.

c) Los movimientos reflejos, " Los movimientos reflejos constituyen el aspecto negativo de la conducta, es decir, no hay una forma de esta acción, porque falta la voluntad. - Son movimientos reflejos, nos dice Antón Oneca, aquellos movimientos musculares, que son reacciones inmediatas e involunta-

rias a un estímulo externo o interno, sin intervención de la conciencia. " 36

Bernabé Luna Ramos, en sus apuntes del primer curso de derecho penal establece que los movimientos reflejos, son - movimientos corporales en los que la excitación de los nervios motores no están bajo el influjo anímico, sino que es desatada inmediatamente por un estímulo fisiológico corporal, esto es, en los que un estímulo, sin intervención de la conciencia, pasa de un centro sensorio a un centro motor y produce el movimiento. En los actos reflejos hay, como en las demás situaciones examinadas, movimientos corporales más no la voluntad necesaria para integrar una conducta.

Por lo que hace a los otros casos de ausencia de conducta, como lo son el sueño, el sonambulismo y el hipnotismo, nos encontramos con que algunos autores las consideran como causas de inimputabilidad, porque al realizarse la conducta bajo estas circunstancias, el sujeto no tiene la capacidad de querer ni de entender.

El sueño, Favón Vasconcelos lo entiende como, " el estado fisiológico de descanso del cuerpo y de la mente consciente, puede originar movimientos involuntarios del sujeto con resultados dañinos." 37

El sonambulismo, Bernabé Luna menciona, dentro de éste, el sujeto se encuentra bajo un estado fisiológico (sueño),

36. Forte Petit, op - cit, pág. 324.

37. op - cit, pág. 259.

natural en el hombre que lo coloca en un estado de descanso y que mentalmente lo desconecta de la realidad, en el sonambulismo el sujeto se encuentra bajo ese estado fisiológico del sueño pero que a diferencia de éste el sujeto abandona el lecho de descanso.

El propio Bernabé Luna respecto al hipnotismo establece, el sueño hipnótico se produce cuando el sujeto es sometido por la fuerza mental de otro sujeto que le induce a cometer un delito, ya que por virtud de esa fuerza mental anula su voluntad.

Con respecto al hipnotismo nos encontramos con dos posturas :

La primera, que establece que no es posible hipnotizar a una persona más que contando con su consentimiento, en estas condiciones el sujeto será responsable del delito que llegue a cometer estando hipnotizado.

La segunda corriente, nos dice que se puede hipnotizar a otra persona aún en contra de su voluntad. Aquí también encontramos dos tendencias, una que dice que sí se puede hipnotizar contra su voluntad pero sólo se puede obligar a realizar actos vencibles, es decir, que no vayan contra sus principios; la segunda postura nos dice que se puede ejercer el sueño hipnótico sobre otra persona a grado tal de anular por completo su voluntad, pudiéndole ordenar cualquier tipo de conducta aun, aquéllas que vayan contra sus principios.

El aspecto negativo consiste en la ausencia de la conducta, en el delito de usurpación de funciones públicas sólo puede presentarse el hipnotismo.

B. TÍPICIDAD - ATÍPICIDAD.

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito, cuya ausencia impide su configuración, habida cuenta que nuestra Constitución Federal, en su artículo 14, establece en forma expresa: " 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 ", lo cual significa que no existe delito sin tipicidad.

Jiménez de Asúa define la tipicidad, en cuanto al carácter del delito como " la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley para cada especie de infracción. " ³⁸

Castellanos Tena la define como " la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. " ³⁹

Para realizar el estudio de la tipicidad se hace necesario recordar lo que es el tipo legal, y lo definimos como la descripción que hace el legislador de una conducta y de las circunstancias que lo rodean, que en un tiempo y en un lugar determinado se va ha considerar como delito. En este orden de ideas la tipicidad es la adecuación de la conducta a la descripción hecha por el legislador.

38. op - cit , tomo III, pág. 746.

39. op - cit , pág. 167.

Establecimos que todo tipo penal se encuentra integrado por elementos generales y especiales, de esto se desprende en primer término que al presentarse una conducta determinada, lo primero es analizar el tipo penal, para saber que conducta describe y así poder deducir todos y cada uno de los elementos que exige el tipo.

Una vez realizado esto, se debe comparar si la conducta satisface todos y cada uno de los elementos que exige el tipo. Por eso se dice que el tipo penal es el delito desde el punto de vista hipotético y normativo. En cambio, la tipicidad es el delito desde el punto de vista fáctico o de hecho, en tales circunstancias concluimos que la tipicidad es la adecuación o concretización de todos y cada uno de los elementos exigidos por el tipo.

En el delito de usurpación de funciones públicas, la tipicidad se presenta cuando la conducta de usurpar una función pública, satisface todos y cada uno de los elementos exigidos en el artículo 250 fracción primera del Código Penal, que consisten en atribuirse el carácter de servidor público y en el ejercicio de dichas funciones.

Por cuanto a su aspecto negativo, esto es, la atipicidad, ésta se presenta cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa.

Para Jiménez de Asúa existe ausencia de tipicidad: -
"a) cuando no concurren en un hecho concreto todos los elementos del tipo descrito en el Código Penal o en leyes penales es

peciales, y b) cuando la ley penal no ha descrito la conducta que en realidad se nos presenta con característica antijurídica. " 40

El licenciado Bernabé Luna, establece como casos de atipicidad los siguientes, tomando en consideración los elementos tanto generales como especiales que integran el tipo.

1. La falta de calidad o cantidad del sujeto activo.
2. La falta de calidad o cantidad del sujeto pasivo.
3. Cuando falta el bien jurídico protegido.
4. Cuando falta el objeto material.
5. Cuando falta la conducta descrita en el tipo.
6. Cuando no se produce el resultado exigido por el tipo.
7. Cuando no se dan los medios de comisión.
8. Cuando no se satisfacen las referencias ya sea - la espacial, la temporal o la de ocasión.
9. Cuando falta el elemento subjetivo o bien el elemento normativo.

La atipicidad puede ser absoluta o relativa: es absoluta, cuando por faltar un elemento exigido por el tipo, la conducta no se adecúa al tipo particular, pero tampoco a ningún otro; es relativa, cuando faltando un elemento exigido por el tipo no se da la atipicidad del particular tipo, sino que hay una variación del tipo, esto es, la conducta encuadra en otro tipo penal.

En el delito de Usurpación de Funciones Públicas, la atipicidad se presenta cuando la conducta de usurpar una función pública, no satisface todos y cada uno de los elementos exigidos en el artículo 250 fracción primera del Código Penal, que son atribuirse el carácter de servidor público, o el no ejercicio de sus funciones, por lo que la falta de alguno de éstos elementos da como resultado el aspecto negativo de la tipicidad.

C. ANTIJURIDICIDAD - CAUSAS DE JUSTIFICACION.

El delito es una conducta humana, pero no toda conducta humana es delictiva, precisa, además que sea típica anti-jurídica y culpable.

Por cuanto al término que debe emplearse con relación a este elemento del delito la antijuridicidad, autores como Jiménez de Asúa establecen: " Hemos construido el neologismo antijurídico en su forma de sustantivo, diciendo antijuridicidad y no antijuridicidad, como suele hacerse ordinariamente en la Argentina, por motivos que se explican en pocas frases. Fuesto que nos hallamos en presencia de un neologismo, tan nueva y no admitida académicamente es la voz antijuridicidad como la expresión antijuricidad. A favor de esta última está la economía de letras y la mayor elegancia. Del mismo modo que de amable no formamos amableidad, sino amabilidad, ha de corregirse el feo trabalengua de antijuridicidad con la más reducida forma de antijuricidad. " 41

Forte Felit, citando al profesor Agustín Bravo González, considera, " que la raíz de la antijuridicidad, viene de iudicis-a-un, que a su vez viene de jus, dico, o sea, digo o declaro el derecho; esto es iudicis, lo que es según las leyes o la justicia al decir de Plinio el viejo. Es lo que concierne a la justicia, a su ejercicio; así tenemos iudicis dies que es el día de audiencia; iudicis conventus que

41. op - cit , tomo III, pág. 211.

son las audiencias, tribunales de justicia. Viene pues de un - adjetivo latino, terminando en el sentido de que antijurici - dad, es una palabra que suprime la sílaba di y que como tal, - no figura en ningún diccionario de la lengua latina, siendo - de conformidad con lo antes expuesto, la palabra correcta : - antijuridicidad.

Porte Petit continua diciendo, nosotros pensamos - que ha de elegirse como más exacta la palabra antijuridici - dad y no la de antujuricidad. Se trata en efecto de un voca - blo que se deriva del adjetivo: jurídico. Por otra parte, - así como de la voz latina amabilis (amable) se obtiene la de - rivada amabilitas (amabilidad) sin suprimir ninguna sílaba , - así también de la palabra latina iuridicus (jurídico) se ob - tiene la palabra iuridicitas (juridicidad) igualmente sin - contracción ninguna. La palabra antijuricidad quedaría justí - ficada si el adjetivo fuera en cambio iurico. Creemos por - consiguiente, más aceptable, en sede jurídica, el neologismo antijuridicidad por su exactitud y propiedad. " 42

En relación al concepto o definición de la antiju - ridicidad los autores expresan, que no resulta fácil dar una definición de la misma ya que estamos ante un concepto nega - tivo, un anti, por lo que existe dificultad para dar sobre - ella una idea positiva. Establecido lo anterior, los doctri - narios establecen que lo que debe definirse es su aspecto po - sitivo y partiendo de esa definición deducir el concepto -- del término negativo el cual se tendrá por exclusión de aquel.

"Provisionalmente puede decirse que la antijuricidad es lo contrario al Derecho. Por tanto, el hecho no basta que encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha provisto, si no que se necesita que sea antijurídico, contrario al Derecho. El mismo autor continúa diciendo, esta definición provisional de lo antijurídico sólo nos sirve de punto de partida. Pero nada nos dice, porque seguimos sin saber lo que es contrario a derecho.

Siguiendo la evolución del concepto de la antijuricidad, hallamos que esa definición nominal insuficiente se completa por negaciones; es decir, por el expreso enunciado de casos de exclusión, a los que se llaman causas de justificación por escritores y leyes. Según este sistema negativo, será antijurídico todo hecho definido en la ley y no protegido por las causas justificantes, que se establecen de modo expreso. En suma; no se nos dice lo que es antijurídico, sino, aunque pareciera paradójico lo que es jurídico, como la legítima defensa, etc. " 43

Parece sumamente explícita la definición de Fernando Castellanos de que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido, a que se contrae el tipo penal respectivo. "Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado. " 44

43. Jiménez de Asúa, la ley y el delito, págs. 267 y 268.

44. op - cit , pág. 179.

Autores como Porte Petit señalan que una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no esta protegida por una causa de justificación.

En éste orden de ideas se concluye, que por antijuridicidad se entiende la violación del deber jurídico implícito en la norma con la consecuyente lesión del bien jurídico protegido por la norma.

Bernabé Luna Ramos establece, lo escrito en relación al Derecho Penal y la teoría general del delito, la antijuridicidad es contemplada como un elemento positivo y por otra parte se toma en consideración que las normas penales se encuentran estructuradas de forma diversa a las demás normas del Derecho, ya que por ejemplo en las normas civiles, laborales, mercantiles, constitucionales, etc., su redacción es directa, esto es, que el deber jurídico de actuar o de abstenerse se encuentra claramente expresado, en cambio, en las normas penales se redacta lo que es contrario a Derecho y por lo tanto debemos deducir el bien jurídico, implícito en la norma y derivado de ello es que se afirma que la conducta se ajusta a la norma pero es contraria a Derecho, no siendo por lo tanto aplicable el principio del Derecho Civil de que lo antijurídico es lo contrario a la norma pues en materia penal, lo antijurídico es lo que es a la norma, pero es contrario a Derecho.

En torno a la antijuridicidad existen diversas teorías entre las que destacan :

La tesis de Ernesto Mayer, ya analizada con anterioridad al hacer referencia al tipo penal, pero que sin embargo creemos oportuno mencionarle de manera general, ésta teoría nos establece que para estudiar la antijuridicidad debemos atender a la naturaleza de la tipicidad, y dice la tipicidad es la ratio cognoscendi de la antijuridicidad, esto es, que a través de la tipicidad podemos conocer lo antijurídico de la conducta.

Otra teoría es la sostenida por Edmundo Mezger, también analizada en su momento, establece que la tipicidad es la ratio esendi de la antijuridicidad, es decir, la razón esencial, la esencia de la antijuridicidad, de ahí que se afirma por éste autor y el anterior que toda conducta típica en principio es antijurídica.

