

50
300609



UNIVERSIDAD LA SALLE

**ESCUELA DE DERECHO
INCORPORADA A LA U. N. A. M.**

**"ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO
DE ABUSO DE AUTORIDAD"**

TESIS PROFESIONAL

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A :

JORGE LUIS NAVA GUEVARA

Asesor de Tesis: Lic. Rafael Santa Ana Solano

México, D. F., a 22 de Marzo de 1993

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

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

En el presente trabajo se presenta un estudio dogmático del delito de ABUSO DE AUTORIDAD analizando su importancia, creando en la conciencia general la necesidad de denunciar y perseguir este tipo de delitos, teniendo como premisa el hecho de que después del derecho a la vida, los más preciados deben ser la seguridad general y la libertad.

El Estado en su devenir histórico ha consignado en diversas legislaciones el delito en estudio, convirtiéndose en regulador de la vida social estableciendo normas de carácter obligatorio cuya evolución es eminente a medida que los pueblos y sus ideologías crecen; de igual forma han aumentado los servicios que el Estado proporciona a través de diversos organismos.

Estos organismos tendrán como línea rectora de su creación, el marco legal establecido vigilando la prosperidad y seguridad general. Dichos entes morales actúan a través de personas físicas que conocemos como Servidores Públicos responsables de la seguridad general y tutela de los derechos de todos y cada uno de los integrantes de la sociedad.

Cuando el servidor público actúa de manera prepotente y arbitraria y se extralimita en las facultades conferidas por el

cargo que desempeña, pone en peligro la estabilidad social y la seguridad general rompiendo la armonía que todo Estado debe mantener.

Nuestros legisladores han establecido en el Código Punitivo un apartado que contempla las sanciones previstas para los servidores públicos que se extralimitan en sus funciones; en la práctica son los delitos que menos se persiguen quizá por ser servidores públicos quienes deben consignar la existencia de este delito, como es el caso del Ministerio Público.

Será pues el presente trabajo quien al introducirnos en conceptos como autoridad, abuso y servidor público, nos haga comprender el delito en estudio, contemplándolo a la luz de la teoría del delito y del estudio de sus elementos para comprender las formas en que se presenta y trascender en la aplicación correcta de la ley, demostrando su real magnitud e importancia en nuestra sociedad.

I N D I C E

CAPITULO I.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE

ABUSO DE AUTORIDAD. 1

A .- DERECHO ANTIGUO. 1

1.- GRECIA.

2.- ROMA.

3.- EDAD MEDIA.

B .- DERECHO PRECORTESIANO. 18

1.- DERECHO AZTECA.

2.- DERECHO MAYA.

3.- DERECHO TARASCO.

C .- DERECHO COLONIAL. 26

1.- FUERO REAL.

2.- LAS SIETE PARTIDAS.

3.- LAS ORDENANZAS REALES DE CASTILLA.

D .- DERECHO POSTINDEPENDIENTE. 34

1.- CODIGO PENAL 1871.

2.- CODIGO PENAL 1929.

3.- CODIGO PENAL 1931.

CAPITULO II.- ANALISIS DEL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD. . . 54

A .-	DEFINICION DE SERVIDOR PUBLICO.	55
B .-	DEFINICION DE AUTORIDAD.	58
C .-	DEFINICION DE ABUSO DE AUTORIDAD.	60
D .-	ARTICULO 215 DEL CODIGO PENAL VIGENTE.	62
	1.- FRACCION I	
	2.- FRACCION II	
	3.- FRACCION III	
	4.- FRACCION IV	
	5.- FRACCION V	
	6.- FRACCION VI	
	7.- FRACCION VII	
	8.- FRACCION VIII	
	9.- FRACCION IX	
	10.- FRACCION X	
	11.- FRACCION XI	
	12.- FRACCION XII	

CAPITULO III.- ELEMENTOS DEL DELITO. 94

A .-	CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA.	98
	1.- ELEMENTO POSITIVO.	
	2.- ELEMENTO NEGATIVO.	

B .-	TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.	110
1.-	ELEMENTO POSITIVO.	
2.-	ELEMENTO NEGATIVO.	
C .-	ANTI JURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION.	117
1.-	ELEMENTO POSITIVO.	
2.-	ELEMENTO NEGATIVO.	
D .-	CULPABILIDAD E INculpABILIDAD.	130
1.-	ELEMENTO POSITIVO.	
2.-	ELEMENTO NEGATIVO.	
CAPITULO IV.- ITER CRIMINIS.		147
A .-	FORMAS DE PRESENTARSE EL DELITO.	147
1.-	TENTATIVA.	
1.1.-	TENTATIVA ACABADA.	
1.2.-	TENTATIVA INACABADA.	
2.-	CONSUMACION.	
B .-	CONCURSO.	158
1.-	DE PERSONAS.	
2.-	DE DELITOS.	
2.1.-	CONCURSO IDEAL Y FORMAL.	
2.2.-	CONCURSO REAL O MATERIAL.	

CAPITULO V.- ESTUDIO DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO. 170

A .- GENERALES. 173

- 1.- SUJETO ACTIVO.
- 2.- SUJETO PASIVO.
- 3.- BIEN JURIDICO PROTEGIDO.
- 4.- OBJETO MATERIAL.

B .- ESPECIALES. 187

- 1.- MEDIOS DE COMISION.
- 2.- REFERENCIA TEMPORAL.
- 3.- REFERENCIA ESPACIAL.
- 4.- REFERENCIA DE OCASION.

C .- CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN
A LOS ELEMENTOS DEL TIPO. 193

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA

**CAPITULO I .- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE ABUSO DE
AUTORIDAD.**

No podemos negar la importancia y la necesidad de estudiar la parte histórica del tema que nos ocupa toda vez que así podemos comprender algunas ideas que determinaron la evolución y desarrollo de la figura típica del Delito de Abuso de Autoridad, sin dejar de reconocer que al hacer mención de la historia obtendremos una visión más concreta y específica del delito en estudio.

Sin embargo sería vasto tratar de comprender en el presente capítulo todas y cada una de la etapas históricas que ha vivido nuestro derecho universal con todas sus corrientes y teorías; amén de que ello representaría alejarnos del propósito del presente trabajo y llevar a cabo una obra aparte para consignarlo totalmente y comprenderlo todo, es por ello que las etapas históricas que a continuación describo son las que en mi concepto marcan una pauta que ha sido rectora del pensamiento jurídico; es por ello que se debe hacer referencia a las siguientes etapas :

A . - D E R E C H O A N T I G U O

La idea del delito y de la pena surge en la sociedad unida a la del Estado y del Derecho. Así tenemos que el concepto

Derecho y Estado no surgen plenamente sino que se desenvuelven a lo largo de las diversas fases de la historia, de igual forma el concepto del delito y la pena se aclara y precisa desde la caótica e indistinta comunidad primitiva hasta aclararse y fijar sus términos esenciales.

El oriente viene a constituirse como el origen de la sociedad humana y donde empieza a darse forma al Estado y al Derecho, "En el antiguo imperio Chino el jefe del estado lo es todo; el subdito nada. El Emperador personifica la divinidad y toda relación de dependencia es relación de esclavitud. Sus órdenes son leyes absolutas y obtienen una obediencia ciega, casi física. No existiendo un verdadero contraste entre la libertad subjetiva y la ley, tampoco hay verdadera moralidad."

(1)

La justicia y el derecho a ejercerla tiene un carácter predominantemente religioso, ya sea que lo ejersa el Rey, los jueces por él nombrados o por las castas sacerdotales, con ello queda demostrado que la autoridad cuyo poder absoluto recaía en una sola figura, el Rey o quién él nombrara actuaba sin moralidad alguna, determinando el fin de la pena a la necesidad sustancial de mantener el orden en la Jerarquía de las clases.

1 . - G R E C I A

La cultura griega se significó porque en ella se pudieron encontrar los primeros brotes de un pensamiento distinto al

religioso, es por ello menester llegar a las puertas de la Hólade. Esto no implica que se separen de la divinidad y la fatalidad del delito y de la pena, pero en ellas la idea de lo justo se separa de los misterios de la fé y se elabora como autónoma.

Los historiadores del Derecho y la Filosofía Jurídica inician sus tratados por la consideración del pensamiento griego y coinciden en que el no hacerlo sería falsear la perspectiva histórica de la existencia de determinadas ideas y conceptos Jurídicos y Filosóficos, con el resultado de una deficiente comprensión de los mismos.

No es dable encontrar con esta civilización un concepto claro y bien definido de lo que constituye el delito de abuso de autoridad, pero sus conceptos tales como la autoridad que era quien los dirigía y a quien deben en poco o mucho la formación del nascente Derecho de esa época, autoridad cuyas resoluciones se fortalecían por una obediencia indeclinable bajo la amenaza de una sanción y el hecho absoluto de su ejecución.

Al respecto la tiranía, que era el abuso de la autoridad para ejercer respeto, como forma de gobierno raras veces intenta lograr un Estado de Derecho. "Suele ser un noble reaccionario contra su clase o un magistrado que acude a la demagogia para establecer un poder personal"(2). Hacen alusión al tirano a la autoridad que haciendo abuso de su cargo dicta ciertas prohibiciones como el llevar armas, restringe libertades como la

de asociarse, no cumple con sus obligaciones, como la de convocar a la asamblea y designar para los cargos públicos a sus amigos y parientes. El tirano mismo se atreve a limitar a restringir a otras que al igual que él abusan de su poderío, "sus reformas tienden a romper la situación de oligarquía antecedente. Restringe los abusos de los poderosos, limita la extensión de las haciendas, favorece a los cultivadores modestos (3). Sin embargo este abuso de autoridad por parte del tirano favorece a la autonomía personal al acrecentar el Derecho Mercantil ya que los tiranos promueven el comercio y la expansión colonial mercantil creando un abuso bajo el sistema tiránico de gobierno eminentemente pacifista.

La constitución de los Atenienses concebido en los comienzos de la guerra del Peloponeso, constituye un ejemplo notable de destreza mental y la influencia clara de la enseñanza y la educación sofisticada, hace clara alusión al ámbito de moralidad y búsqueda del bien propio y exclusivo de quienes detentan el poder de quienes representaban la autoridad "La democracia es no sólo un gobierno malo. El pueblo ateniense distingue perfectamente los mejores de los peores, pero prefiere a sabiendas éstos porque le son adictos y útiles"(4) en general ésta consiguiendo la lentitud y vanalidad de la administración de justicia en Atenas debido a quienes representan la autoridad por los muchos días de fiesta que dan, dejando acumular mucho trabajo deliberar largamente sobre todo, hablo de corrupción, "es cierto que con dinero se puede obtener una sentencia. Y si se establecieran más tribunales con menos jueces cada uno, la

facilidad para corromperlos sería aún mayor"(5). Es claro que esta constitución ateniense fue hecha por un aristócrata que detesta la democracia pues en este régimen ve reflejado la corrupción, lentitud, el soborno, el uso y abuso del poder de las autoridades que representan esta forma de gobierno que ya en Grecia se daba con la salvedad de que el panorama ántico que ofrecían era aún mayor.

El delito para los griegos es en cualquier forma más fuerte que el mismo destino, la vida griega no es como la oriental donde existía ciega sumisión tampoco significa reflexión e intimidad total, una relación del individuo con el todo, la armonía del Estado con el ciudadano, y desde luego de las autoridades que rigen el destino de los ciudadanos con el propio pueblo pero entonces ¿ por qué el abuso del tirano, de los "demócratas" de quien detenta el poder para con el pueblo y utilizandolo en beneficio propio ?. Quiza el pensador griego que pudo dar la respuesta a esta pregunta fue Aristóteles que pudo plantearse en problemas que en su tiempo no eran maduros pero que el Estagirita deja en sus ideas a cerca de la penalidad teniendo presentes algunas de sus obras como la Política y la Etica a Nicómaco.

Para Aristóteles las acciones humanas pueden ser posibles o imposibles dependiendo del propio ser humano, más aún pueden ser voluntarias e involuntarias, perteneciendo lo justo y lo injusto a las acciones posibles y voluntarias de tal manera que el vicio y la virtud son igualmente voluntarios, así el funcionario o

autoridad que infringe la ley para satisfacer fines propios y no los de su comunidad es totalmente responsable de sus actos, fincando una responsabilidad subjetiva fijando una pena que debe tener como fin el presentarse como un medio necesario para conseguir el fin moral que se propone la convivencia civil. De tal forma que la aportación de Aristóteles al problema de la voluntad del funcionario y del delincuente en general para delinquir equivale en fincar la responsabilidad concurriendo las acciones de voluntariedad y posibilidad, fijando en el derecho griego un antecedente claro que nos servirá como punto de partida en cuanto la responsabilidad en que incurre la autoridad que abusa de su posición.

2 . - R O M A

Antes de iniciar el análisis del derecho romano para lograr encontrar figuras afines al delito, materia de estudio, es importante resaltar que no son pocos los historiadores, filólogos y doctrinarios están de acuerdo en señalar que no existe una ciencia del derecho penal romano como tal, sin embargo nos adentramos en lo que se conformó como el derecho privado romano donde en gran parte se hacía mención de los diversos delitos cometidos por los ciudadanos romanos. Empecemos por aclarar conceptos fundamentales para los romanos; podríamos señalar como origen del derecho penal aquel en el que se "reconocía como base el concepto de obligación moral, en cuanto el estado había tomado sobre sí la misión de ponerlo por obra.