Por lo que respecta a la antijuridicidad formal y material, algunos autores piensan que la antijuridicidad constituye un concepto unitario, es el resultado de un juicio sustancial. Sin embargo, Franz Von Liszt ha elaborado una doctrina dualista de la antijuridicidad, en la cual se establece una diferencia esencial entre lo antijurídico formal y lo antijurídico material. " Para este jurista la acción es contraria al Derecho, desde un punto de vista formal en cuanto constituye una trasgresión a la norma dictada por el Estado, contrariando el mandato o la prohibición del ordenamiento jurídico; desde un punto de vista material la acción es antijurídica cuando resulta contraria a la sociedad. " 45

45. Favón Vasconcelos, op - cit , pág. 301.

Esta concepción dualista ha sido admitida por unos y negada por otros. Entre los autores que niegan tenemos a Jiménez de Asúa el cual rechaza vigorosamente lo denominado por él absurdo dualismo en lo valorativo, señalando " Bien mirado, todo se reduce a que Von Liszt confunde la antijuricidad formal con la tipicidad. En suma, la antijuricidad formal es la tipicidad y la antijuricidad material es la antijuricidad propia . El error está en que con la terminología de Liszt se hace valorativo a lo formal, que es descriptivo. " 46

Entre los juristas mexicanos Pavón Vasconcelos, sostiene esta misma postura al establecer " Nosotros concebimos - lo antijurídico como un juicio valorativo, de naturaleza objetiva, que recae sobre la conducta o el hecho típico en contraste con el Derecho, por cuanto se opone a las normas de cultura reconocidas por el Estado. Nosotros en consecuencia acordamos - con el criterio que rechaza la concepción dualista de la antijuricidad pues como con precisión observa Jiménez Huerta, no puede haber lugar a un juicio desvalorativo sobre la conducta sin la contrariedad formal con el mandato o la prohibición emanados del orden jurídico , contradicción que por sí misma no - integra la esencia de lo antijurídico. " 47

Dentro de los autores que hacen dicha posición - dualista, el mexicano Ignacio Villalobos acepta plenamente ambas formas de antijuricidad precisando, " No es preciso pensar, por supuesto, que cada especie de antijuricidad, formal o material, excluye a la otra; por el contrario, de ordinario - van unidas ambas y aun, de acuerdo con su naturaleza o su de-

46. op - cit , tomo III, pág. 877.

47. op - cit , pág. 303.

nominación, una la forma y la otra el contenido de una misma cosa." 48

Villalobos entiende por antijuricidad formal aquella que se opone a la ley del Estado. La antijuricidad material " consiste en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos o de los intereses jurídicamente protegidos, o en el sólo atentado contra el orden instituido por los preceptos legales." 49

Tomando en consideración lo antes establecido la antijuricidad formal se presenta cuando la conducta es típica, esto es, que al darse la tipicidad en ese momento surge la antijuricidad formal.

Cuando la conducta viola el deber jurídico implícito en la norma y lesiona el bien protegido estamos en presencia de la antijuricidad material.

Tomando en consideración la definición de antijuricidad que establecimos como la violación del deber jurídico implícito en la norma, con la consecuente lesión del bien jurídico protegido por dicha norma, los elementos constitutivos de la antijuricidad son:

- a) El deber jurídico; y
- b) La lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma.

48. op - cit , pág. 258.

49. I B I D E M , pág. 259.

Rafael Márquez Piñero define el deber jurídico como " la prohibición o el mandato categóricos contenidos en un tipo legal. Como prohibición, es un deber jurídico de abstenerse; como mandato, es un deber jurídico de actuar se trata de un elemento valorativo, del tipo legal enunciado en forma de prohibición o en forma de mandato. " 50

En el delito de Usurpación de Funciones Públicas, el deber jurídico consiste en la abstención de usurpar una función pública y en el no ejercicio de sus funciones. De tal manera que cuando la conducta es típica del artículo 250 fracción primera, se dice que es antijurídica, salvo que ésta, se halle amparada por alguna causa de justificación .

CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Consecuentemente, cuando falte alguno de los elementos constitutivos de la antijuridicidad, estaremos en presencia del aspecto negativo de la misma, que son las causas de justificación en donde encontramos :

- 1) La legítima defensa;
- 2) El estado de necesidad;
- 3) El ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber ;
- 4) El impedimento legítimo.

Para algunos autores además la obediencia jerárquica.

"Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representa un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber : la antijuridicidad. En tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a derecho. " 51

La justificación o fundamento legal de las causas de justificación lo encontramos en el artículo 15 del Código Penal, de ahí que para algunos autores deban o reciben el nombre de excluyentes de la responsabilidad.

El profesor Fernández Luna establece, cabe hacer mención que en dicho artículo, quedan comprendidos todos los casos de los aspectos negativos del delito, esto es, los casos de ausencia de conducta, las causas de justificación, las causas de inimputabilidad y las causas de inculpabilidad. De ahí que resulte inadecuado llamar a la legítima defensa, al estado de necesidad, al ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber, al impedimento legítimo y a la obediencia jerárquica, como causas excluyentes de la responsabilidad y para evitar confusiones, lo correcto es llamarles causas de justificación o de licitud, términos que desde luego significan y dan a entender con toda precisión lo que es contrario a lo antijurídico.

Entrando al estudio de las causas de justificación, tenemos en primer lugar a la legítima defensa.

LA LEGITIMA DEFENSA .

Tiene su fundamento en el artículo 15 fracción tercera, párrafo primero del Código Penal para el Distrito Federal, el cual señala :

"Artículo 15. Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal :

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

Los doctrinarios, citando a Jiménez de Asúa establecen que " La legítima defensa es repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, - contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla. " 52

Pavón Vasconcelos, por su parte la define como " la repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para - bienes tutelados por el derecho. " 53

52. La ley y el delito, pág. 289.

53. op - cit , pág. 315.

JURISPRUDENCIA .

"La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que la legítima defensa implica una colisión de intereses jurídicamente protegidos, en los que su legitimidad se funda en que se salvaguarda el interés preponderante; aun cuando cualitativamente los bienes jurídicos que colisionan son iguales, de todas formas el defensor restablece el derecho, atacando mediante el necesario sacrificio del interés ilegítimo del atacante. " (Semanario Judicial de la Federación, IX, p. 82 Sexta Época segunda parte).

"Se entiende por legítima defensa, la que es necesaria para rechazar un ataque antijurídico, actual, dirigido al que se defiende o contra un tercero. Es decir, que la situación fundamentadora de la legítima defensa se caracteriza por el ataque actual y antijurídico. " (Semanario Judicial de la Federación, CXIX, p. 2128).

"Por legítima defensa se entiende la acción que es necesaria para repeler un acontecimiento real y grave por parte de quien se defiende. " Semanario Judicial de la Federación - CXXI, p. 2345).

"Se entiende por legítima defensa, la acción que es necesaria para evitar o repeler un ataque por parte del que se defiende, contra un tercero. " (Semanario Judicial de la Federación X p. 83 Sexta Época, Segunda Parte).

"La acción de defensa es el acto de repeler un ataque injusto." (Semanario Judicial de la Federación, IX p. 87 Sexta Época, Segunda parte).

De las definiciones antes establecidas, encontramos que la legítima defensa se integra con dos elementos :

- a) La agresión , y
- b) La repulsa.

La agresión debe reunir las siguientes características.

- 1) Ser violenta ;
- 2) Ser actual ; y
- 3) Sin derecho y de peligro inminente.

Por su parte la repulsa debe ser :

- 1) Violenta ;
- 2) Actual ; y
- 3) Proporcional.

Por agresión se entiende según Mezger, " La conducta de un ser viviente que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos. " 54

JURISPRUDENCIA .

"La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que por agresión debe entenderse el movimiento corporal voluntario del sujeto que amenaza lesionar o que lesiona bienes jurídicamente tutelados."(Semanario Judicial de la Federación, CXIII, p. 369) .

54. Cit. por Forte Petit, op - cit , pág. 395.

Para que la agresión sea constitutiva de legítima - defensa debe ser violenta, esto es, debe ser una fuerza física que implica un ímpetu un actuar físico en contra de un bien jurídico, por esto Carrancá y Trujillo sostiene que la violencia es la esencia de la agresión.

La agresión además de ser violenta, debe de ser actual, dicha exigencia de ser actual, excluye dos momentos el - pasado y el futuro.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido, que: " el presupuesto legal de la actualidad en la - agresión, que requiere dicha eximente de responsabilidad, no desaparece si la agresión sigue siendo presente por la subsistencia del peligro en que se encuentra el agredido. " (Boletín de Información Judicial, II p. 114) .

La agresión debe de ser sin deracho, esto es, que el agente agresor o autor de este ímpetu de esa fuerza no tenga - facultad alguna sobre esos bienes, ni que la ley le faculte o autorice a realizar conductas agresivas contra los mismos.

JURISPRUDENCIA.

"Es de explorando derecho el que, para que quede debidamente comprobado el ejercicio del derecho de legítima defensa, se requiere que el acusado, al obrar, lo haya hecho colocado en determinadas circunstancias: primera, que la agresión de que fue objeto y lo impulsó a obrar, sea injusta, pues de otra manera el derecho a rechazarla no existía y agresión injusta o ilegítima es aquélla contraria a derecho, es decir, que el que

camete o ataca no tenga ningun fundamento jurídico para ello." (Anales de Jurisprudencia, XVI, p. 370).

"Para que quede debidamente probado el ejercicio del derecho de legítima defensa, se requiere que el acusado, al obrar, lo haya colocado en determinadas circunstancias, tales como que la agresión de que fué objeto y lo impulsó a obrar , sea injusta pues de otra manera el derecho de realizarla, no existiría." (Semanario Judicial de la Federación , LXXXIX, p. 2200).

Por último la agresión debe revestir un peligro inminente, esto es, que exista la necesidad inmediata o la posibilidad inmediata de causar un daño grave ya sea irreparable o de fácil reparación al bien jurídico protegido por la norma.

Por su parte la repulsa debe ser, violenta, actual y proporcional.

La repulsa debe ser violenta, esto es, debe implicar una fuerza física, un ímpetu porque la fuerza de la agresión sólo podrá repelerse, anularse o desviarse mediante otra fuerza que se le contrapona, por eso es que la repulsa implica o debe ser violenta.

La repulsa debe también ser actual, es decir, en el preciso momento en que se esta dando la agresión debe darse la repulsa pues si ésta ya cesó ya no habrá repulsa ni legítima defensa, sino que estaremos en presencia de un acto de venganza que sera constitutivo de delito, igual sucede si antes de darse la agresión se lleva a cabo la supuesta repulsa, en cuyo caso estaremos en presencia no de repulsa sino de una verdadera agresión.

Por último la repulsa debe ser proporcional, es decir, que quien actúa en legítima defensa debe emplear los medios necesarios y suficientes para anular o contrarrestar la agresión, pues si se emplean más de los necesarios, estaremos en presencia de un exceso de legítima defensa, la cual es constitutiva de delito.

"El exceso de legítima defensa es la utilización de medios desproporcionados para repeler la agresión, o si el daño causado por el agresor fuere fácilmente reparable posteriormente por medios legales, o si dicho daño fuere de notoria insignificancia en relación con el causado por la defensa.

La legítima defensa no opera en caso de riña, porque los rixosos se encuentran inmersos en una situación anti-jurídica, ilícita y para que surta efecto la legítima defensa es necesaria una conducta lícita frente a una injusta.

La legítima defensa frente al exceso de lo preceptuado en legítima defensa, no puede hacerse valer de acuerdo con la segunda parte de la fracción tercera del artículo 15 del Código Penal, toda vez que según el citado precepto, no se integra la causa de justificación, si el agredido fué el que provocó la agresión, siendo causa inmediata y suficiente para tal agresión.

No pueden coexistir dos legítimas defensas, es decir, la legítima defensa recíproca, en virtud de la necesidad de que una agresión sea injusta y la reacción a ésta sea legítima, de tal modo que cuando el agresor repele la defensa, está resistiendo a una conducta legítima. " 55

ESTADO DE NECESIDAD .

"El estado de necesidad es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona. " 56

El estado de necesidad se encuentra previsto en la fracción cuarta del artículo 15 del Código Penal el cual establece: " Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste no tubiere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance. "

Castellanos Tena señala, que los elementos del estado de necesidad son los siguientes: a) una situación de peligro, real, actual o inminente; b) que ese peligro no haya sido ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente; c) que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno); d) un ataque por parte de quien se encuentra en el estado necesario; y e) que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente. " 57

El profesor Bernabé Luna Ramos establece , para que se de el estado de necesidad, se debe de sacrificar el bien de menor jerarquía, es lo que establece la doctrina, sin em -

56. Cuello Galón, op - cit, pág. 362.

57. op - cit , pág. 206.

bergo si se hace un bien, la transacción de este artículo y de la fracción respectiva, tomando que para salvar ese bien se hace necesario lesionar o sacrificar otro bien que es ajeno a la situación de peligro, el cual puede ser igual o de mayor jerarquía, pero si se sacrifica uno de mayor jerarquía - entonces no habrá estado de necesidad.

En el Código Penal se prevén dos casos específicos de estado de necesidad: el aborto terapéutico y el robo de familiar o de inquilino.

El aborto terapéutico, previsto en el artículo 334 de nuestro ordenamiento penal, consiste " en la no aplicación de un fármaco, o de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corre peligro de aborto, a juicio del médico - que la asiste, o cuando falta la opinión de otro médico, siempre que este fuere posible y no resulten peligros para la madre."

El robo de inquilino se encuentra contenido en el artículo 179 del Código Penal, el cual establece, " no se castigará al que, sin emplear fuerza ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer las necesidades personales o familiares del momento. "

SUSTENTACIÓN DE LA FALTA, EJERCICIO DE UN DERECHO.

Otro de los casos de justificación que también privan a la conducta del elemento antijuridicidad, y por lo mismo, imposibilitan la imputación del delito, lo es el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho. El Código Penal lo regula en la fracción quinta del artículo 15, caso ex-

cluyente de responsabilidad el cual expresa :

"V. Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho. "

Los doctrinarios establecen, que el ejercicio de un derecho, se presenta cuando el agente se encuentra facultado por la ley o por un mandato judicial, para realizar una conducta que lesiona aparentemente un bien jurídico.

Por lo que respecta al cumplimiento de un deber, se establece que el agente se encuentra obligado por la ley o por un mandamiento judicial a realizar la aparente lesión de un bien jurídico. Estas causas de justificación son correlativas, pues todo derecho implica una obligación y viceversa.

También nos encontramos, que en relación a éstas causas, en ocasiones no es posible distinguirlas, y ello depende del punto de vista desde el que se les observe, ya que para unos puede ser ejercicio de un derecho y para otros cumplimiento de un deber, como ejemplos de estas causas de licitud tenemos a las lesiones inferidas con motivo de tratamientos médico - quirúrgicos y a las lesiones causadas en los deportes, al respecto González de la Vega señala, los tratamientos médico - quirúrgicos pueden provocar lesiones las cuales se justifican por el reconocimiento que el Estado hace de las actividades médicas y por la preponderancia que el mismo Estado, a través de la ley, hace respecto de determinados bienes, es decir, se justifican tales alteraciones de la salud por la

licitud de los tratamientos realizados en ejercicio de una --
profesión autorizada y reconocida legalmente.

En lo correspondiente a las lesiones cometidas en --
la práctica de deportes, las realizan quienes los practican --
en el ejercicio de un derecho concedido por el Estado para --
llevar a cabo tales actividades y , salvo situaciones de im-
prudencia o dolo (en todo caso sujetos a prueba), la conduc-
ta realizada no es antijurídica. 5A

IMPEDIMENTO LEGITIMO .

La justificación por impedimento legítimo, se en --
cuentra en la fracción octava del artículo 15 la cual señala:

"VIII. Contravenir lo dispuesto en una ley penal de-
jando de hacer lo mandado, por un impedimento legítimo. "

El comportamiento de esta hipótesis, es siempre omi-
sivo, el término impedimento legítimo nos da una concepción --
muy amplia, debiendo entenderse por impedimento, la imposibi-
lidad de hacer algo y por legítimo se entiende lo auténtico ,
lo real, y no exclusivamente lo legal, por lo tanto el impedi-
mento legítimo se presenta cuando el sujeto se encuentra en --
la imposibilidad física, real, auténtica de hacer lo que man-
da la norma. Suele ejemplificarse con el caso del sujeto que
se niega a declarar, por impedírselo la ley en virtud del se-
creto profesional.

5A. Cfr., Francisco González de la Vega, Derecho Penal Mexicano
no, págs. 18 y 19, 23a. edición, Porrúa 1990.

LA OBEDIENCIA JERARQUICA .

Para algunos autores es considerada como causa de - justificación y para otros como causa de inculpabilidad.

La obediencia jerárquica, se encuentra prevista en la fracción séptima del artículo 15 del Código Penal el cual establece :

"VII. Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aun cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía. "

El profesor Bernabé Luna Ramos comenta, que quienes sostienen que es una causa de justificación, afirman que la - obediencia jerárquica se basa fundamentalmente en el hecho de que el inferior tiene la obligación de acatar la orden de su superior, y de que en esas circunstancias carece de la facultad de inspección, es decir, de discusión de la orden por lo tanto el inferior se encuentra en una de las especies del cumplimiento de un deber.

Quienes sostienen que la obediencia jerárquica es - una causa de inculpabilidad, nos dicen que la última parte de esta fracción establece que la orden no sea notoriamente constitutiva de delito, así también como que el inferior no conocía esa circunstancia, por lo tanto, no es el hecho de que el inferior tenga la obligación de obedecer al superior, sino lo importante, lo vital, es que la orden no es notoriamente constitutiva de delito, por lo tanto, el inferior se encuentra -

bajo un error de hecho esencial invencible que anula la culpabilidad, ahora bien en relación a ésta situación nuestro más alto tribunal ha sustentado el criterio jurisprudencial que - a la letra dice :

"Cuando el cumplimiento de la orden del superior legítimo implique la ejecución de actos que en forma notoria - constituya delito, la obediencia del inferior jerárquico no - exime a éste de responsabilidad penal, en razón de que aqué - lla sólo constituye la causa de justificación prevista en la ley como excluyente de responsabilidad cuando la dependencia jerárquica entre el superior que mande y el inferior que obedece sea de carácter oficial. " (S.C., tesis relacionada, - 6a. época, 2a. parte, T. V, pág. 99).

De lo anterior se deduce que, en el delito de Usurpación de Funciones Públicas únicamente admite al estado de - necesidad, como circunstancia excluyente de responsabilidad - penal, consagrada en la fracción cuarta del artículo 15 del - Código Penal para el Distrito Federal.

D. IMPUTABILIDAD e INIMPUTABILIDAD .

La imputabilidad ha sido objeto de un sin número de estudios, por lo que los tratadistas no se ponen de acuerdo, en cuanto a la naturaleza jurídica de ésta, y así encontramos diversas opiniones al respecto, hay autores que señalan que - la imputabilidad es, un presupuesto del delito; otros nos dicen que es un presupuesto de la conducta; hay quienes señalan que es un elemento de la conducta, otros más nos dicen que la imputabilidad es un elemento autónomo y esencial del delito, también hay quienes afirman que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad y por último hay quienes sostienen que es un elemento de la culpabilidad.

Como quiera que sea y donde se le ubique, lo cierto es que todos los autores coinciden en cuanto a su contenido y la definen de manera similar.

Castellanos Tena la define como, " la capacidad de entender y de cuerer en el campo del Derecho Penal. " ⁵⁹

Carrancá y Trujillo señala " Sera, pues imputable, todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones - psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente, por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conduc-

59. op - cit, pág. 218.

ta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana. " 60

De acuerdo con estas definiciones, tenemos que los elementos constitutivos de la imputabilidad son dos :

1. La capacidad legal ; y
2. La capacidad física o psíquica.

La capacidad legal, como su nombre lo indica lo determina la ley y se adquiere cuando el sujeto satisface los requisitos marcados por la ley, que de acuerdo con nuestro sistema, la capacidad legal en el campo del Derecho Penal se adquiere cuando el sujeto cumple los 18 años, pues el legislador ha considerado que a esa edad el sujeto adquiere plena madurez y está en posibilidad de saber lo que es conforme o contrario a la ley.

La capacidad física o psíquica, se adquiere normalmente con el nacimiento, y consiste en el correcto y adecuado desarrollo de las facultades mentales, esto es, se tiene capacidad física y psíquica cuando el sujeto se encuentra bien de sus facultades mentales, en estas condiciones el sujeto es imputable. Es sujeto de Derecho Penal, cuando al realizar su conducta, es mayor de 18 años y se encuentra bien de sus facultades mentales, en consecuencia podemos deducir que cuando falte alguna de estas capacidades el sujeto será inimputable, es decir, cuando el sujeto o tenga la capacidad legal o no -

tenga la capacidad física o psíquica estaremos en presencia - de un sujeto inimputable.

"La responsabilidad. La responsabilidad es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado. Son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen una anomalía psicológica que los imposibilite para entender y querer, es decir, los poseedores, al tiempo de la acción, del mínimo de salud y desarrollo psíquico exigidos por la ley del Estado; pero sólo son responsables quienes habiendo ejecutado el hecho, están obligados previa sentencia firme, a responder de él.

Existe confusión respecto a lo que en Derecho Penal debe entenderse por responsabilidad, ya que en ocasiones se toma como sinónimo de culpabilidad y suele equiparársele a la imputabilidad. " 61

Jiménez de Asúa señala, " estos tres conceptos pueden distinguirse y precisarse. La imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona; la responsabilidad resulta de la imputabilidad, puesto que es responsable el que tiene capacidad para sufrir las consecuencias del delito, si bien, en última instancia, - es una declaración que resulta del conjunto de todos los caracteres del hecho punible; la culpabilidad es un elemento característico de la infracción y de carácter normativo, puesto que no se puede hacer sufrir a un individuo las consecuencias del acto que le es imputable más que a condición de declarar-

le culpable de él. " 62

"Las acciones libres en su causa. La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho; pero en ocasiones el sujeto, antes de actuar, voluntaria o culposamente se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito. A estas acciones se les llama liberac in - causa. " 63

La imputabilidad, en el delito de Usurpación de Fun ciones Públicas, se presenta cuando al momento de realizarse la conducta el sujeto activo cuenta con los mínimos de capaci dad física y legal, es decir, es mayor de 18 años y se encuen tra en pleno uso de sus facultades mentales.

INIMPUTABILIDAD .

La inimputabilidad, es el aspecto negativo de la im putabilidad, o sea la incapacidad para entender y querer en - materia penal. Se señalan como casos de inimputabilidad :

- a) Minoría de edad ;
- b) Trastorno mental ;
- c) Desarrollo intelectual retardado ; y
- d) Miedo grave.

"a) Minoría de edad, se dice que el menor de 18 años no ha alcanzado su madurez emocional, y el legislador ha con-

62. La ley y el delito, pág. 326.

63. Castellanos Fena, op - cit ; pág.221.

siderado que esta es la edad en que adquiere dicha madurez. - Cabe advertir que no todas las opiniones son en ese sentido, pues hay quienes consideran la madurez intelectual, esto es, para determinar lo bueno y lo malo se adquiere desde los 14 a 15 años, es decir, cuando se llega a la pubertad, sin embargo hay opiniones en contrario que establecen que la madurez no se adquiere a los 18 años, ya que a ésta edad el sujeto se encuentra involucrado en una serie de indecisiones, a esa edad en realidad el sujeto no sabe ni lo que quiere, por lo tanto, debería considerarse como edad la de 21 años, el hecho es - que nuestra legislación, señala la mayoría de edad a los 18 años, aunque en algunos Estados de la República es mayor o menor esa edad. " 64

En el Distrito Federal, los menores de 18 años son inimputables, en consecuencia cuando un menor de 18 años realiza una conducta tipificada en las leyes penales como delito, se le sujeta a un estatuto propio de los menores que llevan a cabo este tipo de conducta. Dicho estatuto es la ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores en el Distrito Federal, a cuya jurisdicción se remite a los menores infractores. El Consejo Tutelar para Menores previo estudio de la personalidad, y del hecho cometido, es el que determina - las medidas tutelares a que deban someterse los menores.

La legislación y el tratamiento de los menores es eminentemente tutelar y preventiva, ya que tiende a rehabilitar al menor para incorporarlo positivamente a la sociedad y a prevenir futuras conductas infractoras.

a) Trastornos mentales. El artículo 15, fracción - segunda, del Código Penal establece como circunstancia excluyente de responsabilidad " padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastorno mental."

"Esta situación, denominada en el Código Penal excluyente de responsabilidad, maneja con mayor acierto las hipótesis tratadas por los artículo 15, fracción II, y 68 del ordenamiento citado. Antes de la reforma de 84 la fracción mencionada aludía a estados de inconciencia debidos a ingestión involuntaria de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes, toxiinfecciones o trastornos mentales patológicos y transitorios, y el artículo 6º se refería al internamiento en establecimientos especiales para locos, idiotas, imbeciles etc, ahora, gracias a la reforma señalada, se engloban en un sólo concepto, trastorno mental, las situaciones que anteriormente eran citadas por los mencionados preceptos. " 65

La ingestión de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes provoca un trastorno de las facultades mentales; igualmente, las toxiinfecciones producen ese estado. Por otra parte, es acertada la reforma al no distinguir entre -- trastorno mental transitorio y permanente. Lo importante es que en el momento de realizarse el hecho, el sujeto sufra trastorno mental.

c) Desarrollo intelectual retardado, la misma fracción II del artículo 15 del multicitado ordenamiento penal, -

65. Osorio y Nieto, César Augusto, Síntesis de Derecho Penal, págs. 63 y 64, 3a. edición, Editorial Trillas, 1990.

estatuye como excluyente de responsabilidad: "padecer el inculpado, al cometer la infracción, desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión."

"Como puede apreciarse claramente, se trata de una causa de inimputabilidad, la incapacidad para comprender o para actuar con plena comprensión, o sea incapacidad para entender y querer.

Entendemos el desarrollo intelectual retardado como una disminución de las facultades de entender, de captar cabalmente los fenómenos, de conducirse con un mínimo de inteligencia, esto es, lo consideramos una disminución de la inteligencia, disminución que debe ser tal que anule las facultades de querer y entender.

En el desarrollo intelectual retardado, puede incluirse la sordomudez, anteriormente manejada por el artículo 57 del Código Penal, que prevenía la reclusión de los sordomudos que contravenían preceptos de una ley penal en escuelas o establecimientos especiales para sordomudos.

La sordomudez, para que sea causa de inimputabilidad debe ser congénita y producir ésta un estado de incomprención, falta de entendimiento en el sujeto. El sordomudo que padece esta anomalía adquirida y que sabe leer y escribir y ha tenido un desarrollo intelectual adecuado no es un inimputable." 66

d) El miedo grave. El miedo grave intenso, anula la capacidad de conocer plenamente y de optar entre la verificación de una conducta o abstención, por lo que conforme a la fracción IV, del artículo 15 del Código Penal, " el miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor," se estima como una excluyente de responsabilidad.

El miedo es un fenómeno psicológico subjetivo capaz de producir inconciencia, reacciones imprevistas y pérdida del control de la conducta, que angendra un estado de inimputabilidad fundamentado en la alteración de las funciones psicológicas.

Como causas de inimputabilidad, en el delito de usurpación de funciones públicas puede presentarse la minoría de edad y los trastornos mentales.