Una obligación moral cuya observancia es una ley penal; la inobservancia es el delito; el mal que impone el Estado a quien no observa la disposición es la pena" (6).

Así tenemos un primer concepto de delito pena y sanción donde predomina la idea de la moralidad que requería ser considerada como obligación y a su vez esta obligación necesariamente debía ser observada por todo el pueblo romano desde sus ciudadanos hasta sus autoridades, reflejo claro de la influencia del derecho griego.

Los poderes que detentaba el estado romano eran supremos y los que confería sus representantes es decir, a sus autoridades eran considerados como absolutamente exentos de trabas y precisamente la coerción ilimitada que correspondía a los magistrados constituyó el punto de partida de la concepción jurídica de roma. Este magistrado era capaz de juzgar y penar pero penar a su arbitrio; tenía como limitaciones el magistrado sentencia impone penas por el poder que se le confiere, hablemos de la coercitio ilimitada, pudiendo usar ese poder para el beneficio claro de satisfacciones propias o bien violar las propias leyes por él creadas, faltando a la obligación de observarlas y utilizando los mecanismos legales para satisfacer intereses propios.

El magistrado era sin lugar a dudas la autoridad que por el poder ilimitado que poseía, poder conferido por el pueblo romano, era quien tenía mayor oportunidad para abusar de dicho

poder, dichos abusos podían consistir en dar comienzo a una guerra sin previa autorización, desempeñar un cargo público una vez concluido el periodo legal para ello y todas las infracciones de las obligaciones que el cargo implicara "podían ser penadas cosas de rebelión o de delitos de lesa majestad"(7) es decir delitos que lesionan la dignidad de la magistratura y desde luego deterioran la calidad e imagen de la autoridad.

Los tribunales eran los encargados de pedir cuentas a los que habían sido funcionarios públicos y que ya no lo eran pero como nunca se podía hablar mal de un funcionario tenían asegurado el desempeño de su gestión "limpia", así lo dice la frase que reza "lo propio que se dice de los magistrados debe decirse de los sacerdotes de la comunidad que faltasen a sus obligaciones" (8) es decir silencio y "respeto" (miedo) a denunciar el abuso de sus autoridades. Las penas que merecían quienes infringían o no observaban las obligaciones que el cargo público llevaba, variaban desde la pena capital hasta una multa moderada, dependiendo completamente del arbitrio del tribunal que conocía de la acusación y la medida de la pena.

El maestro Teodoro Mommsen nos ofrece una serie de normas por demás claras y notables donde puede observarse algunos ejemplos típicos del abuso de autoridad pleno con su respectiva sanción:

1.- Los funcionarios públicos tenían que respetar el derecho de veto y el de intercesión que a los magistrados correspondía.

Estaban obligados a no realizar actos para los que su cargo oficial les autorizaba, cuando algún funcionario superior a ellos se los prohibiese. Toda extralimitación de su competencia bastaba para privar de su fuerza jurídica al acto de que se tratase; más no por el acto dejaba de ser punible. (9)

Es claro el deseo de sancionar todo exceso de poder por parte de los funcionarios haciendo alusión a algunas de las obligaciones que tenían.

2.- En la época republicana los cónsules eran castigados con multas que les imponían los tribunales, cuando no se hacían cargo del mandato militar a su debido tiempo.

3.- Para el propio maestro Mommsen deben considerarse de manera especial las extralimitaciones en sus atribuciones de los presidentes de las provincias, toda vez que estos funcionarios en los últimos siglos de la República y los primeros del Imperio eran los que detentaban el real poder militar y esto desde luego permitía que pudiesen faltar más que cualquier otro funcionario al orden vigente en el campo de guerra y no pocas veces partieron de sus hechas revoluciones y guerras hondas. Entre algunas de las más importantes figuras de abuso de su autoridad encontramos los siguientes:

a) - Salirse de su provincia con las tropas a su mando.

- b) - Negarse a entregar el mando cuando hubiera terminado su gestión no obstante de haber llegado a su provincia el sucesor.
- c) - Hacer levadas de tropas sin las facultades para tal.
- d) - Hacer guerras ofensivas sin la autorización correspondiente.
- e) - Arrogarse el derecho de gracia.
- f) - Excluir de los edificios públicos el nombre del Emperador, anteponiendo el propio nombre. (10)

4.- Otra figura que podría enmarcar en el tipo de abuso de autoridad por parte de los funcionarios se daba cuando el funcionario empleaba datos equivocados para demostrar públicamente alguna cosa o resultado de su gestión.

5.- El sentido de religiosidad no deja de ser profundo en los romanos tan es así, que se consideraba delito contra el Estado aquel que comprendía algún incumplimiento en que incurría el funcionario de las obligaciones religiosas que le incumbían por razón de cargo, debemos reconocer que el omitir o incumplir las obligaciones propias del cargo de un funcionario es traicionar la confianza de quien lo había llevado a ostentar tal puesto, toda vez que dejaba de ser el servidor del pueblo quien por éste último se le había depositado su confianza, de aquí que fuera considerado como delito de lesa majestad.

Resulta necesario hacer mención que la figura del sacerdote tenía gran relevancia y si bien es cierto que no tenía la

autoridad de un magistrado también lo es que el sacerdote poseía una influencia ética y moral profunda en el pueblo romano, de tal suerte, que respecto al incumplimiento de sus obligaciones o exceso en su autoridad de los sacerdotes es aplicable en cierto modo lo que hemos comentado de los magistrados.

El sacerdote estaba previsto de una peligrosa influencia política sin embargo su abuso e incumplimiento de sus obligaciones eran castigadas no por los magistrados sino por el Supremo Pontífice a quien le correspondía la coerción limitada o inferior.

6.- Constituía también un abuso de autoridad el incumplimiento de su función de un servidor público de toda obligación político-moral que estuviera inmersa en el ejercicio de cualquier función que se desempeñara en nombre de la comunidad. Dicha disposición era aplicable tanto a legados como a senadores e inclusive a los vigilantes de los prisioneros políticos.

Es por demás interesante mencionar el delito de "abuso del procedimiento capital", pues amén de que resulta un claro ejemplo del delito de abuso de autoridad, pudiera ser considerado como un avisoramiento del futuro. El citado delito consistía o se configuraba cuando algún ciudadano romano hubiera sido ejecutado sin mediar sentencia o resolución que lo condenara a tal pena; pero lo más destacado se da cuando "no se consideraba semejante hecho como un delito cometido por el magistrado en el ejercicio de su cargo, sino como un hecho no

ejecutado en el desempeño de funciones públicas, y por consiguiente como un acto privado, esto es, como un homicidio".

(11) Antecedente importantísimo, pues aquí el magistrado queda desprovisto de la investidura y privilegio que le otorga el cargo que ocupa, desaprobando la ejecución de su acto, pues ha privado de un verdadero derecho a un ciudadano por el abuso del poder que ostenta quedando sometido a las reglas del derecho común por lo que se le puede tratar como un asesino común, desde luego trae como consecuencia el ser penalizado como todo delincuente y no goza del privilegio de ser autoridad, reflejado tal vez en la pena mínima que hoy se impone.

Recordemos que existían aquellos considerados como no ciudadanos romanos, y eran sin duda quienes menos protección recibían de sus autoridades y por el contrario eran presa fácil del abuso de éstas para con ellos, de hecho, "en la época republicana a ninguna vigilancia ni responsabilidad penal estuvieron sometidos los funcionarios públicos por su comportamiento frente a los ciudadanos" (12). No queda duda respecto a la poca vigilancia y aún más la denuncia escasa de hechos que constituirían verdaderos abusos de autoridad, quizá los cuestores fueron los encargados de llevar a cabo la tarea de vigilar a los servidores públicos, tarea que en la práctica fue casi nula por su escasa práctica, ni siquiera los tribunales fueron competentes para vigilar a sus subordinados. El multicitado maestro Mommsen nos dice que "en realidad, la única vigilancia y responsabilidad que para tales extralimitaciones

hubo de ejercerse, debió ser la vigilancia administrativa del Senado".(13)

Queda confirmada esta potestad del Senado que aún y cuando se tambaleó su autoridad en el siglo final de la República, se vió restaurada con la hábil política de Augusto al instaurar la "Diarquía", pues es conocido que fueron amplias sus funciones que en los momentos de gloria que ejercía el Senado Republicano, tales como "avaluar las resoluciones comerciales, fiscalizador de la actividad legislativa mediante el derecho que se arrogó de interpretar las leyes, anunciarlas por vicios de forma y dispensar a ciertos particulares de su observancia".(14)

Por último, para concluir con esta fase histórica de gran importancia, es importante reconocer en el Magistrado la autoridad que detentaba en sí un pequeño gran poder y que por ello quizá tenía la opción de abusar del puesto más cómodo para delinquir utilizando "su poder" para beneficio exclusivo permitiéndose incumplir sus obligaciones con el descaro propio de quien se siente seguro y hasta cierto punto protegido por sus superiores.

3 . - E D A D M E D I A

Sería vasto tratar de comprender toda la Edad Media en el presente apartado toda vez que resultaría obra aparte, el recopilar toda la concepción del derecho (penal) y más aún el

fijar en cada una de las etapas los hechos que configuren el tipo penal en estudio. Es por ello que presento algunas ideas que a mi juicio normaron el criterio de los juristas de aquellos siglos y sobre todo conceptos que de alguna manera conforman el concepto de abuso de autoridad.

Un primer obstáculo lo encontraremos al tratar de delimitar el tiempo y los eventos que señalan el principio y el fin de la Edad Media, el maestro José Luis Romero en su obra "La Edad Media", señala de manera concisa las etapas que podrían esquematizar la edad media, y al respecto divide en La Temprana Edad Media donde se dan eventos tales como la caída del Imperio Romano y la época de Carlomagno; la alta edad media que se significó por la guerra de los Cien años a Europa de fines del siglo XV. (15)

Pero no podemos negar que el tránsito del mundo greco-romano al mundo medieval ocurre por influjos recíprocos de dos concepciones opuestas, el paganismo y el cristianismo, evento de gran trascendencia para el tema que tratamos. Dios es para los cristianos el ser único, real, origen y fin, autoridad máxima quien delega su poder en el Papa y los Sacerdotes cuya influencia en el poder, cuyo autoritarismo y porque no decirlo el abuso en su momento ha quedado consignado por la historia. Tal vez la potestad y autoridad más grande que tenían era el derecho divino a castigar, considerando a la pena una función específica de la justicia divina; y la injusticia en la tierra sería administrada por la gran mandataria de Dios, su Iglesia

quien todo cuanto ésta resuelve lo hace en nombre de Dios. "Por eso el Sacerdote, *judex vice christi*, no sólo puede imponer penitencia por los pecados, sino también ordenar la ejecución de las verdaderas penas en sentido propio" (16). Penas que no pocas veces rayaban en el abuso real de la autoridad que ostentaban los Sacerdotes.

Pero hablemos por fases, en la Temprana Edad Media por debajo del poder y las "autoridades" de las estructuras jurídicas, la vida social presentó caracteres singulares, y el más significativo tal vez fue el que esta insipiente formación social no se definía aún la autoridad, pero en cambio las minorías conquistadoras ejercían las funciones políticas y militares transformándose en aristocracia, terratenientes que eran beneficiados por el principio servidor del Imperio y los conquistadores vieron reflejado en la Iglesia la autoridad que admiraban y aspiraban asimilar en alguna medida, autoridad cuyo único límite era el propio terrateniente que podía abusar incluso de la persona pobre desvalido y del desprotegido ante la ley sin mayor sanción que el desprecio de sus sometidos.

En la Alta Edad Media, qué mejor ejemplo de poder que aquel a quien se le asignaba "el ejercicio de una alta justicia, insobornable e incontaminada por los apetitos y ambiciones, misión propia del Emperador" (17) que compartía con el Papa, esta situación fue motivo de pugnas y constantes luchas eternas por el poder, por resolver quién era la autoridad máxima, y al demostrarlo se olvidaban de cumplir con la obligación que de

suyas era necesario permitiendo abusos, ya de los Sacerdotes al apropiarse de tierras de uso propio, ya de las autoridades designadas por el Rey para tener su propio poderío, su pequeño reinado, abusando del pobre y desvalido, no por ello, el gran Dante Alighieri muestra en su obra "La Divina Comedia", indignación contra el Papado y el Imperio causando melancolía y frustración ante el abuso de las dos grandes instituciones en su lucha por el poder y la autoridad suprema.

En el censo de la Alta Edad Media el señorío resulta ser uno de los ámbitos sociales más característicos, donde resulta que la burguesía se constituía como depositario de la autoridad delegada por "el Señor Feudal" limitando exclusivamente al ejercer su autoridad, la ilegitimidad de sus aspiraciones al ejercicio del poder y el abuso de su poder por parte de los Señores cada vez que defienden sus antiguos privilegios o intenta acrecerlos, resultando un sólo perjudicado, el pueblo sometido al burgués por su dinero y al Señor Rey por su absoluto y divino poder.