E. CULPABILIDAD - INCULPABILIDAD.

Siguiendo un proceso de referencia lógica, una conducta será delictuosa no sólo cuando sea típica y antijurídica, sino a demás culpable. Este elemento esencial del delito es por excelencia el elemento subjetivo del mismo.

Jiménez de Asúa define la culpabilidad como, " el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. " 67

Villalobos señala que "la culpabilidad genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a consentirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición, en el dolo, o indirectamente, por indolencia y de atención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa." 68

En torno a la culpabilidad se han elaborado diversas teorías entre las que destacan:

- a) La teoría psicológica; y
- b) La teoría normativa.

67. La ley y el delito, pág. 352.

68. Ignacio Villalobos, op - cit, págs. 281 y 282.

a) La teoría psicológica. Para la corriente psicológica el contenido de la culpabilidad es subjetivo, esto es, lo encontramos en lo interno, en la mente del sujeto, por lo que la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual volitivo desarrollado en el autor. por tal motivo la corriente psicológica define la culpabilidad como el nexo psicológico y emocional que liga al sujeto con su acto o bien como el nexo psicológico y emocional que une al sujeto con el resultado de su acto. De acuerdo con estos conceptos y con el contenido que se le da a la culpabilidad, ésta se integra con dos elementos :

- 1) El volitivo o emocional ; y
- 2) El ético o intelectual.

El elemento volitivo o como lo llama Jiménez de Asúa emocional, consiste en la suma de querer, esto es, en querer la condición (conducta) y querer el resultado.

El elemento ético o intelectual, consiste en la capacidad de conocimiento del sujeto, es decir, la capacidad que tiene el sujeto de conocer que su conducta es contraria a derecho.

Jiménez de Asúa, no acepta ésta posición y argumenta " la imputabilidad es psicológica, pero la culpabilidad es valorativa, ya que su contenido constituye un reproche y no basta en ella lo psicológico puro. " 69

69. op - cit , págs. 354 y 355.

b) Teoría normativa. Para ésta corriente la culpabilidad tiene un carácter valorativo pues consiste en el juicio de desvalor que se hace de la conducta.

"Para la concepción normativa, la culpabilidad no consiste en una pura relación psicológica, pues ésta sólo es un punto de partida. Partiendo de un hecho psicológico concreto, deben precisarse los motivos del mismo para encajar la conducta al sujeto en la esfera del dolo o en la de la culpa una vez determinados los motivos, debe llegarse a la conclusión de si el hecho es o no reprochable, para lo cual hay que considerar, si teniendo en cuenta los motivos y la personalidad del autor, podría originarse una conducta conforme con el derecho. En definitiva la culpabilidad radica en el reproche, hecho al autor, sobre su conducta antijurídica." 70

Para esta corriente la culpabilidad se integra con dos elementos que son :

1). Una situación real, una conducta dolosa o culposa cuyo autor pudo haber evitado; y

2). Un elemento normativo, consistente en un juicio de reproche, es decir, consiste en el juicio que se le hace al sujeto para realizar si estuvo o no en posibilidad de realizar una conducta que no fuera contraria a derecho.

70. Márquez Piñero, derecho penal, pág. 241.

Entre los autores que apoyan esta corriente tenemos a Edmundo Mezger uno de sus creadores y a Jiménez de Asúa.

Señalado el concepto y contenido de la culpabilidad para cada una de estas corrientes, tenemos que conforme a ellas, es decir, para la corriente psicológica y normativa -- las formas grados o especies de la culpabilidad son:

1. El dolo;
2. La culpa; y
3. La preterintencionalidad.

La culpabilidad reviste las formas antes mencionadas, según el agente dirige su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia.

1. El dolo. Según Jiménez de Asúa el dolo existe cuando "se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiera o ratifica." 71

Por su parte Castellanos Ferrer la define como "el actuar consciente y voluntario, dirigido a la producción de un -

71. op. cit., pág. 205.

resultado típico y antijurídico. " 72

Por cuanto a los elementos del dolo éste se integra con un elemento ético y otro volitivo o emocional. El elemento ético está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber.

El volitivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto; en la violación del hecho típico.

2. la culpa. Según Quello Galón "existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley. " 73

Favón Vascoacelos, define a la culpa como aquel "resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsible o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres. " 74

Por su parte Ignacio Villalobos define a la culpa , " en términos generales se dice que una persona tiene culpa cuando obra de la manera que, por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación de

72. op - cit , pág. 239.

73. Derecho Penal, tomo I, pág. 325.

74. op - cit , pág. 411.

antijuricidad típica no querido, directamente ni consentida - por su voluntad, pero que el agente previó o pudo prever y cuya realización era evitable por el mismo. " 75

Por cuanto a los elementos de la culpa, tenemos que es necesaria la conducta humana para la existencia del delito ella constituirá el primer elemento; en segundo término que esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado; tercero los resultados del acto han de ser previsibles y evitables y tipificarse plenamente; por último, precisa una relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido.

3. La preterintencionalidad. Señala la teoría que es una combinación entre el dolo y la culpa, pues inicialmente el sujeto manifiesta su desprecio por el ordenamiento jurídico y produce un resultado mayor al querido el cual se produce por su menosprecio hacia el mismo.

Al respecto el Código Penal para el Distrito Federal establece:

"Artículo 8. Los delitos pueden ser:

- I. Intencionales;
- II. No intencionales o de imprudencia; y
- III. Preterintencionales."

75. op - cit , pág. 307.

"Artículo 9. Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley.

Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen.

Obra preterintencionalmente el que causa un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia. "

Señaladas genéricamente las formas de la culpabilidad tenemos que estas se clasifican de la siguiente manera: - dolo, culpa y preterintencionalidad dentro de las cuales tenemos :

- 1) Dolo directo;
- 2) Dolo indirecto;
- 3) Dolo eventual;
- 4) Dolo indeterminado;
- 5) Culpa con representación;
- 6) Culpa sin representación; y
- 7) Preterintencionalidad.

1) Dolo directo, se presenta cuando el sujeto quiere una conducta, quiere un resultado y por lo tanto se obtiene éste, es decir, hay voluntariedad en la conducta y querer del resultado. Según Guello Calón el dolo directo "se da cuando el resultado corresponde a la intención del agente. " 76

2) Dolo indirecto, se presenta cuando el sujeto quiere una conducta, quiere un resultado, y sabe que para obtener éste necesariamente va a obtener otros resultados no queridos pero aceptados. Según Ignacio Villalobos " hay dolo simplemente indirecto cuando el agente se propone un fin y comprende o sabe que, por el acto que realiza para lograrlo, se han de producir otros resultados antijurídicos que no son el objeto de su voluntad, pero cuyo seguro acaecimiento no le hace retroceder, por lo cual quedan admitidos por él con tal de lograr el propósito rector de su conducta. " 77

3) Dolo eventual, se presenta cuando el sujeto quiere una conducta, quiere un resultado, y para obtener éste prevé la posibilidad de que se produzcan otros resultados no queridos pero que acepta con tal de obtener aquél. Ignacio Villalobos identifica el dolo eventual con el indirecto y expresa "que existe en el agente que se propone un resultado, pero sabiendo y admitiendo la posibilidad de que se produzcan otros diversos o mayores. " 78

4) Dolo indeterminado, se presenta cuando el sujeto tiene tan sólo la intención de delinquir sin importar el resultado o el sujeto pasivo del delito, por lo que se le conoce también como dolo de resultado indeterminado o dolo de sujeto pasivo indeterminado. Villalobos al respecto establece " hay dolo indeterminado cuando el agente del delito no se propone causar un daño determinado sino sólo causar alguno para fines ulteriores. " 79

77. op - cit , pág. 303.

78. I D E M .

79. I D E M .

5) La culpa con representación o también conocida como culpa consciente, se presenta cuando el sujeto al realizar una conducta lícita, la efectúa con imprudencia o negligencia y produce un resultado típico no querido pero aceptado, resultado que es previsto desde el momento de realizar la conducta.

6) La culpa sin representación o también llamada culpa inconsciente, la cual se presenta cuando el sujeto realiza una conducta lícita que produce un resultado típico no previsible pero sí evitable.

7) La preterintencionalidad, se presenta cuando el sujeto queriendo una conducta y un resultado determinados, produce un resultado mayor del querido el cual es aceptado.

En el delito de usurpación de funciones públicas, el elemento subjetivo que es la culpabilidad puede presentar únicamente el dolo directo, mediante éste el sujeto quiere una conducta, quiere un resultado, es decir, hay voluntariedad en la conducta y querer del resultado.

INCULPABILIDAD .

Las causas de inculpabilidad se presentan cuando falta alguno de los elementos constitutivos de la culpabilidad, esto es, cuando falte el elemento volitivo o emocional o cuando falta el elemento ético, esto de acuerdo con la corriente psicológica; y en cuanto a la corriente normativa,

cuando la falta de situación real o dolosa o culposa o cuando falta el juicio de reproche, la ausencia de cualquiera de éstos elementos, trae consigo las causas de inculpabilidad las cuales son:

- a) El error de hecho esencial e invencible;
- b) La no exigibilidad de otra conducta;
- c) Las eximentes putativas;
- d) El caso fortuito; y
- e) Para algunos autores la obediencia jerárquica.

a) El error de hecho esencial e invencible, consiste en la falsa apreciación que tiene el sujeto de la realidad y que le obliga a actuar produciendo un resultado típico. Castellanos Tena señala " el error es un vicio psicológico - consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognosciente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad . El error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto; se conoce equivocadamente. " ⁸⁰

Cabe aclarar que el error en que debe encontrarse - el sujeto, debe ser, en cuanto a la esencia o núcleo de la conducta, pues sólo de esta manera podrá constituirse en causa de inculpabilidad, pues si el error versa sobre los accidentes o aspectos accesorios de la conducta entonces no será causa de inculpabilidad, sino tan sólo un atenuante de ésta, y estaremos en presencia del error accidental y vencible.

"El error se divide en error de hecho y de derecho. El de hecho se clasifica en esencial y accidental; el acciden

80. op - cit , pág. 259.

tal abarca: aberratio ictus (error en el golpe), aberratio in persona (error en la persona) y aberratio delicti (error en el delito). " 81

Error en la persona, en éste caso el sujeto confunde a un sujeto, con el posible sujeto pasivo y sobre aquél desarrolla la conducta en donde evidentemente no quiere causarle daño alguno a éste.

El error en el objeto o también llamado error en el golpe, se presenta cuando el sujeto activo del delito, dirige mal su conducta, o su comportamiento motivando con ello que ésta recaiga en un objeto material distinto a aquél a quien iba dirigido.

El error en el delito, se presenta cuando queriendo cometer un delito determinado en realidad se comete otro.

El error, para que sea causa de inculpabilidad tiene que ser esencial, pero además tiene que ser invencible, es to es, que cualquier sujeto que se encuentre en igualdad de circunstancias, actuaría de idéntica forma, pues de no ser así debe considerarse el error como vencible.

b) La no exigibilidad de otra conducta, " se refiere a la realización de una conducta que se amolda a un tipo legal pero que debido a excepcionales y especialísimas circunstancias que rodean a tal conducta, se reputa excusable esa forma de conducta. " 82

81. Castellanos Tena, op - cit , pág. 259.

82. Osorio y Nieto, op - cit , pág. 70.

El profesor Bernabé Luna establece, al presentarse cuando habiendo varios bienes en peligro y ante la imposibilidad de salvar todos ellos se opta por sacrificar los de menor jerarquía. En torno a esta causa de inculpabilidad, hay quienes la confunden con el estado de necesidad, que es causa de justificación y nos dicen que la no exigibilidad de otra conducta, no es otra cosa más que un estado de necesidad inculpable.

Continuando diciendo, otro grupo de doctrinarios nos dicen que la diferencia entre el estado de necesidad y la no exigibilidad de otra conducta, está en que el estado de necesidad se debe sacrificar el bien de menor jerarquía, y en la no exigibilidad de otra conducta los bienes son de igual jerarquía por lo tanto cualquiera de ellos se puede sacrificar.

Pero la realidad es que la diferencia la encontramos no en la jerarquía de bienes sino en la situación de peligro.

En el estado de necesidad, un bien se encuentra en peligro, para salvar este bien o estos bienes en peligro se va a sacrificar otro bien ajeno a la situación de peligro el cual puede ser de igual o menor jerarquía.

En cambio la no exigibilidad de otra conducta, son varios bienes que están en peligro y para salvar uno o varios de estos bienes se opta por sacrificar uno o varios de ellos de igual o menor jerarquía para los demás.

c) Las eximentes putativas, éstas tienen su fundamento en el error por lo tanto es una falsa apreciación que se tiene de la realidad, que obliga al sujeto a actuar creyendo

do que se encuentra amparado por una causa de justificación , de ahí que haya tantas eximentes putativas como causas de justificación y así tenemos: la legítima defensa putativa, el estado de necesidad putativo, el ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber putativos, etc.

d) El caso fortuito, se presenta cuando el sujeto - realiza una conducta lícita que produce un resultado típico , el cual no es previsible ni evitable.

e) La obediencia jerárquica, con respecto a la misma ya quedo determinado cuando se hizo referencia a las causas de justificación.

Como causas de inculpabilidad, en el delito de Usurpación de Funciones Públicas, únicamente se presenta el estado de necesidad.

P. PUNIBILIDAD - EXCUSAS ABSOLUTORIAS .

La punibilidad para algunos doctrinarios es considerada como elemento esencial del delito, y para otros la gran mayoría es una consecuencia del delito.

Pavón Vasconcelos define la punibilidad como, " la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social. " ⁸³

Tomando en consideración la definición antes señalada entendemos por punibilidad la amenaza que existe por parte del Estado de imponer dentro de un mínimo y un máximo una sanción a quién viole el deber jurídico implícito en la norma.

El artículo 24 del Código Penal referente a las penas y medidas de seguridad establece:

"Art. 24.- Las penas y medidas de seguridad son :

1. Prisión.
2. Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad.
3. Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de con

83. op cit, pág. 453.

sumir estupefacientes o psicotropicos.

4. Confinamiento.
5. Prohibición de ir a lugar determinado.
6. Sanción pecuniaria.
7. (Derogado)
8. Decomiso de instrumentos, objetos y productos

del delito.

9. Amonestación.
10. Apercibimiento.
11. Caución de no ofender.
12. Suspensión o privación de derechos.
13. Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.
14. Publicación especial de sentencia.
15. Vigilancia de la autoridad.
16. Suspensión o disolución de sociedades.
17. Medidas tutelares para menores.
18. Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito.

En cuanto a la punibilidad siendo ésta la sanción o castigo que se le impone al delincuente, y tomando en consideración el transcrito artículo 24 del Código Penal en donde se establecen las distintas penas y medidas de seguridad, es de hacerse notar que las penas principales, por aparecer en la mayoría de los delitos son en síntesis :

1. La pena de prisión; y
2. La sanción pecuniaria.

La pena de prisión, consiste en la privación de la libertad de una persona recluyéndola en un centro de readaptación social y que puede ser de una duración de tres días a 50 años.

La punibilidad en el delito de Usurpación de Funciones Públicas, se encuentra señalada en el artículo 250 del Código Penal, el cual establece una sanción de prisión de un mes a cinco años y multa de diez a diez mil pesos.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS .

Las excusas absolutorias constituyen el aspecto negativo de la punibilidad.

Castellanos Tena al respecto nos dice que son "aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena." 84

El profesor Bernabé Luna Ramos por su parte establece consiste en la remisión expresa por parte de la ley, de imponer una sanción a quien realice determinada conducta, dejando subsistente el carácter de delito.

De acuerdo con las definiciones antes señaladas, la excusa absolutoria consiste en el perdón expreso por parte de la ley, y este perdón lo otorga por determinadas razones como pueden ser: por política criminal; por razones de interés preponderante; o bien por mínima temibilidad.

El legislador establece diversas excusas absolutorias en la ley, encontrándolas entre otras en los siguientes casos: por razones de política criminal, en el aborto cuando el embarazo es producto de una violación; en cuanto al interés preponderante se puede señalar el aborto terapéutico; y en cuanto a la mínima temibilidad, el aborto por imprudencia de la mujer embarazada, también cabe el robo, de mínima temibilidad, que se presenta cuando el sujeto activo se apodera

84. op - cit , pág. 278.

de objetos cuyo valor no exceda de diez veces el salario mí
mo y lo devuelva antes de que tome conocimiento la autoridad.

En el delito de Usurpación de Funciones Públicas, -
las excusas absolutorias de acuerdo con la legislación del -
Distrito Federal no existen.

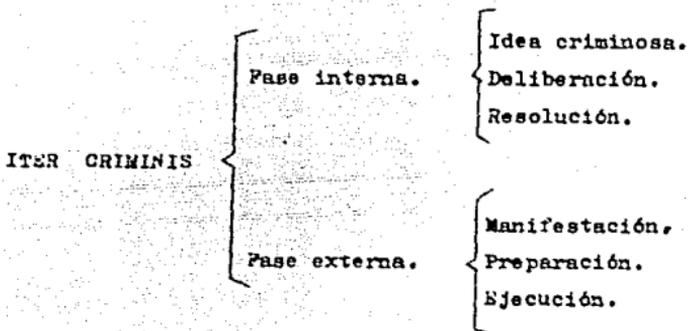
CAPITULO IV.

A. EL ITER CRIMINIS.

El delito se desplaza a lo largo del tiempo, desde que apunta como idea o tentación en la mente, hasta su terminación ; recorre un sendero o ruta desde su iniciación hasta su total agotamiento, es decir, desde que en la mente del activo surge la idea criminal hasta que agota su conducta delictiva. A éste proceso se le llama iter criminis, es decir, camino del crimen. Este trayecto es propio de los delitos intencionales o dolosos, los delitos imprudenciales o culposos no pasan por éste trayecto, " se caracterizan porque en ellos la voluntad no se dirige a la producción del hecho típico penal, sino solamente a la realización de la conducta inicial . la vida del delito culposo surge cuando el sujeto descuida , en su actuación, las cautelas o precauciones que debe poner en juego para evitar la alteración o la lesión del orden jurídico. En consecuencia, el delito culposo comienza a vivir con la ejecución misma, pero no puede quedar en el grado de tentativa, por requerir ésta de la realización de actos voluntariamente encaminados al delito. " ¹

1. Castellanos Tena, op - cit , pág. 283.

"FASES DEL ITER CRIMINIS. El iter criminis tiene - dos fases: la interna, que se refiere a los procesos mentales y subjetivos del agente del delito, y la externa, que comprende de las manifestaciones perceptibles por los sentidos del delito. " 2



" 1. FASE INTERNA .

La fase interna abarca tres etapas o períodos: idea criminosa o ideación, deliberación y resolución.

Idea criminosa o ideación. En la mente humana aparece la tentación de delinquir, que puede ser acogida o desairada por el sujeto. Si el agente le da albergue, permanece como idea fija en su mente y de ahí puede surgir la deliberación.

Deliberación. Consiste en la meditación sobre la idea criminosa en una ponderación entre el pro y el contra. - Si la idea resulta rechazada, es anulada en la mente misma, -

pero puede ocurrir que salga triunfante. En la deliberación - hay una lucha entre la idea criminosa y las fuerzas morales, religiosas y sociales inhibitorias.

Resolución. A ésta etapa corresponde la intención y voluntad de delinquir. El sujeto, después de pensar lo que - va hacer, decide llevar a la práctica su deseo de cometer el delito; pero su voluntad, aunque firme, no ha salido al exterior, sólo existe como propósito en la mente. " 3

" 2. FASE EXTERNA .

Comprende desde el instante en que el delito se hace manifiesto y termina con la consumación. La fase externa - se integra también de tres momentos que són: manifestación, - preparación y ejecución.

Manifestación. La idea criminosa aflora al exterior, surge ya en el mundo de relación, pero simplemente como idea o pensamiento exteriorizado, antes existente sólo en la mente del sujeto. " 4

La manifestación de ideas no es incriminable. "Sólo es incriminable la manifestación del propósito en un caso especial: cuando se da a entender que se realizará el propósito en daño de alguien, pues esto integra un tipo legal de delito denominado amenazas. " 5

3. Castellanos Tena, op - cit , pág. 284.

4. I B I D E M . pág. 285.

5. Carranca y Trujillo, op - cit , pág. 662.

Preparación. La preparación consiste en la manifestación externa del propósito criminal por medio de actos materiales adecuados. Dice Jiménez de Asúa " los actos preparatorios son aquellos que no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero que se refieren a este delito en la intención del agente, que tiende así a preparar su ejecución. " 6

"Sebastian Soler los define como aquellas actividades por sí mismas insuficientes para mostrar su vinculación con el propósito de ejecutar un delito determinado y para poner en peligro efectivo un bien jurídico dado. " 7

Los actos preparatorios se caracterizan por ser de naturaleza inocente en sí mismos y pueden realizarse con fines lícitos o delictivos; no revelan de manera evidente el propósito, de decisión de delinquir. Por su parte Cuello Calón manifiesta que, " en el acto preparatorio no hay todavía un principio de violación de la norma penal, en el delito preparado es un delito en potencia, todavía no real y efectivo. " 8

En su mayoría los tratadistas tienen un pensamiento casi unánime en el sentido de la no punición de dichos actos. A un cuando nuestro Código Penal por excepción, sanciona algunos que por sí mismos agotan el tipo delictivo, más no significa que al erigirlos la ley en delitos, permanezcan como actos preparatorios, habida cuenta de que los comportamientos colman los tipos correspondientes, pero intrínsecamente poseen la naturaleza de verdaderos actos preparatorios; a ma-

6. La ley y el delito, pág. 471.

7. Castellanos Tena, op - cit, pág. 286.

8. Cit. por Castellanos Tena, op -cit , pág. 286.

nera de ejemplo el artículo 256 del Código Penal establece :

" Art. 256 A los mendigos a quienes se aprehenda con un disfraz o con armas, ganchales o cualquier otro instrumento - que dé motivo para sospechar que tratan de cometer un delito , se les aplicará una sanción de tres días a seis meses de prisión y quedarán sujetos durante el tiempo que el juez estime pertinente a la vigilancia. "

Este precepto, " sea dicho de paso, además de anacrónico, rompe con el principio de igualdad, porque los potentes portadores de los instrumentos señalados, jamás pueden cometer el delito de referencia. " ⁹

Ejecución . Es el momento en el cual el sujeto activo agota su conducta para la realización del tipo, la fase dentro de la cual el sujeto lleva a cabo todos los actos que supone necesarios para realizar la conducta delictiva, idea, delibera, resuelta, manifestada y preparada, el momento pleno de ejecución del delito puede ofrecer dos diversos aspectos: consumación y tentativa.

A manera de conclusión, mencionaremos que el delito a estudio la Usurpación de Funciones Públicas es un ilícito - el cual recorre el iter criminis o camino del delito, toda vez que para que éste se configure es necesario cubrirlo en sus dos fases, conocidas como fase interna y fase externa, - además de sus tres etapas que dentro de cada una se dan, ya

9. Castellanos Tena, op - cit , pág. 287.

que de no darse alguna de éstas dicho delito no se configura.
De aquí la importancia del estudio de dicha figura jurídica.

B. FORMAS DE PRESENTARSE EL DELITO.

1. CONSUMACION .

"Delito consumado es la acción que reúne todos los elementos, genéricos y específicos, que integran el tipo legal." ¹⁰

Por su parte Jiménez de Asúa al respecto considera, " Cuando el delito objetivamente se perfecciona, cuando el delincuente realizó la lesión jurídica que resolvió ejecutar su voluntad." ¹¹ El mismo autor continua diciendo, " No podemos averiguar cuándo un delito está consumado, sin acudir al tipo, que tanta importancia presenta en todo el dominio de la dogmática penal. En la definición de cada una de las infracciones se describe el delito consumado, y el momento de la consumación se verifica cuando el tipo legal encarna en la vida." ¹²

"Para Kertiol, la consumación del delito supone, - el hecho realizado por el autor, todos los requisitos señalados en la tipicidad abstracta, la que precisa una coincidencia perfecta entre ésta y la tipicidad concreta, a la cual - se suma la lesión del bien jurídico." ¹³

10. Carrancá y Trujillo, op - cit , pág. 669.

11. La ley y el delito, pág. 492.

12. I B I D E M , pág. 493.

13. Cit. por Favón Vasconcelos, Breve ensayo sobre la tentativa, pág. 19 , 4a. edición, Forría 1989.

A manera de síntesis, según la apreciación de Be-ttiol, se considera delito consumado cuando en concreto se - han realizado todos los elementos constitutivos y se ha veri-ficado la lesión, efectiva o potencial del interés protegido.

En este orden de ideas, el delito se consuma cuando, produciéndose el resultado o agotándose la conducta, se verifica la lesión de un bien jurídico protegido, o dicho en otros términos, hay consumación en tanto el hecho querido se produce mediante la integración de todos los elementos gené-ricos y específicos que integran un tipo legal determinado.

En nuestro derecho no se define el delito consuma-do, lo que es lógico, pues cuando la acción causa el resulta-do el delito es consumado, es decir, al reunirse los elemen-tos constitutivos establecidos por el tipo penal.

JURISPRUDENCIA .

"Consistiendo la consumación del delito en el hecho material de que sus condiciones externas estén reunidas, no puede confundirse con el delito agotado en el que, aparte la consumación, se exige que el delincuente subjetivamente haya obtenido las finalidades que se procuró al concebir el deli-to." (A. J., T. XIV, pág. 219).

En la usurpación de funciones públicas, tenemos - que la consumación se presenta cuando el sujeto activo, que en este caso es un particular, persona carente del carácter de funcionario o empleado público, se atribuye tal carácter

y en tal virtud ejercer alguna función propia del cargo que se finge desempeñar.

2. T E N T A T I V A .

Para la realización del estudio del presente tema consideramos oportuno dar un pequeño bosquejo histórico, de como se ha manejado dicha figura jurídica dentro de nuestros códigos.

El Código de 1871, conocido como Código de Martí - nez de Castro, pretendiendo la creación de un verdadero sistema, distinguió en el capítulo II, del Título Primero, correspondiente al libro primero, cuatro grados de delito intencional:

I, el conato; II, el delito intentado; III, el delito frustrado, y IV, el delito consumado.

El artículo 19 llamó conato a la tentativa inacabada y la definió como la ejecución de uno o más hechos encaminados directa e inmediatamente a la consumación, pero sin llegar al acto que la constituye, mientras el artículo 20 estableció, su punibilidad únicamente cuando no se llega al acto de consumación por causas independientes de la voluntad del agente. Se exigio además para la aplicación de la sanción al responsable de conato: a) que los actos ejecutados den a conocer por sí solos o acompañados de algunos indicios, cuál era el delito que el reo tenía la intención de perpetrar, y b), que la pena se imponerse por él, si se hubiere --

consumado, no baje de quince días de arresto a quince pesos de multa.