En la Baja Edad Media las señorías perdían progresivamente su significación, su poder y oportunidad de abusar de él, dando paso a nuevas unidades políticas que fueron los grandes reinos, las ciudades autónomas y el Imperio concebido como un reino más. Esta etapa de crisis y fin de la Edad Media sucumbió ante la lucha de un poder, pues quien los ostentaba (el Rey) podía gozar y decidir inclusive de la vida o muerte de sus súbditos y más triste resulta saber que sus ministros (autoridades) lejos de

administrar el reino abusaban del poder que tenían cambiándolo por provecho individual, situación que llegó a confrontar a los diversos estratos sociales.

No podríamos concluir este apartado sin señalar la etapa de la Inquisición basada en que la Iglesia y el Estado tenían la obligación de velar por la pureza de la fé cristiana, constituyendo entrado el siglo XII un verdadero abuso, derrochando violencia contra los herejes castigándolos en su persona y en sus bienes. "En general, los poderes eclesiásticos y temporales, setíanse tanto más inclinados a aplicar un trato duro, cuanto más amenazaba una herejía sobre la doctrina oficial de la Iglesia y con mirar las instituciones sociales y del Estado" (18). Se optó por castigar a estos grupos recurriendo para ello a la legislación romana respecto a los delitos de "lesa majestad" castigando con la pena de muerte y la confiscación de los bienes, dando pie a los abusos de las autoridades eclesiásticas y terrenales sin límite, creando no sólo terror sino violación al concepto mismo del hombre.

"Dos causas hacían sobre todo temibles a los inquisidores y condujeron a los peores abusos : el empleo general del tormento en las formas más crueles que podamos imaginarnos y el hecho de poder ocultar los testigos de cargo al acusado y al juez".

Cualquier persona podía ser sujeto a este abuso siendo privado de su libertad y vida por la simple denuncia de cualquier otro sujeto avalado por la autoridad, o aprovechando

su rango para aprovecharse de quien no accedió a sus peticiones denunciándolo ante el Tribunal de la Santa Inquisición.

B . - D E R E C H O P R E C O R T E S I A N O

Empecemos por definir qué entendemos por Derecho Precortesiano, debemos entender todo lo relativo al aspecto jurídico que rigió en nuestra patria hasta antes de la llegada de Cortés.

Sin embargo el mayor problema lo encontramos en el hecho de contar con pocos datos precisos sobre el Derecho Penal en esta época, debido ésto a grandes factores: el primer factor es la falta de unidad política entre las diversas tribus o núcleos aborígenes, provocando ésto la falta de una sola nación integrada, apareciendo por consecuencia tantas disposiciones jurídicas como grupos humanos hubiera.

El segundo factor se da a la llegada de los españoles quienes a su paso conquistador destruyeron todas las costumbres y tradiciones de la mayoría de los pueblos, incluyendo toda la reglamentación vigente hasta esos días.

A pesar de estos hechos, quedaron vestigios de las reglamentaciones de los principales pueblos prehispánicos,

destacando el pueblo Azteca, Maya y Tarasco, pues es indiscutible su trascendencia no sólo jurídica sino cultural hasta nuestros días, otorgándonos una concepción del Derecho Penal que les regía, que por cierto comprendía una gran variedad de delitos, entre los cuales se encontraban aquellos cometidos por los que hoy conocemos como Servidores Públicos, siendo el antecedente del delito de ABUSO DE AUTORIDAD.

1 . - D E R E C H O A Z T E C A

Es indudable que el pueblo Azteca era el de mayor importancia y relieve a la hora de la conquista pues fue el pueblo que trascendió e incluso, impuso las prácticas jurídicas en los demás pueblos libres antes de la conquista.

Se trataba de un pueblo eminentemente teocrático, la religión penetraba en los diversos aspectos de la vida del pueblo, y el valor mismo del hombre dependía de su obediencia y sumisión a las autoridades religiosas, aunque esto no significara el separar totalmente las autoridades civiles de las autoridades religiosas representada en la persona de los Sacerdotes.

El violar el orden social equivale a ser colocado en su estatus de inferioridad, ser excluido de la comunidad y desde luego perder seguridad y subsistencia que otorgan el pertenecer a un grupo. El pueblo Azteca se caracterizó por la excesiva severidad que empleaban para castigar los delitos, penas tales como "el destierro, pérdida de la nobleza, suspensión y destitución de empleo, esclavitud, arresto, prisión, corporales y la muerte en las siguientes formas: incineración en vida, decapitación, estrangulación, descuartizamiento, empalamiento, lapidación, garrote y machacamiento de cabeza"(19).

Resulta interesante conocer la clasificación de los delitos del pueblo Azteca y el maestro Carlos H. Alba quien nos otorga dicha relación de la siguiente forma: "Contra la moral pública; contra la seguridad del Imperio; contra el orden de familias; cometidos por funcionarios; cometidos en Estado de Guerra; la libertad y seguridad de las personas; usurpación de funciones y uso indebido de Insignias; contra la vida e integridad corporal de las personas; sexuales y contra las personas en su patrimonio".(20)

Por su parte el maestro Carrancá y Trujillo nos hace mención del Código Penal de Nezahualcoyotl donde se otorgaba al juez "amplia libertad para fijar las penas entre los que se contaban principalmente las de muerte y esclavitud"(21). Primer antecedente de la libertad de un Servidor o Funcionario Público en el que ostentaba poder sin límite, llegó a cometer verdaderos

abusos como el Tlatocan quien celebraba audiencias públicas y audiencias sin apelar.

Poco a poco fue castigándose la figura de delitos cometidos por funcionarios públicos y al respecto Carlo H. Alba nos otorga los siguientes ejemplos: " A los funcionarios que se excedan en los cobros de tributos se les castigará, en casos leves, con el trasquilamiento, y en casos graves con la muerte"...." los ejecutores que se nieguen a cumplir una sentencia sufrirán la misma pena que se nieguen a ejecutar".

"Sufrirán la pena de muerte: primero, los jueces que sentencien injustamente; segundo, los jueces que demuestren parcialidad en los juicios".

"La mala interpretación por parte de los jueces y magistrados se castigará en casos leves con la destitución del empleo y en casos graves con la muerte".

"Sufrirán la misma pena los jueces o magistrados que ejerzan sus funciones fuera del Palacio Real". (22)

El maestro Lucio Mendieta y Nuñez nos da completamente esta lista, al mencionar a otra autoridad del pueblo Azteca y nos dice:

"El Sacerdote que abusaba de una soltera sufría la pena de destierro y la privación del Sacerdocio". Y respecto a los funcionarios públicos nos dice que "el que usaba en la guerra o en alguna ceremonia o fiesta pública las insignias del Rey, sufría la pena capital y la confiscación de sus bienes." (23)

El servidor público en el pueblo Aztaca tenía estas características: "ser juez y averiguar bien los pleitos, ser respetado, grave y severo, espantable y tener presencia digna, de mucha gravedad y reverencia y ser temido de todos. El mal servidor, por el contrario es aceptador de personas, apasionado, acuéstase a una parte o es parcial, amigo de cohechos o interesado" (24). De aquí que si el Estado era el ejemplo más cercano de la honestidad y por la religiosidad con que el Estado se encontró revestido, por la cercanía sacerdotal en las funciones públicas, cometer un delito que atentara contra estas facultades escatológicas-políticas, era delito de orden sagrado, un sacrilegio.

- Los jueces que recibían regalos eran castigados con pena capital (Nezahualcoyotl Ley No. 10/Veytia);

- Los embargadores que no cumplían con sus cometidos o faltaban por alguna estulticia, eran castigados con la pena de muerte por degoyamiento (Ley No. 9 de Nezahualcoyotl);

- A los funcionarios dedicados a la supervisión de las cosas del Tinquiztle (mercado), "si no hacían fielmente sus servicios, privábanlos de ellos y desterrábanlos de los pueblos;

- La malversación de fondos, sobre todos aquellos destinados al beneficio de los Calpullis y que estaban destinados a sufragar alguna necesidad popular, se castigaba con esclavitud del funcionario y la confiscación de sus bienes".

(25)

2 . - D E R E C H O M A Y A

Debemos partir del hecho de que la civilización Maya era en extremo desarrollada y sin embargo, faltan a los Mayas muchas de las normas por medio de las cuales se define generalmente a las civilizaciones. " Una vez que la civilización Maya evolucionó, ¿qué autoridad le da gobierno?; hasta el momento no se conoce casi nada de la estructura política de la época Clásica".(26)

Pero no por ello dejó de ser una civilización trascendente y organizada, aún más, si la comparamos con el pueblo Azteca resultaría ser una civilización más sensible, con un sentido de la vida más refinado, con una concepción metafísica del mundo, sin embargo las leyes penales eran también caracterizadas por su severidad. Los encargados de ejercer la función de juzgar y aplicar las penas eran los batabs o caciques, pudiendo aplicar como penas principales la muerte y la esclavitud.

"La pena de muerte se reservaba para los adúlteros, homicidas, incendiarios, raptores y corruptos de doncellas; la esclavitud para los ladrones. Si el autor del robo era un Señor principal, se labraba el rostro, desde la barba hasta la frente".(27)

En forma directa y oral, el batab recibía e investigaba las quejas y resolvía acerca de inmediato y sin derecho a apelar para proceder a dictar sentencia. Podríamos citar al Código

Penal Maya, como testimonio de moralidad de esta civilización, pero adolecía como casi todas las legislaciones primitivas de excesiva severidad en sus castigos y gran desproporción en relación a la culpa.

En la comisión de un delito se ofendía al mismo tiempo al Estado que a los dioses, de aquí resulta la amplitud de la pena y la severidad del castigo.

"La penalidad entre los Mayas según noticias de Diago de Landa, era semejante a la de los reinos coaligados de México, en la mayoría de los casos idéntica".(28)

Concluiremos este apartado señalando que como los Mayas poseían una legislación consuetudinaria, es decir, no escrita, sólo se sabe con certeza que las penas máximas que se aplicaban era la supresión de la vida y la esclavitud.

3 . - D E R E C H O T A R A S C O

Por lo que hace el Derecho Penal del pueblo Tarasco, aún se ignoran muchas situaciones jurídicas y todavía más se desconocen leyes a este respecto, sin embargo es inegable que la penalidad en esta civilización tenía como premisa la crueldad, y para citar algún ejemplo recurrimos al maestro Fernando Castellanos Tena quién al respecto señalaba: " El adulterio habido con alguna mujer del soberano o Calzontzi era penado con la muerte

del adúltero y aún más era una pena trascendente, por lo que a su familia, pues los bienes del culpable eran confiscados. Cuando un familiar del monarca llevaba una vida escandalosa, se le mataba en unión de su servidumbre y se le confiscaban los bienes.

Al forzador de mujeres se le rompía la boca hasta las orejas, empalándolo después. El hechicero era arrastrado vivo o lapidado, al que robaba en forma reincidente lo despeñaban permitiendo que su cuerpo fuera comido por las aves".(29)

Así pues, estamos ya en posición de poder afirmar que en las diversas civilizaciones que conformaron la época Precortesiana se contó con un sistema legal de leyes para la represión de los delitos, ocasionando que la pena resultara cruel y desde luego desproporcionada al daño cusado. Seguramente que de tratarse de un sistema de gobierno Teocrático y militar el de estas civilizaciones, se aprovechaban de la intimidación para consolidar su predominio.

Por último señalaremos, que si bien es cierto el Derecho Penal Precortesiano se caracterizaba por su crueldad e injusticia, también lo es que dichas características se justificaban toda vez que el poder absoluto era concentrado en el Rey o Emperador, en grado de privilegio, el cual se valía de diversas formas de represión, con el único objeto de mantener su despótica imposición sobre la masa popular que conformaban sus súbditos, quienes debían servir a su máxima autoridad.

C.- DERECHO COLONIAL

A raíz de la conquista y colonización de los territorios americanos y en virtud de su incorporación a la corona de Castilla, se fue constituyendo en la Nueva España y las demás colonias un subsistema del derecho castellano al que los historiadores del derecho, están de acuerdo en llamarle "derecho indiano", es decir, el derecho de las Indias.

Sin embargo cabe hacer mención respecto al sistema jurídico de la época colonial se distinguía perfectamente entre un derecho común o general que lo conformaba el Derecho de la Península de la Corona de Castilla y el indiano particular ó especial en el que prevalecía respecto a su aplicación las disposiciones dictadas para las Indias, y con carácter de supletorias o subsidiarias las castellanas.

En función de las distancias y el desconocimiento que de la realidad americana tenía el monarca y el consejo de Indias se dió amplia descontrolización legislativa y sólo se requería de la sanción real para que tuvieran validéz las disposiciones de carácter general.

En el caso de las Indias, y muy en particular en la Nueva España se presentó un hecho que se daba en España, a saber, que el derecho aplicable se hallaba contenido en distintos ordenamientos procedentes de diversas épocas, y dentro de las

cuales se localizaban disposiciones contrarias, derogadas ó en desuso.

Sin embargo haciendo mención de las palabras de Dr. Juan N. Rodríguez de San Miguel, la necesidad de reunir al derecho castellano para el conocimiento del derecho aplicable, hacía imperativo adoptar el orden de prelación para la aplicación de aquél derecho, el cual había sido fijado en el ordenamiento de Alcalá de 1348, de la siguiente forma :

- a) Ordenamiento de Alcalá de Henáres de Alfonso XI;
- b) Fueros municipales;
- c) Fuero Real, si se aprobaba su uso;
- d) Las partidas.