El artículo 25 declaró delito intentado al imposible o sea a la tentativa acabada como el que llega hasta el último acto en que debía realizarse la consumación. si ésta no se verifica por tratarse de un delito irrealizable por ser imposible, o por ser evidentemente inadecuados los medios empleados.

El artículo 26 se refirió al delito frustrado como el que llega hasta el último acto en que debía verificarse la consumación si ésta no se realiza por causas extrañas a la voluntad del agente, diversas a las señaladas en el artículo anterior.

Carrancá y Trujillo menciona, " el código penal de 1871 tuvo el acierto de haber creado un grado intermedio entre la tentativa inacabada y la acabada: el delito intentado; y de haber incluido en el nuevo grado el delito imposible como revelador de la temibilidad del mismo sujeto, llamando a ese grado con una denominación que lo hizo constituir una especie más de la tentativa: la que podría llamarse tentativa imposible, notable creación del legislador de 1871. " ¹⁴

Favón Vasconcelos comenta " si bien resulta critica-
ble la extensión dada al delito imposible en el artículo 25,
merece elogios la distinción entre conato y frustración, así
como la determinación legal de excluir de sanción a los actos
preparatorios, los cuales según mandato del artículo 24, so-

14. op - cit , pág. 655.

lamente serían punibles cuando por sí mismos constituyeran - un delito concreto con pena expresa señalada en la ley, salvo los casos en que ésta dispusiera lo contrario, continua - diciendo el mismo autor, la exigencia de la ley, subordinando la punición del conato a la naturaleza unívoca de los actos por cuanto estos dan a conocer por sí solos o acompañados de algunos indicios cuál era el delito que el reo tenía la intención de perpetrar, resulta de manifiesta utilidad si se tiene presente el concepto mismo del conato, pues dentro de la imprecisa definición del artículo 19 podrían perfectamente haber tanto los actos preparatorios como los ejecutivos del delito. La exclusión de la pena para los actos preparatorios y la exigencia de la dirección de los actos vino a delimitar plenamente la naturaleza del conato. " 15

Por su parte el Código Penal de 1929, conocido como Código de Almaraz distinguió, en los delitos intencionales: I, el delito consumado, y II, la tentativa o conato.

El artículo 22 estableció que la tentativa es punible cuando el agente inicia exteriormente la ejecución del hecho delictuoso directamente por actos idóneos y no practicados los esenciales de ejecución que debían producir el delito, por causa o condición que no sea su propio y espontáneo desistimiento.

"El articulado del capítulo II, del Título Primero, del libro primero del código, superó indiscutiblemente a su antecesor al formular el concepto de conato o tentativa ina-

15. op - cit , pág. 145.

cabada, refiriéndose al principio de ejecución, en cuanto ha ce concreta relación a la iniciación exterior de la ejecución del hecho delictuoso, directamente por actos idóneos. - No obstante, restringió la noción de la tentativa a una de sus formas, la del conato, al exigir la interrupción del proceso ejecutivo por causa o condición diversa al propio y espontáneo desistimiento y no practica todos los esenciales de ejecución, con lo cual dejó de considerar, contrariamente a la intención de sus autores, el delito frustrado o tentativa acabada, pues la noción de ésta de manera alguna puede comprenderse en el conato y menos aún en el delito consumado.¹⁶

"La propia noción legal sobre la tentativa punible, en el Código de 1929, excluye el delito imposible por idoneidad total, ya por ineficacia de los medios o por la inexistencia del objeto. " 17

Carrancá y Trujillo al respecto nos dice: " el código penal englobó el conato, el delito intentado y el delito frustrado del Código Penal de 1871 en la fórmula de la tentativa: en primer término porque la comisión redactora no encontro fórmulas o definiciones precisas para cada uno de estos grados, y en segundo para dejar al juez en aptitud de graduar en cada caso las diversas fases del delito, con la tendencia general a disminuir el casuismo (Ceniceros y Garrido). " 18

Para la realización del análisis de la tentativa dentro del Código Penal vigente, consideramos oportuno prim

16. Pavón Vasconcelos, op - cit , pág. 144.

17. I B I D E M , pág. 146.

18. op - cit, pág. 665.

ramente dar un concepto, para posteriormente estudiar las diversas formas de tentativa y por último el análisis de los artículos que la comprenden dentro del Código Penal de 1931.

Comenzaremos mencionando que la tentativa difiere de los actos preparatorios; en éstos no hay todavía hechos materiales que penetren en el núcleo del tipo del delito; tales actos materiales lo mismo pueden ser lícitos o ilícitos; en cambio, en la tentativa existe ya un principio de ejecución y por lo tanto, la penetración en el núcleo del tipo. Según Castellanos Tena " penetrar en el núcleo del tipo consiste en ejecutar algo en relación con el verbo principal del tipo del delito del que se trate.

Por lo que define la tentativa como, los actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la realización de un delito si éste no se presenta por causas ajenas al querer del sujeto. " 19

Jiménez de Asúa la describe como " la ejecución in completa de un delito. " 20

Tomando en consideración las definiciones antes mencionadas, considero adecuada la expresada por Castellanos Tena, por lo que la tentativa se presenta cuando el sujeto activo habiendo realizado todos o algunos de los actos materiales encaminados a producir un resultado éste no se presenta por causas ajenas a su voluntad.

19. op - cit , pág. 287.

20. op - cit , pág. 474.

El estudio de la tentativa, nos lleva a considerar que hay punibles y no punibles.

El fundamento de la punibilidad en la tentativa es el principio de efectiva violación de la norma penal, al poner en peligro intereses jurídicamente tutelados, se menciona que es de equidad sancionar la tentativa en forma menos - enérgica que el delito consumado, pues mientras en la consumación, además de la violación de la norma penal se lesiona un bien protegido por el Derecho, en la tentativa, si bien - igualmente se infringe la norma, sólo se ponen en peligro - esos bienes.

Dentro de la tentativa punible tenemos: la tentativa acabada y la tentativa inacabada.

2. 1. TENTATIVA ACABADA .

Se habla de tentativa acabada o delito frustrado, cuando el sujeto realiza todos y cada uno de los actos materiales y medios adecuados encaminados a la producción de un resultado el cual no se presenta por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo.

2. 2. TENTATIVA INACABADA .

Entendemos por tentativa inacabada o delito intentado, cuando se verifican los actos tendientes a la producción de un resultado, pero por causas extrañas, el sujeto - omite alguno o (varios) encaminados a la producción del resultado, el cual no se presenta por causas ajenas a su voluntad.

Señalamos que si el sujeto activo suspende voluntariamente la ejecución de uno o varios de los actos, hay imposibilidad de punición.

Según el artículo 12 del Código Penal en su primer párrafo señala "Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. " De tal manera, que si el resultado no se consuma por causas dependientes de la voluntad, habrá impunidad. En éste orden de ideas la tentativa inacabada sólo es punible cuando el acto indispensable para la consumación plena del delito se omite por causas ajenas al querer del sujeto.

Reiteramos que dentro de la tentativa inacabada se presenta la tentativa no punible, cuando se presenta el desistimiento o arrepentimiento en donde el sujeto no obstante haber realizado algunos actos materiales encaminados a la producción de un resultado, éste no se presenta por causas propias del sujeto, esto es, que en éste momento abandona su idea criminal y el resultado no se presenta por propia voluntad.

"Si en la especie tentativa inacabada o delito intentado cabe el desistimiento, en la acabada o delito frustrado no es posible y tan sólo podrá hablarse de arrepentimiento activo o eficaz; no es dable desistir de lo ya ejecutado, más como el resultado no se produce por causas derivadas de la voluntad del agente, tampoco hay punición. Ahora con la reforma al precepto, de modo expreso se indica que si

el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide - la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de - seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar lo que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos. " 21

Francisco Favón Vasconcelos señala el desistimiento " es la interrupción de la actividad ejecutiva realizada por el autor, como expresión de su libre voluntad de abandonar el designio criminal propuesto e iniciado. " 22

Para el mismo autor el arrepentimiento eficaz "es la actividad voluntaria, realizada por el autor, para impedir la consumación del delito, una vez agotado el proceso -- ejecutivo capaz, por sí mismo, de lograr dicho resultado." 23

Edmundo Mezger, al referirse a la distinción entre tentativa acabada e inacabada aclara, " que la misma no se refiere al resultado del acto sino al término de la actividad desplegada. En la tentativa inacabada el sujeto no ha -- realizado todos los actos queridos de su parte para la consumación del delito, en tanto en la acabada sí se han verificado todos los actos, sin que en ambas el resultado se haya producido a virtud de causas ajenas a su voluntad. Para el propio autor y respecto de la delimitación entre ambas tentativas - es la resolución del agente, la base determinante, pues sólo en el sentido subjetivo del autor mismo puede llegarse al co

21. Castellanos Tena, op - cit , pág. 290.

22. Breve ensayo sobre la tentativa, pág. 101.

23. I B I D E M , pág. 121.

nocimiento de si se ha o no verificado todo lo de su parte ne cesario a la consumación del delito. " 24

El Código Penal de 1931 en su capítulo segundo, referente a la tentativa menciona en su artículo :

"Art. 12. Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito, se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

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

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, - sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos. "

A manera de comentario diremos que el Código Penal no define lo que es la tentativa sino que únicamente nos menciona cuándo es punible, con relación a su primer párrafo - además de lo ya antes mencionado, tenemos en primer lugar - que los actos an de ser unívocos y que por medio de ellos -- habrá un comienzo de ejecución. En segundo lugar dentro de -

24. Derecho Penal, pág. 292, 6a. edición, Cardenas Editor y Distribuidor, México 1985.

la amplia fórmula transcrita encontramos que caben las siguientes tentativas punibles; la inacabada, el delito imposible y la tentativa acabada.

Sigue diciendo el artículo citado en su segundo párrafo: "para imponer la pena de tentativa los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiera llegado en la ejecución del delito;" lo que corrobora lo anterior, pues señala que el legislador admite que la tentativa punible puede presentar diversos grados y no sólo el de tentativa inacabada.

Por su parte el artículo 63 del Código Penal menciona:

"Art.63 A los responsables de tentativas punibles, - se les aplicará a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 52 y 59, hasta las dos terceras partes de la sanción que se les debiera imponer de haberse consumado el delito, salvo disposición en contrario."

En nuestro código se consigna en el citado artículo 63 la regla de punición de la tentativa, estableciendo como sanción hasta las dos terceras partes de la que se debería imponer de haberse consumado el delito salvo disposición en contrario. El citado precepto, siguiendo la tendencia general -- adoptada por el artículo 51, en su primera parte, otorga al Juez arbitrio para fijar las sanciones a los responsables de tentativas punibles, atendiéndose a las circunstancias objetivas de comisión y a las objetivas propias del autor (teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente). Ello nos lleva apreciar que en

nuestro código priva según mandamiento consignado en el párrafo segundo del artículo 12, el más amplio arbitrio para individualizar las penas aplicables a los casos de tentativas punibles condicionándolo a la temibilidad del autor y al grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito, ello subordinado, claro está, a la regla consignada en el segundo párrafo del mencionado artículo 51.

"Muy debatida ha resultado en la práctica la interpretación del alcance del artículo 63, pues algunos tribunales han sostenido, con base en el texto legal, que las penas mínimas y máxima aplicables en los casos de tentativas, son precisamente las dos terceras partes de las correspondientes al delito si éste se hubiera consumado, tomando como apoyo las previstas específicamente en el tipo incriminado.

Otro criterio interpretativo precisa el mínimo aplicable en las dos terceras partes de la pena mínima señalada en la norma incriminadora y el máximo en las dos terceras partes de aquella que el juzgador, tomando en cuenta circunstancias objetivas del hecho y las personales del delincuente considera sería la aplicable si el delito se hubiera consumado.

Un tercer criterio que parecía aceptable antes de la reforma al artículo 51 del Código Penal y que adicionó a éste con un segundo párrafo, partía de la consideración de que, no estando precisado en el artículo 63 el mínimo de la pena aplicable, por tal debía entenderse la señalada en el artículo 25 del Código (sera de tres días a cincuenta años...) siendo la máxima la correspondiente a las dos terceras partes

de la que como externa señala el tipo incriminador al delito consumado. " 25

JURISPRUDENCIA .

TENTATIVA, AMBITO DE LA (LEGISLACION PENAL FEDERAL). "Una adecuada interpretación lógica del artículo 63 del Código Penal Federal, el cual dispone que para sancionar a los responsables de tentativas punibles se les aplicará, a juicio del juez... hasta las dos terceras partes de la sanción que se les debiera imponer de haberse consumado el delito... permite establecer que, no señalándose en tal precepto el mínimo aplicable, sino sólo el máximo de la misma debe entenderse que para tal efecto se aplicará lo dispuesto por el artículo 25 del propio ordenamiento, o sea, que el mínimo de la pena de prisión es de tres días, y el máximo, las dos terceras partes de la que se debiera imponer de haberse consumado el delito." (S.C., Amparo 9/8/78, pág. 44 y 45, segunda parte).

Dentro del delito a estudio la Usurpación de Funciones Públicas en opinión de Carrancá y Trujillo no es posible jurídicamente la tentativa, ya que conforme al texto del precepto, comentado, la tentativa consiste en la ejecución de hechos. Como se trata de la ejecución incompleta de un delito, se requiere inexcusablemente que el activo realice un comienzo de ejecución. Por lo que sólo cabe la tentativa en los delitos ejecutables mediante actos no en los que sólo admiten -

la omisión como única forma de ejecución, ya se trate de simple omisión o de delito imprudencial.