Posteriormente agregándose las Ordenanzas Reales de Castilla (30).

Así pues, haremos mención de lo que a mi juicio representara los ordenamientos más importantes y que son :

1 . - F U E R O R E A L .

Alfonso X conocido como el Sabio, (1252-1284) rey de Castilla fue sucesor de la política legislativa de su padre Fernando III el Santo, respecto a lograr la anhelada unificación por lo que mando traducir del latín al castellano, con algunas

modificaciones por lo que no exactamente igual, el Liberjudiciorum, lo que se llamó Fuero Juzgo, pero aún más, con el ánimo de crear una obra más trascendente pretendió crear un "codigo modelo", con el fin de proporcionarlo a todas aquellas poblaciones que carecían de fuero propio o bien el que tenían resultaba anacrónico de acuerdo a sus necesidades, a éste cuerpo legislativo código tipo o modelo se le llamó **FUERO REAL**.

"Este Fuero Real, fue redactado, no sabemos por quien, entre 1252 y 1255, y tuvo varios nombres Fuero del Libro, Libro del Fuero de las Leyes, Fuero Castellano, Libro de las Flores ó Flores de la Leyes, aunque finalmente el nombre que trascendió fue el de Fuero Real". (31)

En cuanto al Derecho Penal Y Procesal, se sustituye el sistema germánico que consideraba las violaciones del Derecho como negocios de carácter privado que sólo a los particulares perjudicados, afectaban (verguenza de la sangre), salvo en los casos de personas ó Instituciones cubiertas con la paz del Rey o la paz de la ciudad, por un sistema complejo de penas de carácter público, fijando grados para determinar la responsabilidad penal, teniendo en cuenta el carácter consumado, frustrado o de manera tentativa del delito y la posible concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad que no son otra cosa más que eximientes. atenuantes y agravantes.

Por lo que hace a la autoridad y el abuso de ésta en sus funciones, fue clara, debido a que con éste Fuero Real se fortalecía el poder de los Reyes a la nobleza y que se inicia lo que posteriormente se conoce como absolutismo monárquico. Pero no sólo el Rey gozaba por éste Fuero Real del "privilegio" de ser autoridad y abuso de su función, sino que surgen los procuradores quienes daban forma a la Institución conocida como la Corte y por otro lado los Consejeros, ambos tuvieron en sus manos la votación favorable o adversa de diversos asuntos que tuvieron que ver con el servicio que demandaban de ellos su pueblo. Su intervención en asuntos legislativos o administrativos se produjo más a título consultivo o de petición que como rasgo peculiar de sus atribuciones que deben entenderse como servicio al pueblo (servidor público).

Los Consejos Municipales mantuvieron sus grandes prerrogativas autonómicas reflejada en sus fueros o cuadernos de leyes limitadas sólo por sus propios intereses. Los procuradores llegaron a influir las grandes ciudades Castellanas en el propio gobierno de la nación. En los consejos Municipales encontraron las clases rurales inferiores puntos de apoyo, eficaz para sus luchas, contra los privilegios y abusos de la nobleza.

Todos estos abusos permitidos por el Fuero Real, llegaron a la decadencia de este régimen Municipal en tiempos de Alfonso X, pues como lo señalaba el maestro José Ma. Ots y Capdequi, "al crearse la Institución del corregidor y acentuarse por parte de

los monarcas una política centralizadora con intervención abierta o solapada, en la elección de los regidores y en la de los procuradores representados en Cortes".

Las clases rurales que vivían en el distrito municipal, consideraban el abuso que ejercía el Señorío de su autoridad, como una verdadera opresión que la Urbe ejerce sobre el campo.

Sin embargo por lo que hace a la administración de Justicia, se advierte en este período una tendencia a limitar las Jurisdicciones Señoriales e inmunitarias por el aumento de los llamados casos de Corte, es decir, asuntos relevantes de conocimiento de los Tribunales del Rey.

Es el mismo maestro Ots y Capdequi quien nos ofrece ejemplos respecto de la Hacienda Pública que permitía este Fuero Real al señalar que eran frecuentes las cesiones a los grandes señores del derecho de percibir determinados impuestos realizados con carácter temporal o perpetuo para beneficio propio o por maneras desconocedoras de su alta función como Jefes de Estado.

Persiste en la práctica, la confesión entre el patrimonio del Estado y el del monarca. Se reafirma por obra de los juristas formados en las doctrinas justinianeas, el cuadro de las realías de la corona : monopolios, montes, minas aguas, etc.

Del tributum o pecho, impuesto de carácter personal, continuaron exentos los nobles y preladados; y en ocasiones, los habitantes de grandes ciudades privilegiadas. Por virtud del "Derecho del Patronato Eclesiástico" concedido por los Pontífices a los monarcas castellanos, gozaron éstos de una participación en los diezmos de las Iglesias. (33)

2 . - L A S S I E T E P A R T I D A S

En el año de 1265 se decide revisar el Espéculo que era un Código que contenía el derecho real conocido con el fin de darle una nueva redacción y se le mdificó el nombre por el de Libro del Fuero de las Leyes. Más adelante se le hace una nueva revisión y se le da el nombre de Siete Partidas, por ser siete la partes en que se divide. Fue vigente tal vez en el reinado del nieto de Alfonso X que ya había muerto para ese entonces, es decir, en el gobierno de Fernando IV (1295-1312).

Todavía se hizo una cuarta revisión hacia el año de 1325, con el mismo nombre, pero ya sin el carácter de ley positiva, sino más bien de Obra Doctrinal.

Es importante enmarcar el hecho de considerar que las partidas no alcanzaran furza legal hasta que Alfonso XI las incluyó entre las fuentes aplicables del Derecho Castellano al promulgar el ordenamiento de Alcalá en 1348. Probablemente su

vigencia efectiva se consiguió en los territorios de Las Indias Occidentales donde alcanzaron las Partidas una difusión extraordinaria.

Haremos mención a "La Setena Partida" que en español antiguo quiere decir la partida número siete pues es la que comprende el Derecho Penal. Y en particular el Título I, Ley XI. Séptima partida, menciona : "DELITOS POR LOS QUE PUEDEN SER ACUSADOS LOS OFICIALES DEL REY" :

"Los oficiales del Rey que tienen poder o autoridad para hacer justicia sobre los hombres no pueden ser acusados mientras dure su oficio".

"Si un oficial cometiere delito contra los hombres que pueden juzgar por razón de su oficio, lo pueden acuzar".

"Si el delito que cometiere el oficial no fuera en razón de su oficio no lo podrán acusar hasta que éste no deje el oficio que tiene".

"Los oficiales podrán ser acusados si cometieran delito o maleficio, deberán acusarlos sólo hombres buenos y honrados que se querellarán ante el Rey. Entonces después de investigar y saber la verdad habrá de escarmentar al oficial destituyéndolo temporal o definitivamente del oficio que desempeñaba".

3 . - L A S O R D E N A N Z A S R E A L E S D E C A S T I L L A

En el transcurso del siglo XV no son pocas la Cortes que solicitan a sus Reyes que lleve a cabo una recopilación de los dispersos y no menos diversos cuerpos legislativos existentes en esa época. Para tal efecto las Cortes se reúnen en el año de 1480 en Toledo y por encargo de los Reyes Católicos otorgan el privilegio de realizar tal hazaña al Doctor Alfonso Díaz de Montalvo quien dura en su labor cuatro años imprimiéndose en su obra bajo el nombre de ORDENANZAS REALES DE CASTILLA. Fue una obra trascendente y tanto que los Reyes Católicos optaron por ordenar a todos los pueblos que tuvieran un ejemplar de tal recopilación, logrando que en el año de 1567 ya existieran 28 ediciones de esta obra.

Pero es hasta el gobierno del Felipe II en 1567 cuando de manera oficial logra recopilar el disperso derecho castellano con la RECOPIACION DE LEYES DE ESTOS REINOS, popularmente concida como NUEVA RECOPIACION, y que sin lugar a dudas este ordenamiento legal es el más importante del derecho castellano junto con las Siete Partidas y que casi las contiene en su totalidad sobre todo en lo que hace a la materia penal, que se aplicaran en el México Colonial.

Nuevamente recurrimos al maestro José María Ots y Capdequi a efecto de señalar algunas disposiciones legales como la del 4 de Noviembre de 1667 que para reprimir por todos los medios al

comercio ilícito se decretó: "que en las causas y pleitos de arribadas a los puertos de las Indias, contrataciones que en ellas se hicieran, extravíos de plata u otros géneros prohibidos, y sobresacar y llevarse de unas partes a otras se admiten contra cualesquiera que resultasen culpados (aunque sean mis gobernadores y otros ministros míos).... y que en los casos de estos delitos no puedan los reos oponer privilegio alguno de Fuero.

Y en cuanto al procedimiento a seguir en los pleitos en que estuvieran interesados los presidentes, oidores, alcaldes del crimen y fiscales, conviene recordar que en la ley 42, Tít 17 lib. 2 de la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias así como sus mujeres e hijos, no pudieran conocer las Audiencias en primera estancia, debiendo hacerlo en su lugar los alcaldes ordinarios con posible apelación ante el Consejo de Indias. por real cédula del 22 de diciembre de 1753 se modificó el contenido de esta ley, en el sentido de que se pudiera apelar ante los Virreyes o los Presidentes de los autos interlocutores - pero no los definitivos - que en semejantes casos dicten los alcaldes ordinarios. (35)

D . - D E R E C H O P O S T I N D E P E N D I E N T E

La guerra de Independencia trajo consigo una grave desorganización jurídica y política en la Nueva Nación por lo

que sus inexpertos dirigentes se dieron a la tarea de pronunciar disposiciones para "poder remediar la nueva y difícil situación". Así, en 1838 se dispuso que con el fin de establecer la organización pública y combatir la diversidad de delitos que se cometían, quedaron en vigor las leyes existentes durante la dominación española para solventar un poco las muchas dificultades existentes, trayendo como consecuencia el hecho de que existiera una legislación fragmentaria.

Por lo que hace a la materia penal, es necesario señalar las Constituciones surgidas en este período carecen de disposiciones penales reales por lo que surge la necesidad de crear una verdadera codificación de esta materia; y es el Estado de Veracruz el que por primera vez otorga una legislación penal, dándose en forma de proyecto en 1832 culminándose en 1835, conformándose el primer Código Penal local de la República Mexicana.

Es hasta 1862 cuando surge un interés por crear un Código Penal por lo que se integró una Comisión Especial Redactora para su formulación, trabajo que llegó a su fin toda vez que sobrevino la intervención francesa, de aquí que durante el Imperio de Maximiliano se pusiera en vigor el Código Penal de Francia.

El intento no sucumbió ahí, sino que en 1868 se vuelve a integrar la Comisión para la elaboración del Código Penal, encabezada dicha Comisión por el Lic. Antonio Martínez de Castro; tomaron como modelo para su redacción el Código Penal

Español de 1870, su proyecto fue aprobado el 7 de diciembre de 1871 por el poder Legislativo; es conocido como Código de (7) o Código Martínez de Castro, regió PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE BAJA CALIFORNIA EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA SOBRE DELITOS CONTRA LA FEDERACION, y tuvo vigencia del año de 1872 a 1929.

1 . - C O D I G O P E N A L 1 8 7 1

El Código Penal de 1871 contempla el delito en estudio (ABUSO DE AUTORIDAD) de la siguiente forma :

"CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA SOBRE DELTITOS CONTRA LA FEDERACION".

" TITULO UNDECIMO "

" DELITOS DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS EN
EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES".

" CAPITULO II "

" ABUSO DE AUTORIDAD "

" Artículo 999.- Se impondrán seis años de prisión : a todo funcionario público, agente de gobierno o su comisionado, sea cual fuere su categoría, para impedir la ejecución de una ley,

decreto o reglamento, o el cobro de un impuesto, pida auxilio la fuerza pública, o la emplee con ese objeto.

"Artículo 1000.- Si el delito del que se habla en el artículo próximo anterior, se comete con el objeto de impedir el cumplimiento de una sentencia irrevocable la pena será de cuatro años de prisión.

" Si se tratara de un simple mandamiento o providencia judicial, o de una orden administrativa, la pena será de dos años.

"Artículo 1001.- Si el delincuente consigue su objeto, en los casos de los dos artículos anteriores se aumentarán dos años a las penas que ella señale; excepto cuando resulte otro delito de haber hecho uso de la fuerza; pues entonces se observarán las reglas de acumulación y el artículo 557.

"Artículo 1002.- Cuando un funcionario público, agente o comisionado del gobierno o de la policía, al ejecutor de un mandato de la justicia, o el que mande una fuerza pública, ejerciendo sus funciones con motivo de ellas, hiciere violencia a una persona, sin causa legítima; será castigada con la pena de arresto mayor, si no resultare daño al ofendido.

"Cuando lo resulte, se aumentará un año de prisión a la pena correspondiente al daño, excepto en el caso de que sea la capital, pues entonces se aplicará ésta sin agravación alguna.