JURISPRUDENCIA.

"El delito a que se refiere la Fr. I del art. 250 c. p. requiere que además de atribuirse al sujeto activo el carácter de funcionario público ejerza las funciones de tal; y si el quejoso ostentándose como inspector de la Secretaría de Hacienda y so pretexto de la existencia de infracciones inexistentes y no verificadas por él exige una cantidad de dinero, resulta que aun cuando hubo la ostentación de un carácter que no se tiene no hubo el ejercicio de la función, pues es obvio que la existencia de dinero no está dentro de la esfera de las funciones de un inspector." (Amp. directo 7671/63, Inf. 1965, págs. 68 - 69).

3. DELITO IMPOSIBLE .

Dentro de la tentativa punible, encontramos el delito imposible, el cual se presenta cuando por falta de objeto material o de bien jurídico protegido, no es posible llevar a cabo la producción del resultado.

JURISPRUDENCIA .

"La tentativa es punible aun cuando se trate de un delito de imposible realización." (A. J., T. VI, pág. 283) .

Debemos tomar en consideración el no confundir la tentativa acabada con la tentativa del delito imposible, en ésta tampoco se produce el resultado y no surge por causas aje-

nas a la voluntad del agente sino por ser imposible. En el delito imposible, no se realiza la infracción de la norma por imposibilidad material, por inidoneidad de los medios empleados o por inexistencia del objeto del delito.

"El delito imposible ha sido considerado, por tanto como la tentativa incapaz de realizar el resultado típico, en virtud de la inidoneidad de los medios empleados o por falta de inidoneidad en el objeto contra el cual se han dirigido los actos. " 26

La doctrina con relación al medio empleado, ha distinguido entre inidoneidad absoluta y relativa. Es absoluta - por ejemplo cuando se emplean sustancias no tóxicas para producir la muerte por envenenamiento; es relativa, cuando se emplean sustancias tóxicas en cantidades insuficientes.

"Manzini estima inidóneo un medio en los casos en los cuales, aun estando el mismo dirigido unívocamente a la consumación de determinado delito, resulta en concreto no sólo con él imposible la obtención de la finalidad delictuosa, sino que el propio medio constituye un obstáculo natural a la actuación eficaz de la voluntad del autor. " 27

Se ha afirmado por la doctrina penalística, la imposibilidad, por ausencia de idoneidad en el objeto, cuando falta éste o el sujeto pasivo sobre el cual está encaminada la actividad criminal.

26. Favón Vasconcelos, op - cit , pág. 129.

27. I B I D E M , pág. 130.

nas a la voluntad del agente sino por ser imposible. En el delito imposible, no se realiza la infracción de la norma por imposibilidad material, por inidoneidad de los medios empleados o por inexistencia del objeto del delito.

"El delito imposible ha sido considerado, por tanto como la tentativa incapaz de realizar el resultado típico, en virtud de la inidoneidad de los medios empleados o por falta de idoneidad en el objeto contra el cual se han dirigido los actos. " 26

La doctrina con relación al medio empleado, ha distinguido entre inidoneidad absoluta y relativa. Es absoluta - por ejemplo cuando se emplean sustancias no tóxicas para producir la muerte por envenenamiento; es relativa, cuando se emplean sustancias tóxicas en cantidades insuficientes.

"Manzini estima inidóneo un medio en los casos en los cuales, aun estando el mismo dirigido unívocamente a la consumación de determinado delito, resulta en concreto no sólo con él imposible la obtención de la finalidad delictuosa, sino que el propio medio constituye un obstáculo natural a la actuación eficaz de la voluntad del autor. " 27

Se ha afirmado por la doctrina penalística, la imposibilidad, por ausencia de idoneidad en el objeto, cuando falta éste o el sujeto pasivo sobre el cual está encaminada la actividad criminal.

26. Favón Vasconcelos, op - cit , pág. 129.

27. I B I D E M , pág. 130.

Por su parte Ramón Palacios, señala, " sin el objeto al cual se encamina la acción lesiva, ésta se pierde en el vacío; no daña ni pone en peligro ningún bien jurídico careciendo por ello de antijuridicidad. " 28

Por cuanto a la inidoneidad en el objeto, tenemos - que puede ser absoluta, cuando por ejemplo se realizan actos de ejecución sobre un cadáver, creyendo que era sobre una persona con vida; y relativa, cuando se realizan actos de ejecución de homicidio disparando el arma al lecho donde se cree inexactamente que duerme el ofendido.

En síntesis, la ausencia del objeto material, a veces identificable con el sujeto pasivo, a cuya lesión está dirigida la acción, hace imposible el delito aun supuesta su idoneidad, por no darse la tipicidad en la propia acción.

"Tampoco debe confundirse el delito putativo o imaginario con el imposible. En el putativo no hay infracción a la ley Penal por imposibilidad jurídica, ya que la norma no existe. En el imposible, por imposibilidad material. En éste el acto (en otras condiciones) sería intrínsecamente delictuoso. En el putativo no existe delictuosidad intrínseca sino imaginaria : el sujeto cree, erróneamente, que su conducta es punible sin serlo legalmente. El delito putativo -- como no es delito -- no puede sancionarse en grado de tentativa ni de supuesta consumación. " 29

28. Cit. por Favón Vasconcelos, op - cit , pág. 129.

29. Castellanos Tena, op cit , pág. 291.

C. CONCURSO DE DELITOS .

En el estudio del delito sabemos que normalmente, - con la realización de una conducta se produce un resultado, - pero nos encontramos que en ocasiones con varias conductas se producen varios resultados o con una conducta se producen normalmente varios resultados y es entonces que se presenta el - concurso de delitos.

"El concurso, como se verá enseguida, puede ser ideal o formal y real o material, según se trate de conducta singular y pluralidad de resultados o pluralidad de conductas y de resultados, o bien como dicen algunos tratadistas, unidad de acción y pluralidad de resultados. Nosotros preferimos hablar de unidad de conductas porque, como es sabido, los delitos pueden ser de acción o de omisión, que en todo caso es - conducta. " 30

1. CONCURSO IDEAL O FORMAL .

El concurso ideal o formal se presenta cuando existe unidad de conducta y pluralidad de resultado, o sea, cuando una sola conducta de acción u omisión del agente se llenan dos o más tipos legales y por lo mismo se producen diversas lesiones jurídicas, afectándose consecuentemente, varios intereses tutelados por el Derecho.

30. Osorio y Nieto, op - cit , pág. 89

Mencionaremos a manera de ejemplo, al conductor de un vehículo que de manera imprudente colisiona con otro vehículo, causando la muerte de uno de sus ocupantes, lesiona a otro y ocasiona el deterioro del mencionado segundo vehículo, por lo que se está en presencia de homicidio, lesiones y daño en propiedad ajena, causados estos mediante una sola conducta.

El Código Penal, en su artículo 18 primera parte, - define al concurso ideal de la siguiente manera :

"Art. 18 Existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. "

Por su parte el artículo 64 del mismo ordenamiento en su primer párrafo indica :

"Art. 64 En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta una mitad más del máximo de duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el título -segundo del libro primero. "

El artículo 25 ubicado en el capítulo II del título segundo del Libro Primero, dispone que la prisión será de - tres días a cincuenta años.

2. CONCURSO MATERIAL O REAL .

Este concurso se da cuando el sujeto activo realiza diversas conductas independientes entre sí y produce resultados también diversos. Este tipo de concurso se configura lo mismo tratándose de delitos semejantes, o con relación a tipos diversos.

Como ejemplo, señalaremos el caso del que roba un vehículo y al darse a la fuga atropella y lesiona a una persona, choca con otro vehículo al cual le ocasiona daños, por lo que estamos en presencia, de robo, lesiones y daño en propiedad ajena. Aquí se aprecia pluralidad de conductas y de resultados, todo ello con relación, obviamente, al mismo sujeto.

El Código Penal en su artículo 18 segunda parte menciona :

"Art. 18 ... Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos."

El artículo 64, en su segundo párrafo preceptúa :

"Art. 64 En caso de concurso real, se impondrá la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse hasta la suma de las penas correspondientes - por cada uno de los demás delitos, sin que exceda de los máximos señalados en el Título Segundo del Libro Primero."

Los tratadistas señalan tres diversos sistemas de -
 represión para los casos de concurso real o material, a saber:
 acumulación material, absorción y acumulación jurídica. En -
 el sistema de acumulación material se suman las penas corres-
 pondientes a cada delito. En el de la absorción, sólo se impo-
 ne la pena del delito más grave, pues se dice que esta absor-
 be a los demás. En el de la acumulación jurídica se toma como
 base la pena del delito de mayor importancia, pudiéndose au-
 mentar en relación con los demás delitos y de conformidad con
 la personalidad del culpable.

Castellanos terna señala " El Código Penal de 1931 -
 parece acoger a los tres sistemas; el artículo 64 permite la
 aplicación de la pena correspondiente al delito mayor (absor-
 ción) pero faculta al juzgador para aumentarla en atención a
 los delitos cuya pena sea de menor cuantía (acumulación jurí-
 dica), y establece la posibilidad de aplicar hasta la suma de
 las sanciones de todos los delitos (acumulación material) sin
 que exceda de los máximos señalados en el Título segundo del
 Libro Primero. " 31

"La usurpación de funciones públicas es un delito -
 que nunca está aislado. Se emplea este medio de falicidad para
 cometer otra clase de delitos, generalmente contra el patrimo-
 nio, para buscar una impunidad indebida el agente. " 32

En la usurpación de funciones públicas el concurso

31. op - cit, pág. 310.

32. Antonio de P. Moreno, Curso de Derecho Penal Mexicano,
 pág. 554, Editorial JUS, México 1944.

ideal o formal se presenta, cuando con una conducta de acción o de omisión se producen dos o más resultados. A manera de ejemplo, éste se presenta cuando un particular, haciéndose pasar por Agente de la Policía Judicial, detiene a una persona al transitar por la vía pública, sin causa que lo justifique, apoderándose de sus pertenencias, golpeándolo por no ceder a la entrega de las mismas, tenemos en éste ejemplo, que con una conducta se producen varios resultados como són, la usurpación de funciones públicas, el robo y las lesiones.

Por lo que respecta al concurso real o material, se presenta cuando existe pluralidad de conductas y de resultados, el ejemplo sería retomando el anterior, el sujeto que haciéndose pasar como Agente de la Policía Judicial, detiene a un particular para robarle sus pertenencias, al darse a la fuga lesiona a un transeunte, choca contra un vehículo produciéndole grandes daños. En éste ejemplo se presentan los siguientes delitos, la usurpación de funciones públicas, el robo, lesiones y daño en propiedad ajena.

D. PARTICIPACION O CONCURSO EVENTUAL DE PERSONAS .

En la gran mayoría de los casos, para la comisión de un delito de acuerdo con la descripción legal, por lo general ésta no exige la concurrencia de dos o más sujetos, es decir, el delito es el resultado de la actividad de un individuo, excepcionalmente el legislador llega a exigir la concurrencia de dos o más sujetos para la comisión de un delito, como es en el caso del adulterio, en donde la intervención de dos o más personas es una condición indispensable para la configuración del tipo.

Entendemos por participación, la intervención de dos o más sujetos en la comisión de un delito, sin que la descripción legal exija dicha intervención.

Cuello Calón señala, " para que haya co - delincuencia, se requieren las siguientes condiciones: a) intención de todos los coparticipes de realizar un mismo y determinado delito; debe la intención estar encaminada a la consumación del delito y no tan sólo a la realización de algún otro grado de ejecución; en los delitos culposos (por imprudencia) no cabe la co - delincuencia; b) Todos los co - participes deben ejecutar, por lo menos, algún acto encaminado directa o indirectamente a la consumación del delito; no es preciso que se realicen los actos propios y característicos de éste, pues basta con que la actividad tienda a la ejecución del hecho delictuoso; Tampoco es preciso que el delito llegue a consumar-

se, pues la co - delincuencia existe no sólo cuando se ob -- tiene la consumación sino también en los grados de tentativa y frustración. " 33

Grados de participación. Como se ha visto, la parti -- cipación precisa de varios sujetos que encaminan su conducta hacia la realización de un delito, el cual se produce como -- consecuencia de su intervención. Evidentemente si todos son -- causa de la infracción, no siempre lo serán en el mismo grado; éste estará en relación con la actividad o inactividad de ca -- da uno, de donde surgen varias formas de participación.

La participación atendiendo a las formas y grados -- en que se puede dar se clasifica en :

Participación indirecta o mediata. Es aquélla en la que el autor intelectual se vale de un imputable o de un in -- culpable para la comisión del delito, en éste caso el único -- responsable es el autor intelectual, es decir, el autor media -- to o indirecto.

Participación directa o inmediata. Es aquélla en la que todos los partícipes resultan responsables y ésta se pue -- de manifestar de diversas maneras o grados que son :

Autor intelectual. Llamase autor al sujeto que pro -- duce la causa eficiente para la ejecución del delito, la per -- sona que realiza una conducta física y psíquicamente determi --

nante, en éste orden de ideas el autor intelectual es quien - idea o planea la comisión de un delito, también es quien induce, coacciona o dirige a otros a la comisión del delito, quien aporta elementos rúnicos, psíquicos para que tenga verificativo el delito.

Autor material. Es la persona que realiza una actividad física, corpórea, para la realización del hecho típico.

La coautoría ya sea material o intelectual. Son quienes participan con el autor intelectual o con el autor material, ya sea en la preparación, ideación o ejecución del delito.