"Artículo 1003.- El funcionario que, en un acto de sus funciones vejare injustamente a una persona o la insultare : será castigada con una multa de 10 a 100 pesos y arresto menor, o con una sola de estas dos sanciones, según la gravedad del delito a juicio del juez.

"Artículo 1004.- El funcionario público que indebidamente retarde o niegue los particulares, la protección o servicio que tenga obligación de dispensarles o impida la presentación o el curso de una solicitud; será castigado con una multa de 10 a 100 pesos.

"Artículo 1005.- El funcionario público que viole la segunda parte del artículo 21 de la constitución federal, imponiendo una pena correccional mayor que la que ella permite, sufrirá dos tercios de la diferencia que haya entre la pena impuesta y la del citado artículo.

"Artículo 1006.- El funcionario que infrinja la segunda parte del artículo 80. de la constitución federal, será castigado con extrañamiento o multa de 10 a 100 pesos.

"Artículo 1007.- Todo juez o cualquiera otro funcionario público que bajo cualquier pretexto, aunque sea el de obscuridad o silencio de la ley, se niegue a despachar un negocio pendiente ante él; pagará una multa de 100 a 500 pesos, y podrá

condenársele además, en la pena de suspensión de empleo de tres meses a un año, si la gravedad del caso lo exigiere.

"Artículo 1008.- Todo jefe, oficial o comandante de una fuerza pública que, requerido debidamente por una autoridad Civil para que le preste auxilio, se niegue indebidamente a dárselo, será castigado con la pena de arresto mayor a dos años de prisión.

"Artículo 1009.- El funcionario público que, teniendo a su cargo caudales del erario, les de una aplicación pública distinta de aquella a que estuvieren destinados, o hiciere un pago ilegal; quedará suspenso en su empleo de tres meses a un año. Pero si resultase daño o entorpecimiento del servicio, se le impondrá además una multa del 5 al 10% de la cantidad que dispuso.

"Artículo 1010.- El funcionario público que, abusando de su poder, haga que se le entreguen algunos fondos, valores u otra cosa que no se le había confiado a él, y se los apropie o disponga de ellos indebidamente por un interés privado; sea cual fuere su categoría, será castigado con las penas de robo con violencia, destituido de su empleo o cargo, e inhabilitado para obtener otros" (36)

Es sobresaliente este Código por diversos motivos, el primero de ellos resulta de comprar nuestro Código vigente con

éste y darnos cuenta de que se contempla en 1871 sólo algunas figuras delictivas análogas ya que en ambos Códigos se hace mención al impedimento de ejecución de una ley, decreto o reglamento por parte de un funcionario público.

El paso más importante que se dió en este Código fue el hecho de distinguir entre funcionario público, jueces, agentes de gobierno, comisionados, etc.

En cuanto a las penas de este Código señala la pena de arresto mayor y arresto menor, e incluso la pena capital haciendo referencia a la violación de artículos constitucionales vigentes en aquel tiempo. Se menciona un castigo que no se contempla actualmente, que es el mencionado en su artículo 1010 referente a la aplicación de la pena correspondiente al robo con violencia.

Para concluir señalaremos que si se toma en cuenta el hecho que por la época y situaciones por demás conflictivas en que fue hecho este Código resulta de gran trascendencia por los caos reinante motivado por no tener normas correctas de aplicación a la inegable evolución jurídica de nuestra nación.

2 . - C O D I G O P E N A L 1 9 2 9

En el año de 1903 se designó una comisión revisora de nuestra incipiente legislación penal, cuyo esfuerzo se vio

concretizado hasta 1912, dándose estos hechos bajo el gobierno del entonces Presidente de la República el General Porfirio Díaz.

Pero fue hasta 1929 bajo el gobierno del Lic. Emilio Portes Gil, que se expidió un nuevo Código Penal, debido a la etapa revolucionario que se vivía. Este Código se le conoce como Código de 1929 o Código de Almaraz, vigente del 15 de Diciembre de 1929 al 16 de Septiembre de 1931.

Este Código contempla el delito de ABUSO DE AUTORIDAD, de la forma siguiente :

" CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL.

" TITULO NOVENO "

" DE LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PUBLICOS "

" CAPITULO III "

" DEL ABUSO DE AUTORIDAD "

"Artículo 566.- Se impondrán seis años de segregación a todo funcionario público, agente del gobierno o su comisionado, sea cual fuere su categoría, que para impedir la ejecución de una ley, decreto o reglamento, o el cobro de un impuesto, pida auxilio a la fuerza pública, o la emplee con ese objeto.

"Artículo 567.- Si el delito de que se habla en el artículo anterior se cometiere con el objeto de impedir el cumplimiento de una sentencia irrevocable, la sanción será de cuatro años de segregación.

" Si se tratare de un simple mandamiento o providencia judicial o de una orden administrativa, la segregación será de dos años.

"Artículo 568.- Si el delincuente consiguere su objeto en el caso de los dos artículos anteriores, se aumentará a dos años a las sanciones que ellos señalan, excepto cuando resultare otro delito por haber hecho uso de la fuerza, pues entonces se observarán las reglas de la acumulación.

"Artículo 569.- Cuando un funcionario público, agente o comisionado del gobierno o de la policía, el ejecutor de un mandato de justicia, o el que mande la fuerza pública ejerciendo sus funciones o con motivo de ellas hiciere violencia a una persona sin causa legítima, se le aplicará, si no resultare daño al ofendido, arresto por más de tres meses.

" Cuando lo resulte, se aumentará un año la sanción correspondiente al daño, exceptuando los casos del artículo 958 en que se estará a lo dispuesto en él, y aquel en el que resulte la muerte. En este último, se aplicará la sanción del homicidio.

"Artículo 570.- El funcionario que, en un acto de sus funciones, vejare a una persona o la insultare, pagará una multa de cinco a quince días de utilidad e incurrirá en arresto por seis meses, o en una sola de estas sanciones, según la gravedad del delito, a juicio del juez.

"Artículo 571.- El funcionario público que indebidamente retarde o niegue a los particulares la protección o servicio que tenga la obligación de otorgarles o impida la presentación o el recurso de una solicitud, pagará una multa de cinco a diez días de utilidad, si no resultare daño. Si resultare, se aumentará la multa y se reparará el daño.

"Artículo 572.- Al funcionario que viole el artículo 21 de la Constitución Federal, imponiendo una sanción administrativa mayor que la que permite, se le aplicará dos tercios de la diferencia que hubiere entre la sanción impuesta y la del citado artículo.

"Artículo 573.- El funcionario que infrinja la segunda parte del artículo 80. de la Constitución Federal, pagará una multa de cinco a quince días de utilidad.

"Artículo 574.- Todo juez o cualquier otro funcionario público que, bajo cualquier pretexto aunque sea el de obscuridad o silencio de la ley se niegue a despachar un negocio pendiente ante él, pagará una multa de quince a cuarenta días de utilidad

y podrá, además, ser suspendido en su empleo de tres meses a un año, si la gravedad del caso lo ameritase.

"Artículo 575.- A todo jefe, oficial o comandante de una fuerza pública que, requerido legalmente por una autoridad civil para que le preste auxilio, se niegue indebidamente a dárselo, se le aplicará arresto por seis meses a dos años de segregación.

"Artículo 576.- El funcionario público que, teniendo a su cargo caudales del erario, les de una aplicación pública distinta de aquella a que estuvieren destinados o hiciere un pago ilegal, quedará suspenso en su empleo de tres meses a un año. Pero si resultare daño o entorpecimiento del servicio, se impondrá, además, una multa del 5 al 10% de la cantidad de que dispuso.

"Artículo 577.- Al funcionario público que, abusando de su poder, haga que se le entreguen algunos fondos, valores u otra cosa que no se le haya confiado a él, y se los apropie o disponga de ellos indebidamente por un interés privado, sea cual fuere su categoría, se le aplicarán las sanciones del robo con violencia, destitución de su empleo o cargo, e inhabilitación para obtener otro.

"Artículo 578.- El funcionario, empleado público que, con cualquier pretexto obtenga de un subalterno parte de los sueldos de éste, dádivas u otro servicio, será destituido de su empleo,

inhabilitado por tres meses y pagará una multa de quince a cincuenta días de utilidad". (37)

Resulta necesario tratar de comprar el Código de 1871 y el Código de 1929 y al hacerlo nos daremos cuenta de la principal diferencia se da en los términos empleados, el uso de palabras que trascendían en el tipo y en la misma sanción del delito, así encontraremos que :

El Código de 1871 emplea la palabra "prisión" y el de 1929 usa el término "segregación"; el Código de '71 emplea la palabra "pena" y de '29 la palabras "sanción"; el Código de '71 haciendo mención a la sanción pecuniaria se refiere a "pesos" mientras que el Código de '29 se habla de días de utilidad.

Estas diferencias al ser aplicadas a nuestro Código vigente resultan igual o más profundas, pues en el vigente ya no se habla de segregación, ni del arresto, se contempla bajo el concepto "Servidor Público" a la división que hace el Código de '29 de funcionarios públicos, agente del gobierno o comisionado, agente de la policía, jefe, etc. Hoy hablamos de "días de multa" y no "días de utilidad".

Tal vez su vigencia efímera se debió a sus defectos técnicos por lo que no aportó mucho al Derecho Penal en su tiempo.

C O D I G O P E N A L 1 9 3 1 .

Se trata del Código que actualmente nos rige entra en vigor el 17 de Septiembre de 1931 bajo el mandato del presidente de la República Ingeniero Pascual Ortíz Rubio. El Código de 31 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de Septiembre de 1931 y se le dió el nombre de CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL.

El delito en estudio fue contemplado por este Código de la siguiente forma :

"CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL.

- TITULO NOVENO.
- DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PUBLICOS.
- CAPITULO II
- ABUSO DE AUTORIDAD.

Artículo 211.- Al que comete el delito de abuso de autoridad se le impondrán de seis meses a seis años de prisión, multa de veinticinco a mil pesos y destitución del empleo.

Artículo 212.- Comete el delito de abuso de autoridad todo funcionario público, agente del gobierno o sus comisionados; sea cual fuere su categoría en los casos siguientes :

"I.- El que para impedir la ejecución de una ley, decreto o reglamento el cobro de un impuesto o el cumplimiento de una resolución judicial, pida auxilio a la fuerza pública o la emplee con ese objeto.

"II.- El que ejerciendo sus funciones o con motivo de ellas, hiciere violencia a una persona sin causa legítima o la vejare injustamente o la insultare.

"III.- El que indebidamente retarde o niegue a los particulares la protección o servicio que tenga obligación de otorgarles o impida la presentación o el curso de una solicitud.

"IV.- El que ejecute cualquier otro acto arbitrario y atentatorio a los derechos garantizados en la Constitución.

"V.- El encargado de administrar justicia que, bajo cualquier pretexto aunque sea el de obscuridad o silencio de la ley, se niegue a depachar un negocio pendiente ante él.

"VI.- El encargado de una fuerza pública que, requerido legalmente por una autoridad civil para que le preste auxilio, se niegue indebidamente a dárselo.

"VII.- El que teniendo a su cargo caudales del erario, les dé una aplicación distinta a aquella a que estuvieren destinados o hiciere un pago ilegal.

"VIII.- El que abusando de su poder, haga que se le entreguen fondos, valores y otras cosas que no se le hayan confiado a él o se los apropie o disponga de ellos indebidamente por un interés privado, sea cual fuere su categoría.

"IX.- El que con cualquier pretexto, obtenga de un subalterno parte de los sueldos de éste, dádidas u otro servicio.

"X.- El Alcalde o encargado de cualquier establecimiento destinado a la ejecución de las sanciones privativas de libertad, que sin los requisitos legales, reciba como presa o detenida una persona o la mantenga privada de libertad sin los requisitos legales y sin dar parte del hecho a la autoridad correspondiente, y

"XI.- El funcionario que teniendo conocimiento de una privación ilegal de libertad no la denunciase a la autoridad competente o no la haga cesar, si esto estuviere en sus atribuciones." (38)

Con relación a las diversas reformas que ha sido objeto este artículo, encontraremos que el Código de '31 de nueva

cuenta utiliza el término "prisión" insiste en usar términos como funcionario público, agente de gobierno, etc. a diferencia de "servidor público" que con las reformas es el término a usar, este Código presentó como algo nuevo, muchas más figuras delictivas que los anteriores Códigos no contemplaban; con las reformas se cambió el término de "pesos" por el de "días multa".

En su oportunidad presentaremos un análisis del artículo 215 del Código Penal vigente con las reformas que ha vivido a efecto de conocer profundamente el delito en estudio, en este apartado sólo hemos presentado la forma en que lo contemplaban el delito de abuso de autoridad en los Códigos que han regido en las diversas etapas que conforman el Derecho Postindependiente.

BIBLIOGRAFIA UTILIZADA EN EL PRIMER CAPITULO

- 1.- COSTA, Fausto. El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía. Editorial Hispano-Americana, México, 1955 Pag. 3.
- 2.- SANCHEZ DE LA TORRE, A. Los Griegos y el Derecho Natural, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1962.
- 3.- citado por SANCHEZ DE LA TORRE, A. ob. cit. Pag. 36.
- 4.- LLAMBIAS DE ACEVEDO, Juan. El Pensamiento del Derecho y del Estado en la Antigüedad. Editorial Librería Jurídica, Buenos Aires Lavalle 1328 Pag. 130.
- 5.- citado por LLAMBIAS DE ACEVEDO, Juan. ob. cit. Pag. 130.
- 6.- MOMMSEN, Teodoro. Derecho Penal Romano. Editorial Temis. Bogotá Colombia 1976 Pag. 3.
- 7.- citado por MOMMSEN, Teodoro. ob. cit. Pag. 352.
- 8.- ibidem.
- 9.- ibidem Pag. 353.
- 10.- ibidem Pag. 354.
- 11.- citado por MOMMSEN, Teodoro, ob. cit. Pag. 400.
- 12.- ibidem Pag. 401.

- 13.- ibidem.
- 14.- BERNAL, Beatriz; Ledezma José de Jesús. Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorromanistas Editorial Porrúa, S.A. México, 1986 Pag. 130.
- 15.- ROMERO, José Luis, La Edad Media. Editorial Fondo de Cultura Económica. México, 1985 Pag.
- 16.- COSTA, Fausto. El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía. Editorial Hispano-Americana, México 1955 Pag. 38.
- 17.- ROMERO, José Luis. ob. cit. Pags. 158 y 159.
- 18.- BUHLER, Johannes. Vida y Cultura en la Edad Media. Editorial Fondo de Cultura Económica Mexico, 1983. Pag. 270.
- 19.- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal. Editorial Porrúa, México 1978. Pag. 43.
- 20.- ibidem.
- 21.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Parte General. Editorial Porrúa, S.A. México 1972. Pag. 112.

- 22.- ALBA, Carlos H. Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano. Ediciones Especiales del Instituto Indigenista Interamericano. México 1949. Pag. 16.
- 23.- MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio. El Derecho Precolonial. 3a. Edición Porrúa México 1976 Pags. 70 y 71.
- 24.- SAHAGUN, Bernardino Fray. Historia General de los casos de la Nueva España. Editorial Porrúa, S.A. colección "Sepan Cuentos". No. 300, México 1985. Pag. 551.
- 25.- SAHAGUN, Bernardino Fray. ob. cit. Pag. 476.
- 26.- G. MORLEY, Sylvanus. La civilización maya. Editorial Fondo de Cultura Económica. México 1983, Pag. 443.
- 27.- citado por CASTELLANOS TENA, Fernando. ob. cit. Pag. 40.
- 28.- citado por MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio. ob. cit. Pag. 72.
- 29.- citado por CASTELLANOS TENA, Fernando. ob. cit. Pag. 41.
- 30.- RODRIGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan N. Pandectas Hispano-Mexicanas, Tomo I. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1980 Pag. XX.

- 31.- SOBERANES FERNANDEZ, José Luis. Historia del Sistema Jurídico Mexicano. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1990. Pag. 29.
- 32.- OTS Y CAPDEQUI, José María. Historia del Derecho Español en Americano y del Derecho Indiano. Editorial Aguilar, S.A. Madrid España, 1969. Pag. 32.
- 33.- OTS Y CAPDEQUI, José Ma. opus. cit. Pag. 33.
- 34.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. ob. cit. Pag. 40.
- 35.- OTS Y CAPDEQUI, José Ma. op. cit. Pags. 169 y 170.
- 36.- DUBLAN, Manuel; Lozano, José María. Legislación Mexicana o Legislación Completa de las disposiciones Legislativas; Edición Oficial. Archivo General de la Nación. México 1986, Tomo XI. Pags. 699 y 700.
- 37.- Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal. 1a. Edición México, 1929. Pags. 135 y 137.
- 38.- Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal. 1a. Edición. México 1931. Pags. 55 y 56.

CAPITULO II .- ANALISIS DEL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD

En este capítulo analizaremos el concepto del delito de Abuso de Autoridad, adentrándonos en conceptos fundamentales para lograr entender claramente el tipo delictivo, conociendo quienes son los que pueden cometer el delito, materia de estudio, y en que casos. Para lograr tal fin es menester conocer lo que se entiende por servidor público por autoridad y por abuso de autoridad para que una vez que se conozca el quién, podamos referirnos al cómo, es decir, analizar el artículo 215 de nuestro Código Penal vigente, así como los supuestos que señala y considera como abuso de autoridad.

Poder otorgar un concepto adecuado de los términos antes mencionados nos llevaría quizá mucho tiempo en consultar a todos los tratadistas que han procurado definir dichos conceptos, pero a mi juicio, presento algunos conceptos que permiten formular una definición propia del cómo vamos a entender al servidor público, a la autoridad y finalmente lo que debe entenderse por abuso de autoridad. Siendo pues conceptos por demás trascendentes del delito de abuso de autoridad, se debe hacer referencia a las siguientes definiciones :

**A. - DEFINICION DE SERVIDOR
PUBLICO**

Para poder entender un concepto claro de lo que se entiende por Servidor Público, estimo necesario en primer término acudir a nuestras leyes para dejar claro de una vez lo que entendemos por servido público. Y es nuestra ley máxima, la Constitución quien nos dice, quién es un servidor público en su artículo 108 que a la letra dice: "... 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." (1)

Considerando lo anterior, servidor público es toda persona que presta sus servicios al Estado, pero debemos considerar desde ahora, que no nos referimos como servidor público a toda persona que preste sus servicios al Estado, sino sólo a aquellos que pertenecen a organismos e instituciones que integren la administración pública federal. Para aclarar este hecho, nuestro Código Penal vigente en su artículo 212 de forma aún más concreta nos define al servidor público señalando que es : "toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y

sociedades asimiladas a éstos, fideicomisos públicos, en el Congreso de la Unión, o en los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, o que manejan recursos económicos federales".

La definición del artículo 212 de nuestro Código Penal vigente es aún más concreta y específica al señalar quienes son servidores públicos, pues a diferencia de las legislaciones anteriores a las reformas de 1982 que hacían mención de los términos funcionarios o empleado público, este artículo señala de forma específica quién es servidor público.

Sin embargo, aún cuando el concepto de servidor público es el que en forma general ha adoptado nuestra constitución para referirse a los empleados del Estado, en nuestro sistema legal se sigue haciendo la diferencia entre funcionario y empleado por lo que considero acertado lo dicho por el maestro Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez, quien señala que el funcionario público "es aquel que ocupa un grado en la estructura orgánica y asume funciones de representación iniciativa, decisión, mando; mientras que el empleado es la persona que presta sus servicios a la Administración Pública sin facultades de representación, decisión y mando."(3)

Así podemos asemejar y tomar como sinónimo el concepto de servidor público con el de funcionario público a quien no debemos confundir con el empleado público que carecería de

poder, decisión, mando (autoridad) para poder abusar de estos elementos e incurrir en el delito materia de estudio.

Por otra parte, no son pocos los doctrinarios que nos ofrecen conceptos de lo que ellos entienden por servidor o funcionario público No. 2; así encontramos que para Gabino Fraga, el funcionario público "supone un encargo especial transmitido en principio por la ley que crea una relación externa que da al titular un carácter representativo."
(4)

No podríamos dejar de mencionar al maestro Miguel Acosta Romero que al respecto comenta: "funcionario público es aquel que representa al Estado a través del órgano de competencia del que es titular, lo representa tanto frente a los Organos del Estado o Entidades Públicas, como frente a los particulares y en relaciones internas con los servidores del Estado."(5)

Por último señalaremos el concepto que nos ofrece el maestro Rafael de Pina en su Diccionario de Derecho, quien dice que "funcionario público es toda persona que por disposiciones de la ley, por elección popular o por nombramiento de la autoridad competente, participa en el ejercicio de una función pública."(6)

Toda vez que se han expuesto diversos criterios que definen al servidor público, es necesario expresar el criterio personal respecto al concepto en estudio. Así, definimos al servidor

público como aquel individuo que bien sea por disposición de la ley, por elección popular o por nombramiento de la autoridad competente realice un empleo, cargo o comisión en representación del Estado, frente a sus propios órganos o bien ante particulares y se encuentre revestido de autoridad.

B . - D E F I N I C I O N D E A U T O R I D A D

En el apartado anterior, al ofrecer la definición de servidor público, se dijo que debería estar revestido de autoridad, de aquí que creo necesario hacer referencia a lo que es una AUTORIDAD en relación al sentido de la palabra SERVIDOR PUBLICO, en tal virtud la autoridad es quien representa y se constituye en el punto de partida del delito de ABUSO DE AUTORIDAD.

Sin embargo se desprende de la lectura del artículo 212 del Código Penal que servidor público es lo que desde el simple aseador de cualquier oficina pública hasta los gobernadores de cualquier Estado o el mismo presidente de la República, esto indica que no todo servidor público estará investido necesariamente de autoridad, es indispensable tratar el problema de diferenciar de nueva cuenta al funcionario público del empleado público, pues mientras el primero tiene funciones de representación, iniciativa, decisión y mando, el segundo carece

de ellas y se constituye en un auxiliar del funcionario pudiendo ser representado por una mecanógrafa o hasta un profesionalista a quien se le encomienda el dictamen de un asunto, pero cuya resolución en que se exterioriza no le es atribuida.

En conclusión, el servidor público o funcionario público debe tener como premisa la del concepto autoridad pues a partir de este concepto podrá constituirse el delito materia de estudio, sin confundir los términos servidor público con empleado público pues este último no revela necesariamente que el último se encuentre revestido de autoridad, y será precisamente conforme las funciones que desempeñe uno de ellos.

Por autoridad debemos entender : "la potestad legalmente conferida y recibida para ejercer una función pública, para dictar el efecto resoluciones cuya obediencia es indeclinable, bajo la amenaza de una sanción y la posibilidad legal de su ejecución". (7)

El doctor Justo Prieto ofrece un comentario muy ad-hoc al decir que "la autoridad es una investidura temporal que viene de la ley o del sufragio. Para realizar su función o misión, la autoridad necesita del poder pero, a veces, se basta a sí misma. En cambio, el ejercicio del poder sin autoridad es violencia, dictadura o tiranía."(8)

Palomar de Miguel nos dice respecto a la autoridad que es: "la facultad o potestad de algunas personas que ejerciendo actos

públicos, disponen también de la fuerza pública para hacer cumplir sus determinaciones. Es el carácter o representación de una persona."(9)

Por último, el Diccionario del Derecho Privado conceptúa a la autoridad como "la potestad de mando y decisión que tiene una persona sobre otras en virtud de alguna cualidad que le prestigia y le capacita para la decisión de mando."(10)

C . - D E F I N I C I O N D E A B U S O D E A U T O R I D A D

Para poder otorgar el concepto en primer término, de ABUSO DE AUTORIDAD, debemos señalar la palabra ABUSO, desde sus raíces latinas (abusus) nos ofrece la idea del mal uso de una cosa, y esta concepción general nos conlleva a definirlo como aprovechamiento de una situación en contra de una persona o de una cosa.

El abuso constituye toda demasia o exceso en el uso y tiene una aplicación conceptual amplísima. Existe un adagio anónimo que bien puede ser aplicado en la búsqueda de nuestro concepto "Abusus non est usus, sed, corruptela."

Traduciendo el significado de esta palabra a un lenguaje más jurídico, nos encontramos que abuso es el hecho de usar un poder, de una facultad, de un derecho o de una situación

especial como asimismo de una cosa u objeto más allá de lo que resulta ser lícito, por la naturaleza o por la costumbre desde luego, con fines muy distintos de los que autoriza la ley.

Y el hecho de usar un poder, una facultad, un derecho, le corresponde a la autoridad, al servidor público, por lo que el mal uso que hace un servidor o funcionario público de su autoridad o facultades, es lo que conocemos como ABUSO DE AUTORIDAD.

Es indispensable que en el Estado, política y jurídicamente ordenado se de un funcionamiento legal y recto de la administración a cargo de sus funcionarios para que se castigue el acto abusivo en sí mismo para lograr tutelar el orden jurídico, pues el abuso de autoridad puede provocar toda clase de males que simultáneamente lesionan otros bienes jurídicos independientemente del interés en la regularidad y legalidad misma del acto, adquiriendo tipicidad y una gravedad diversa, conformando así las fracciones que integran el artículo 215 de nuestro Código Penal que contempla el delito en comento.

Para el maestro Rafael de Pina, abuso de autoridad "es el acto o conjunto de actos que exceden de la competencia de un servidor público, realizado intencionalmente en perjuicio de una persona ." (11)

Del análisis de la definición anterior se confirma que la esencia del concepto radica en el exceso en este caso, exceso de

competencia, y yo agregaría de poder, de decisión, de mando, que constituye un uso indebido de las facultades conferidas al servidor o funcionario público.

No debemos olvidar que debe existir intención de obrar con ese exceso de facultades en perjuicio de uno u otros, siendo estos dos elementos los que constituyen el concepto del delito de ABUSO DE AUTORIDAD.

De tal manera resulta necesario confirmar lo que ya se mencionaba en el apartado anterior respecto a que el servidor público debe estar investido de autoridad, esto es, que ejerza imperio, tome determinaciones o imponga obediencia, para que pueda existir el delito, materia de estudio.