La cómplicitad. El cómplice es quien de manera indirecta interviene en la comisión del delito, auxiliando al autor intelectual o al material en sus distintas actividades, - pero sin que la conducta desplegada por el cómplice penetre en el núcleo de la conducta. De ahí se dice, que el cómplice es quien auxilia de manera indirecta al autor del delito y cuya intervención no resulta indispensable para la comisión del delito.

"Sebastián Soler, entre otros habla de autores mediatos para señalar aquéllos que siendo plenamente imputables, se valen para la ejecución material del delito de un sujeto - excluido de responsabilidad. El autor mediano no delinque con otro, sino por medio de otro que adquiere el carácter de mero instrumento. " 34

34. Citado por Castellanos Tena, op - cit , pág. 297.

Por lo que respecta a su regulación jurídica, el artículo 13 del Código Penal, contempla lo referente a la autoría y participación en el delito y , sobre todo pretende agotar todas las posibles formas de responsabilidad penal.

" Art. 13 Son responsables del delito :

- I . Los que acuerden o preparen su realización;
- II . Los que lo realicen por sí;
- III . Los que lo realicen conjuntamente;
- IV . Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V . Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo.
- VI . Los que intencionalmente presten ayuda o auxilian a otro para su comisión.
- VII . Los que con posterioridad a su ejecución auxilian al delincuente en cumplimiento de una promesa anterior al delito, y
- VIII. Los que intervengan con otros en su comisión, - aunque no conste quien de ellos produjo el resultado. "

Al examinar el artículo transcrito, encontramos que la fracción primera, se refiere a que son responsables quienes aportan una actividad puramente intelectual, debe entenderse que sólo responderán penalmente si el hecho se realiza, ya que de lo contrario se sancionarían actos de ideación, de concepción y los preparatorios que como ya se observo anteriormente no son sancionables. Por lo que concluimos que la fracción primera opera respecto a la realización del delito.

La fracción segunda, alude a la realización del delito por sí, o sea a los autores materiales, que es quien ejecuta el delito por sí mismo.

La fracción tercera, prevé la cuautoría al menear una realización conjunta, el actuar varios individuos para ejecutar en conjunto un ilícito penal.

La fracción cuarta, contempla la autoría mediata, - en la cual se señala como responsables de los delitos a los - que para llevarlos a cabo se sirven de otro; el sujeto delinque no con otro, sino por medio de otro, que tiene el carácter de mero instrumento.

La fracción quinta, contempla la instigación e inducción como autoría intelectual. Hay instigación, dice Soler, " cuando el sujeto quiere el hecho, pero lo quiere producido por otro; quiere causar ese hecho, através de la psique de - otro determinando en éste la resolución de ejecutarlo. " ³⁵ Rafael de Fina entiende por instigación " el consejo o sujeción destinada a incitar a una persona a la comisión de un delito. " ³⁶ Los que compelen u obligan a uno, por fuerza o por autoridad, a que haga lo que no quiere, por mandato, orden, coacción moral, etc., son también autores intelectuales. El compelido puede no ser responsable si obra en estado de necesidad, a virtud de obediencia jerárquico-legítima, pero el que comete siempre lo es.

35. Citado por Castellanos Tena, op - cit , pág. 297.

36. op - cit , pág. 304.

JURISPRUDENCIA .

La instigación al delito no es sancionable dentro - de nuestro sistema punitivo en tanto no se traduzca en la ejecución material del delito en cualquiera de sus grados. En este último caso puede surgir la incriminación correspondiente conforma a las prevenciones del artículo 13 C.P. ; pero cuando no se lesiona bien jurídico alguno la instigación estéril en sus resultados no es sancionable y por esta consideración es imposible hablar de autoría intelectual en un delito que no se exterioriza materialmente.

La fracción sexta, se refiere concretamente a los - cómplices, encontramos la participación, consistente en la prestación de ayuda, auxilio o cooperación a otro para la comisión del delito, a sabiendas de que con ellos favorecen la ejecución del delito, todo ello por concierto previo con el - ejecutor. El auxilio o cooperación puede ser de cualquier especie, pudiendo ser material o moral.

La fracción séptima, alude al auxilio ulterior, es decir, el auxilio posterior pero concretado previamente; sin embargo, no debe confundirse esta hipótesis de participación con el encubrimiento previsto en la fracción cuarta del artículo 400 del Código Penal, pues en éste caso el acuerdo es - posterior.

Finalmente, la fracción octava recoge los casos de autoría indeterminada o responsabilidad correspectiva, ante - la incertidumbre respecto al autor material, de entre los par

ticipantes del hecho delictuoso, asignándole una especial sanción (menos severa) en el artículo 64 bis.

Finalmente, con referencia a la Usurpación de Funciones Públicas, en donde el sujeto activo un particular carente de la facultad de servidor público, al realizar la conducta que llena el tipo legal contemplado en la fracción I, - del artículo 250 del Código Penal, con participación de dos o más sujetos, pueden encuadrar dentro de los diversos grados de participación o concurso eventual de personas, que se regulan en el artículo 13 del citado Código Penal.

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

1. La función que realiza el servidor público, revigte una importancia trascendental como representantes del Estado, por tal motivo éstas personas deben reunir determinadas características como la honrradez, legalidad, lealtad, imparcialidad y efecacia, para dar confianza a los ciudadanos. Como - consecuencia de elló la trascendencia que revisten las funciones públicas que desempeñan como tales.

En éste orden de ideas, el usurpar una función pública por el carácter e importancia que reviste la misma, debería dársele un interés mayor al que se le establece en nuestro Código Penal, baste hacer mención que es un artículo el cual está vigente conforme al decreto de 30 de diciembre de 1946, con penalidad de un mes a cinco años de prisión y multa de diez a diez mil pesos, cuestiones todas éstas que ponen de manifiesto lo reiterado anteriormente. Por lo que desde nuestro punto de vista debería de proporcionarsele una mayor importancia, para evitar que éste delito se cometa hasta con cierta facilidad y poder proporcionar a los ciudadanos de nuestra sociedad una ma yor seguridad.

2. Como se observa dentro del estudio en cuestión, - la conducta como elemento objetivo del delito, consiste en la manifestación de voluntad, positiva o negativa, encaminada a - un propósito, que en el delito en análisis consiste precisamente, en usurpar una función pública y en ejercer alguna de las funciones del cargo que se finge desempeñar.

En donde el hacer, se exterioriza, a través de los - movimientos corporales encaminados a usurpar una función pública y ejercer algunas funciones.

La voluntariedad referida al hacer, se presenta cuando el sujeto activo, tiene conciencia e intención de realizar esa conducta.

Por cuanto al resultado, se traduce en la usurpación de funciones públicas y en su ejercicio; el nexo causal se presenta cuando la conducta que consiste en usurpar una función - pública desarrollada por el sujeto activo, produce de manera - directa e inmediata la usurpación de dicha función pública y - en su ejercicio.

Por lo que respecta a la voluntariedad referida al - resultado, se presenta cuando el sujeto activo, quiere la usurpación de una función pública.

Este delito, se puede llevar a cabo a través de la - acción, mediante movimientos corporales. Concluimos mencionando que estamos ante un delito de mera conducta.

3. La tipicidad, para hacer referencia a ésta es necesario recordar el tipo penal, lo definimos como la descripción que hace el legislador de una conducta y de las circunstancias que le rodean, que en un tiempo y en un lugar determinados se va a considerar como delito. Por lo que la tipicidad es la concreción o concretización de todos y cada uno de los elementos exigidos por el tipo.

El tipo en el delito a estudio, consiste de acuerdo con la fracción primera del artículo 250 del Código Penal el cual establece: " Al que sin ser funcionario público se atribuya ese carácter u ejerza alguna de las funciones de tal. " Por lo que la tipicidad se presenta, cuando la conducta de usurpar una función pública satisface todos y cada uno de los elementos exigidos en la fracción primera del citado artículo.

4. La antijuridicidad, la definimos como la violación del deber jurídico implícito en la norma, con la consecuente lesión del bien jurídico protegido por dicha norma.

Por lo que el deber jurídico, en ésta conducta ilícita consiste, en la abstención de usurpar una función pública y en el no ejercicio de sus funciones. Por ésto es que cuando la conducta es típica del artículo 250 fracción primera, se dice que es antijurídica, salvo que ésta se halle amparada por alguna causa de justificación.

5. La imputabilidad, en éste delito se presenta cuando al momento de realizarse la conducta, el sujeto activo cuenta con los mínimos de capacidad física y legal, es decir, es -

mayor de 18 años y se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales.

6. La culpabilidad, en el delito en cuestión el elemento subjetivo puede presentar únicamente el dolo directo, mediante éste el sujeto quiere una conducta, quiere un resultado, es decir, hay voluntariedad en la conducta y querer del resultado.

7. La punibilidad, en éste delito se encuentra señalada en el artículo 250 del Código Penal, el cual establece, - una sanción de prisión de un mes a cinco años y multa de diez a diez mil pesos.

8. Consumación en el análisis de éste delito, se presenta cuando el sujeto activo, que en éste caso es un particular, persona carente del carácter de funcionario o empleado público, se atribuye tal calidad y en tal virtud ejerce alguna - función propia del cargo que se finge desempeñar.

Por cuanto a la tentativa, en ésta conducta ilícita en opinión de Carrancá y Trujillo no es posible jurídicamente, ya que conforme al texto del precepto, la tentativa consista - en la ejecución de hechos. Como se trata de la ejecución incompleta de un delito, se requiere inexcusablemente que el activo realice un comienzo de ejecución.

9. Concurso de delitos, ésta figura es muy importante ya que el delito nunca está aislado, se emplea éste medio - de falicidad para cometer otra clase de delitos, generalmente - contra el patrimonio, o para buscar una impunidad indebida el agente. Dicho delito puede ser ideal o formal o bien real o material.

10. Finalmente la participación, con referencia a ésta en donde el sujeto activo, un particular carente de la facultad de servidor público, al realizar la conducta que llena el tipo legal contemplado en la fracción primera, del artículo 250 del Código Penal, con participación de dos o más sujetos, pueden encuadrar dentro de los diversos grados de participación o concurso eventual de personas, que se regulan en el artículo 13 del Código Penal.

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

CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Derecho Penal Mexicano, 16a. Edición. Editorial Porrúa, México 1989, p.p. 986.

CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 22a. Edición, Editorial Porrúa, México 1986, - p.p. 359.

CUELLO CALON, EUGENIO. Derecho Penal, Tomo I, 8a. Edición, -- Editorial Bosch, 1989, p.p. 647.

DE P. MORENO, ANTONIO. Curso de Derecho Penal Mexicano, Editorial Jus, México 1944, p.p. 874.

GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Derecho Penal Mexicano, 23a. Edición, Editorial Porrúa, México 1990, p.p. 469.

ISLAS MAGALLANES, OLGA. Análisis Lógico de los Delitos Contra la vida, Editorial Trillas, México 1982, p.p. 386.

ISLAS, OLGA Y RAMIREZ, ELPIDIO. Lógica del Tipo en el Derecho Penal, Editorial Jurídica Mexicana, México 1970, p.p. 520.

JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Tratado de Derecho Penal, Tomos I, III, 4a. Edición, Editorial Losada, Buenos Aires 1977.

JIMENEZ DE ASUA, LUIS. La ley y el Delito, 3a. Edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires Argentina 1989, p.p. 578.

JIMENEZ HURTGA, MARIANO. Derecho Penal Mexicano, Tomos I, II, III, IV, V, 6a. Edición, Editorial Porrúa, México 1986. -- p.p. 409, 621.

MARQUEZ PINERO, RAFAEL. Derecho Penal, 2a. Edición, Editorial Trillas, México 1990, p.p. 307.

MARQUEZ PINERO, RAFAEL. El Tipo Penal, 1a. Edición, Editorial U.N.A.M., México 1986, p.p. 407.

MEZGER, EDMUNDO. Derecho Penal, 6a. Edición, Editorial Cardenas Editor y Distribuidor, México 1985, p.p. 459.

OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO. Síntesis de Derecho Penal, 3a. Edición, Editorial Trillas, México 1990, p.p. 109.

PAVON VASCOCELLOS, FRANCISCO. Manual de Derecho Penal Mexicano, 7a. Edición, Editorial Porrúa, México 1990, p.p. 558.

PAVON VASCOCELLOS, FRANCISCO. Breve Ensayo sobre la Tentativa, 4a. Edición, Editorial Porrúa, México 1989, p.p. 195.

FORTE PETIT CANDAUDAF, CELESTINO. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, 12a. Edición, Editorial Porrúa, México 1989, p.p. 508.

VILLALOBOS, IGNACIO. Derecho Penal Mexicano, Parte General, - 4a. Edición, Editorial Porrúa, México 1990, p.p. 654.

LUNA RAMOS, BERNABE. Apuntes del Primer Curso de Derecho Penal.

LEGISLACION CONSULTADA .

CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL Y CARRANCA Y RIVAS, RAUL. Código Penal Anotado, 14a. Edición, Editorial Porrúa, México 1989, p.p. 993.

DE PINA VARA, RAFAEL. Diccionario de Derecho, 13a. Edición, Editorial Porrúa, México 1985, p.p. 512.

GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Código Penal Comentado, 9a. Edición, Editorial Porrúa, México 1987, p.p. 539.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, 48a. Edición, Editorial Porrúa, México 1991, p.p. 280.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Comentada, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, --- U.N.A.M., México 1985, p.p. 358.