Así que, el funcionario o servidor público que actúa en exceso, arbitrariedad, injusticia, perjuicio, extralimitación en contraposición a las disposiciones que por ministerio de ley debe observar, incurrirá en lo injusto, en lo contrario al derecho que no es otra cosa que el abuso de las facultades que le fueran dadas, orientando su voluntad a lesionar un derecho, incurriendo en ABUSO DE AUTORIDAD.

D . - ARTICULO 215 DEL CODIGO PENAL VIGENTE

Nuestro Código Penal vigente en su artículo 215 nos señala quiénes cometen el delito de ABUSO DE AUTORIDAD, describiéndolo

en XII fracciones, por lo que estimo necesario hacer el análisis de cada una de esas fracciones logrando así de manera más explícita y completa cubrir el objetivo de este nuestro segundo capítulo, que no es otro más que el de analizar el delito materia de estudio.

Conforme al artículo 215 del Código Penal vigente, cometen el delito de ABUSO DE AUTORIDAD, los servidores públicos que incurran en alguna de las fracciones siguientes:

1 . - F R A C C I O N I .

I.- "Cuando para impedir la ejecución de una ley, decreto, reglamento, el cobro de un impuesto o el cumplimiento de una resolución judicial, pida auxilio a la fuerza pública o la emplee con ese objeto";

Del análisis de la fracción anterior, se desprende el hecho de que una de las principales obligaciones de un servidor público, en su carácter de representante de Estado, cualquiera que sea su categoría es la de cumplir y hacer cumplir la ley, desde la Constitución, hasta cualquiera de las leyes que de ella emanan. Y precisamente en esta fracción el abuso de autoridad consiste, en el exceso precisamente por parte del sujeto activo, de la autoridad que posee para impedir el cumplimiento de la ley

o sus mandatos legítimos, mediante el empleo de la fuerza gobernante.

Así, la acción típica contempla a nuestro juicio dos hipótesis:

- Que se pida auxilio a la fuerza pública.
- Que dicha fuerza pública tenga como fin el impedir que se ejecute una ley determinada.

En este delito, el objeto del servidor público no es otro más que el de sustraerse a la ejecución de las disposiciones administrativas, fiscales o judiciales, cuya observancia obligatoria va en contra de su situación individualizada toda vez que le causa un perjuicio el que dicha ley sea observada.

El maestro Carranca y Trujillo señala en su Código Penal comentado que: "este delito se consuma por el solo hecho de solicitar el empleo de la fuerza pública o de emplearla, según los supuestos legales"(13). El anterior comentario nos hace reflexionar respecto a que no es necesario que se presente la consumación de este delito, el que el sujeto activo hubiera logrado su fin, es decir que se impida la aplicación de una ley, basta el solicitar el auxilio de la fuerza pública exigiendo que la acción de pedir y emplear tenga realidad fáctica sin exigir la causación del resultado propuesto.

Por último, creo necesario fijar el concepto de fuerza pública, siendo el maestro Raúl Carranca quien nos ofrece su

concepto en la obra ya mencionada; para él "por fuerza pública debe entenderse la fuerza policiaca"(14). Contrario a la función que da el servidor público a la policía, su fin debe ser el de preservar los derechos individuales con el fin de asegurar el bienestar de la comunidad.

2 . - F R A C C I O N I I .

II.- "Cuando ejerciendo sus funciones o con motivo de ellas hiciere violencia a una persona sin causa legítima o la vejare o la insultare"; (14)

Considero necesario dividir la fracción anterior en cuatro puntos de análisis para comprenderla mejor y cumplir con ello el objeto de este apartado.

En primer término analizaremos esta fracción por lo que hace a su parte primera, que señala "cuando ejerciendo sus funciones o con motivo de ellas"; es claro que el espíritu del legislador en esta frase se refirió a que el sujeto activo del delito debe realizar los actos que constituyen los elementos del tipo precisamente en el momento de ejercer sus funciones como servidor público o bien con motivo de ellas, pues de otra forma no se configuraría el abuso de autoridad y si otro delito que corresponda al bien jurídico lesionado. Estamos en presencia de una referencia de índole tempo-oficial "ejerciendo sus funciones

o con motivo de ellas", pues cuando el sujeto activo actúe sin prevalecerse de las funciones del cargo que ejerza, la acción jurídica no es encuadrable en la figura de abuso de autoridad, significando esta frase un abuso en ocasión del elemento temporario.

En segundo lugar, debemos señalar que la acción ejecutiva consiste en ejercer violencia, actuando en contra del particular o sujeto pasivo, y al no hacerse en esta fracción alusión alguna respecto a la naturaleza de la violencia, debemos entenderla en su doble aspecto, es decir, violencia física y violencia moral, entendiendo por la violencia física aquella fuerza material que se ejerce sobre o contra una persona, alterando el funcionamiento normal de su organismo; y por violencia moral, la constricción que un mal grave e inminente ejerce sobre el espíritu humano, violentando sus determinaciones.

Al respecto el maestro Carranca y Trujillo nos hace reflexionar, pues señala un ejemplo en el cual un agente de policía que hace violencia sobre la persona que detiene o trata de detener, en cumplimiento de una orden judicial, actúa con causa legítima (16). Si bien es cierto que queda tácitamente autorizado el empleo de medios adecuados para cumplimentar la orden que se le da, también lo es, que no debe excederse en el uso de esos medios pues caería ya en la configuración del delito en estudio, como puede ser, el caso de las violencias desplegadas sobre personas detenidas, para obligarlas a confesarse autoras de un delito que no cometieron.

Un tercer elemento normativo expresado en la descripción típica, lo constituye la frase "sin causa legítima"; de aquí que el servidor público debe actuar sin apego a la ley, misma que le impone determinados deberes en relación al cargo público que ostenta, lesionando bienes jurídicos de personas ajenas.

Así, deberá considerarse que el servidor público que no observe la ley imperativa que le impone el cumplimiento de su deber, actuando más allá de lo que la misma ley le permite o bien omitiendo su observancia, incurre en el delito de ABUSO DE AUTORIDAD.

Por último, esta fracción nos habla de vejaciones e insultos, debiendo entender por vejar, "aquel acto de molestia, maltrato, acosamiento a determinada persona, perjudicándolo o haciéndolo padecer."(17)

Considerando el maestro Carranca y Trujillo el insulto como sinónimo de la vejación, revelándonos esta frase que el insulto y la vejación son injustos por parte del servidor público, incurriendo en un exceso de la autoridad y por lo tanto en un abuso de la misma.

3 . - F R A C C I O N III.

III.- "Cuando indebidamente retarde o niegue a los particulares la protección o servicio que tenga obligación de

otorgarles o impida la presentación o el curso de una solicitud". (18)

En esta fracción la acción típica contempla dos hipótesis con base en la situación personal del sujeto activo y que son a saber:

- Cuando un servidor público retarde o niegue a un particular la protección o servicio que tiene obligación de prestar.

- Cuando impida el servidor público la presentación o curso de una determinada solicitud.

La esencia de la primer hipótesis es que el funcionario es precisamente un servidor público que debe acatar el cumplimiento de las obligaciones que le son propias por la función que desempeña, y es el caso en el que se integra el comportamiento típico cuando el servidor público incurre en la inobservancia de sus obligaciones, faltando así al cumplimiento de su deber frente a los particulares, brindándoles determinada protección o servicio.

Complementa el maestro Mariano Jiménez Huerta esta hipótesis al aumentar el término "retraso", pues bien pueden darse el caso en que el particular requiera de forma inmediata la protección o servicio por parte del funcionario público y éste en forma "indebida" retarde su obligación (19), pues puede causar lesiones, aun más graves en los intereses del sujeto

pasivo, dando pie a la configuración inclusive de un nuevo delito.

Es importante hacer notar que el retraso debe ser provocado por conductas realizadas en contra del derecho por parte del servidor público y no atender a causas que provoca la complejidad de la organización y funcionamiento de la administración.

La segunda hipótesis a todas luces resulta violatoria del art. 8o. Constitucional en la garantía que ampara, pues como dicta dicho artículo " ... a toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término el peticionario" (20). Y en el caso que nos ocupa para que se configure dicho delito debe impedirse el curso de una solicitud, inclusive, el artículo en comento señala que debe darse el trámite en breve término, caso contrario al tipo de esta fracción pues la acción tendiente a obstaculizar el hecho material puede consistir en el retraso de un trámite o el mismo hecho de hacer perdedizo un expediente por lo que hace al hecho de impedir la presentación de una solicitud puede consistir desde arrebatarlo de las manos del portador, o bien destruir su solicitud a efecto de que no se le de el trámite a seguir.

Al respecto Jiménez Huerta afirma que "hallamos la base de este precepto en el art. 8o. Constitucional que establece el derecho público subjetivo individual del ciudadano de prestar

a los servidores públicos las solicitudes y demandas que estimen convenientes y que sean de la competencia de ellos." (21)

4 . - F R A C C I O N I V .

IV.- "Cuando estando encargado de administrar justicia bajo cualquier pretexto, aunque sea el de obscuridad o silencio de la ley, se niegue injustificadamente a despachar un negocio pendiente ante él, dentro de los términos establecidos por la ley"; (22)

Al estar en presencia de esta fracción, se desprende que la posibilidad de ser sujeto activo queda restringida sólo a aquellos "encargados de administrar justicia". La administración de justicia en su concepto amplio, es el conjunto de tribunales de todos los fueros que tienen a su cargo la aplicación de las leyes, vale decir, el poder judicial; y en un sentido restringido, es la potestad de que gozan los jueces de aplicar las normas jurídicas a los casos particulares, luego entonces, el sujeto activo en este delito es el servidor público que posee la potestad de aplicar y hacer valer la ley, es decir, los jueces, los magistrados o los ministros.

Sin embargo al reducir el universo de quien puede ser sujeto activo en este delito, nos enfrentamos al problema que ya se ha señalado, Jiménez Huerta o Raúl Carranca, respecto a que

este delito deberá encuadrarse dentro del TITULO DECIMOPRIMERO del Código Penal, que habla de los delitos cometidos contra la administración de justicia, toda vez que al ser citado en el título anterior como abuso de autoridad, se limita la calidad del sujeto activo, sin embargo aprecio que el espíritu del legislador tenía como finalidad no el reducir la calidad del sujeto activo, sino que es un caso en el que un servidor público incurre en el abuso de las facultades que le son conferidas, porque también es un servidor público como el que puede ser sujeto activo en las once restantes fracciones del artículo que se analiza, de hecho el título decimoprimer de nuestro Código Penal en su artículo 225 que habla de los delitos cometidos contra la administración de justicia, a partir de la fracción IX hace referencia de forma concreta al Ministerio Público, quien en estricto sentido no es quien resuelve, decide u omite una resolución definitiva como lo es el Juez, sin embargo se alude a este servidor público en el artículo anteriormente señalado, por que su presencia la justifica la Constitución Política en su artículo 21, pues de igual forma el artículo 215 en la fracción IV incluye a un servidor público que puede incurrir en el abuso de autoridad y ser tipificada su conducta, así que consideramos fuera de lugar su inclusión en este TITULO DECIMO.

Por otro lado, debemos comentar que la esencia de esta fracción no se encierra en discernir si está bien ubicado el sujeto activo de este delito y en este caso específico, sino que debemos considerar que la administración de justicia debe ser pronta y eficaz, garantizando así el imperio del orden y la

tranquilidad pública, por lo que el servidor público (administrador de justicia) se encuentra obligado a resolver las controversias sometidas a su jurisdicción, de tal suerte, que el sujeto activo que se niegue injustificadamente a cumplir con una de las obligaciones propias y principales de su cargo, se vale de la autoridad que detenta para abusar de ella y causar perjuicios a un tercero ajeno a los intereses personales de ese seudo "administrador de justicia".

Estamos en presencia de una negativa por parte del administrador de justicia a cumplir con su obligación, contrariando la disposición legal al no observar dicha obligación en los términos que establece la misma, por lo que es injusto, y como lo injusto es lo contrario a derecho, se incurre en un mal uso de las facultades conferidas a su puesto.

Por último creo necesario mencionar de la fracción en comento, al hacer mención de la frase " bajo cualquier pretexto", contrapone dos interpretaciones, la primera de ellas la ofrece el maestro Raúl Carranca y Trujillo al mencionar que: " El pretexto ha de ser explícito, pues de lo contrario, la negativa no podría ser consecuentemente expresa. Debe además, esgrimirse como resultado del requerimiento de alguna de las partes o ambas para que el agente acuerde la resolución que corresponda. " (23)

Y por otro lado, una postura diferente señala a través del maestro Mariano Jiménez Huerta que " También la simple negativa

no acompañada de ningún pretexto, entra en la descripción típica, pues la frase " bajo cualquier pretexto", no tiene otro sentido que el de manifestar la inoperancia de cualquier excusa o razón que se aduzca para no despachar el negocio". (24)

En lo personal aprecio que es necesario considerar como un supuesto que integra al tipo, el pretexto que se esgrime con el fin de presentar la negativa, inclusive la misma fracción IV al señalar que "Aunque, el de obscuridad o silencio de la ley". Dando pie a pesar que entre muchas otras excusas pueden ser consideradas como mínimas las dos que se mencionan, por lo que al decir como mínimas surge la idea de considerar como un hecho la excusa para que se configure el delito, independientemente de que dicha excusa sea inoperante o carezca de razón, pues al negarse teniendo obligación de cumplir con el fin que es administrar justicia, resulta carente de razón cualquier excusa que injustificadamente se esgrima para no cumplir con lo señalado en la ley.

5 . - F R A C C I O N V .

V.- "Cuando el encargado de una fuerza pública requerida legalmente por una autoridad competente para que le preste auxilio, se niegue indebidamente a darselo"; (25)

Antes de señalar el sujeto activo del delito, considero pertinente en primer lugar, definir a la fuerza pública, y para tal efecto debemos considerarla como el conjunto de agentes de autoridad encargados de mantener el orden, y existen diversos organismos que hoy velan por mantener la seguridad y orden público incluyendo a la autoridad militar, pues se integraría un delito de esta especie. Concretamente nos estamos refiriendo a la policía que es la encargada de velar por el mantenimiento del orden público y la seguridad de los ciudadanos, bajo las ordenes de las autoridades políticas.

Al tratar de definir al sujeto activo de este delito, se restringe la calidad del mismo toda vez que al decir "el encargado de una fuerza pública", sólo procede con quien en el momento de que sea solicitado al auxilio de la fuerza pública, funja como encargado o directivo, o jefe de una fuerza pública en general, quien frente al hecho se ostenta como autoridad encargada de algún cuerpo policiaco y presenta negativa a cumplir con la obligación propia del cargo que ostenta.

Por otro lado, al mencionar que debe ser requerido legalmente por una autoridad entendemos que debe ser conforme a la ley en los límites y alcances de éste, y para ser legal debe provenir de una autoridad competente. Así estamos hablando de una solicitud que hace una autoridad determinada y competente a otra autoridad legítima para prestar auxilio.

Para que se tipifique este delito es menester que exista una negación de auxilio realizado por el encargado de una fuerza pública, y esta negación debe ser indebida, es decir, sin causa legítima, sin apego a la ley presentando inobservancia a la obligación que ésta le fija.

6 . - F R A C C I O N VI.

VI.- "Cuando estando encargado de cualquier establecimiento destinado a la ejecución de sanciones privativas de libertad, de instituciones de readaptación social o de custodia y rehabilitación de menores y de reclusorios preventivos o administrativos, sin los requisitos legales, reciba como presa, detenida, arrestada o interna a una persona o la mantenga privada de su libertad, sin dar parte del hecho a la autoridad correspondiente, niegue que está detenida, si lo estuviere, o no cumpla con la orden de libertad girada por la autoridad competente"; (26)

Son varias las hipótesis que contempla el análisis de esta fracción, pero comienza a ser amplio el análisis desde el momento en que se considera no un solo establecimiento, sino que considerados tanto las instituciones de readaptación social, las de custodia, las de rehabilitación de menores, los reclusorios preventivos o administrativos, pudiendo configurarse el delito

por lo que hace a su situación espacial en los sitios antes mencionados.

A nuestro juicio, las siguientes hipótesis son las que configuran la descripción típica del abuso de autoridad en esta fracción:

1a.- Cuando el encargo de cualquiera de los establecimientos arriba señalados reciba como presa, detenida, arrestada o interna a una persona sin cumplir con los requisitos legales.

A todas luces resulta violatorio este hecho de las garantías individuales consagradas en los artículos 14 y 16 de nuestra Constitución, por lo que hace al primero en cuanto se señala que "nadie podrá ser privado de la libertad" "si no, mediante un juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento"(27) (actos de privación); y en cuanto al artículo 16 de Carta Magna en tanto que: "nadie puede ser molestado en su persona", "sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento"(28).

Se representa en esta conducta típica dos caras de incriminación, por un lado un abuso de autoridad, al aceptar dar entrada, admitir o recluir a una persona cuando no se han cubierto previamente los requisitos legales, es decir, se actúa de forma arbitraria y antijurídica; y por otro lado la de un

ataque a la libertad política de cualquier ser humano que ha sido humillado al ser violados sus derechos que posee por el solo hecho de ser hombre.

2a.- Mantener privada de su libertad a la persona que detiene, sin dar parte del hecho a la autoridad correspondiente.

Se requiere que se cumpla la primera hipótesis, para poder mantener privado de su libertad al sujeto detenido pues, el sólo hecho de decir mantener, implica una continuación en el tiempo y en el espacio por parte del sujeto activo, por tal virtud estamos en presencia de un delito permanente o continuo en donde se da una conducta de comisión por omisión, pues el deber del servidor público consiste en dar aviso a la autoridad correspondiente encontrando esta obligación su fundamento en el artículo 19 constitucional que a la letra dice: "Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, (término Constitucional de 72 horas)"(29).

3a.- Niegue la autoridad que una persona se encuentra detenida, cuando lo estuviere.

Podemos decir que este acto es un hecho común que se presenta en los lugares donde hay personas privadas de su libertad bajo cualquier concepto, cuando los encargados (servidores públicos) niegan la detención a los familiares o incluso autoridades que investigan respecto al paradero del detenido, en tal virtud la acción típica consiste en la negativa

por parte del sujeto activo de ofrecer la información necesaria al afectado que solicite su servicio para determinar si existe o no detenido el sujeto pasivo o bien, sabiendo de antemano que está detenido, niegan su permanencia en cualquier lugar. En conclusión, considero que el negarse a dar información respecto a la permanencia de un sujeto en algún lugar de reclusión, equivale al hecho de negarlo cuando lo estuviere.

4a.- Y última hipótesis se configura cuando no se cumpla la orden de libertad girada por la autoridad competente.

Al respecto, Jiménez Huerta comenta: "La conducta ejecutiva consiste en una inercia, pues no cumplir significa no efectuar puntualmente aquello a que el deber jurídico obliga: poner en inmediata libertad al detenido"(30). Una cosa será que los trámites burocráticos provoquen demora, tardanza, dilación o retardo para poner en libertad al detenido cuando existe obligación por que una autoridad competente que actuó conforme a la ley giró una instrucción a un servidor público y que éste no observó por negligencia o incluso por intereses muy particulares, como pudiera ser una venganza.

El delito configurado en esta fracción constituye un subtipo de el de privación legal de la libertad a que se refieren los artículos 364 a 366 bis del Código Penal vigente.

7 . - F R A C C I O N VII.

VII.- "Cuando teniendo conocimiento de una privación ilegal de la libertad no la denunciase inmediatamente a la autoridad competente o no lo haga cesar, también inmediatamente, si esto estuviere en sus atribuciones"; (31)

En esta fracción se presentan dos hipótesis que integran el compartimiento fáctico de la figura delictiva:

1.- Cuando se tiene conocimiento de una privación ilegal de la libertad y no se denuncia inmediatamente a la autoridad competente.

2.- Si no se hace cesar dicha detención ilegal, si esto estuviere en sus atribuciones.

La conducta típica presupone en el sujeto activo, como elemento subjetivo, el conocimiento previo de una privación ilegal de la libertad, este conocimiento previo lo puede tener cualquier servidor público de cualquier dependencia, aunque en la práctica son realmente los servidores públicos que llevan a cabo su trabajo en las instituciones de readaptación social o de custodia y rehabilitación de menores y de reclusorios preventivos o administrativos, los que normalmente figuran como sujetos activos de ese delito.

En la primera hipótesis planteada, el delito se consuma por el hecho de la ocultación, de un hecho que constituye la privación ilegal, de la libertad de manera consiente y voluntaria por parte del sujeto activo, de tal suerte que en este supuesto no es configurable la tentativa.

Por lo que hace a la segunda hipótesis, se configura el delito cuando un servidor público no cesa los efectos de una detención ilegal cuando esto fuera posible, si se contempla dentro de sus atribuciones, es decir, si se encuentra revestido de autoridad y potestad para evitar un acto ilegal, en este caso la detención, presentando franca desobediencia a lo que de forma tácita le ordena la ley, incumpliendo su deber.

Por último señalamos un ejemplo muy claro, donde el cumplimiento de los deberes jurídicos que contiene la fracción XVIII del artículo 107 de nuestra Carta Magna, integran el comportamiento fáctico de la fracción materia de estudio; dicha fracción XVIII del artículo 107 Constitucional señala que " los alcaides y carceleros que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión de un detenido, dentro de las 72 horas que señala el artículo 19, contadas desde que aquél esté a disposición de su Juez, deberán llamar la atención de éste sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término y si no reciben la constancia mencionada, dentro de las tres horas siguientes lo pondrán en libertad"(32). Por un lado se tendría el conocimiento de una privación ilegal de la libertad, y si no se hiciera saber al Juez (autoridad competente) se incurre en el

supuesto, y por otro lado si aún a pesar de haber puesto en conocimiento del Juez dicho acto, éste no hiciera caso, la Constitución la faculta para que cese inmediatamente después de vencido el plazo requerido para la detención ilegal, de no ser así, se integraría el tipo penal que describe esta fracción.

8 . - F R A C C I O N VIII.

VIII.- " Cuando haga que se entreguen fondos, valores u otra cosa que no se le halla confiado a él y se los apropie o disponga de ellos indevidamente"; (33)

Lo que califica la acción descrita en esta fracción como abuso de autoridad, es el abuso del poder. La apropiación o disposición de los fondos, valores u otra cosa que haya obtenido por medio de la compulsión inherente del abuso del poder, puede lesionar otros bienes jurídicos tutelados, resultando incluso el caso de una acumulación de delitos.

Esa facultad de tener expédita la potencia de hacer algo por la autoridad que puede manifestarse en un mandato, orden, intimidación o hasta un temor reverencial, constituye la acción típica que contiene la fracción anterior; complementándose con la apropiación o disposición de esos fondos, valores u otras cosas, hecho para el propio beneficio o interés, haciendo de esto algo ya indebido, es decir, injusto, ilícito y falto de equidad.

No debe confundirse el delito descrito en esta fracción con el delito contemplado por el artículo 223 de nuestro Código Penal vigente (peculado) diferenciando por una cuestión tempofacultativa, pues mientras que en el delito de la fracción en comento, la diferencia temporal se da en relación al objeto corporal del delito que no está en poder del sujeto activo cuando inicia la conducta, no así en el peculado pues como lo señala la fracción primera del artículo 223 del Código Penal lo tiene recibido en administración, depósito u otra causa desde antes de iniciarse la distracción.

Y por lo que hace a la cuestión facultativa es claro que en el peculado el Estado faculta al servidor público por razón de su cargo a disponer de esos bienes para un fin determinado, situación contraria a la figura delictiva de la fracción VIII en análisis, pues debemos entender que por ley no deben serle confiados esos fondos, valores y bienes en general al servidor público.

9 . - F R A C C I O N IX.

IX.- "Cuando con cualquier pretexto, obtenga de un subalterno, parte de los sueldos de éste, dádivas u otro servicio"; (34)

A todas luces resulta notorio que el abuso de poder que describe la fracción, tiene un móvil de la conducta delictuosa

la obtención de un lucro propio indebido, causando lesión en los intereses particulares de individuo. Se convierte en un delito doloso, donde no es configurable la tentativa.

La fracción emplea la frase "con cualquier pretexto". es necesario que el sujeto activo logra la exacción con el empleo de la compulsión que signifique incluso la violencia física o moral esto es, que con el abuso de su autoridad, de su poder, llegue incluso a la intimidación, miedo, amenaza para obtener de un subalterno diversos servicios o dádivas.

Por lo que hace a la obtención del sueldo por parte del subalterno y entendiendo a éste como el empleado de categoría inferior que se encuentra debajo de una persona que resulta ser su jefe (funcionario subalterno), resulta que estamos en presencia de una explotación laboral, oriunda de un convenio expreso o tácito, pero que no deja de ser injusta y provechosa para el servidor público que la recibe.

Considero importante la distinción que hace Jiménez Huerta entre "los pequeños obsequios que el subalterno haya dado expontáneamente al superior en señal de atención o respeto y en ocasión de una fiesta onomástica o de un acaecer faustico"(35); con respecto al hecho de obtener parte de los sueldos, dádivas u otro servicio por la obligación que se tiene ante un mandato de su superior con el miedo, temor de perder el empleo o incluso violencia física (cualquier pretexto), con el fin de

satisfacerse al servidor público que incurre en esta figura delictiva.

10. - F R A C C I O N X.

X.- "Cuando en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, otorgue empleo, cargo o comisión públicos, o contratos de prestación de servicios profesionales o mercantiles o de cualquier otra naturaleza, que sean remunerados, a sabiendas de que no se prestará el servicio para el que se les nombró, o no se cumplirá el contrato otorgado"; (36)

Se contemplan dos hipótesis que dan forma a la acción típica del delito, que contiene la fracción anterior:

- Por un lado, el hecho de que un servidor público en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas otorgue empleos, cargos o comisiones así como contratos de cualquier naturaleza.

Considero que en esta primera hipótesis el ánimo del sujeto activo debe ser el que por el hecho de ostentar facultades inherentes a su cargo pueda nombrar sin previa valoración a diversas personas de su preferencia por el solo hecho de que "él puede nombrar a quien guste" y compartimos la idea del maestro González de la Vega al comentar que al incluir esta fracción el legislador ha pretendido terminar con los llamados "aviadores",

que no son otra cosa más que personas que sin prestar realmente un servicio público, aparecen en las nóminas, cobrando sueldos u honorarios, siendo por ello una carga para el erario (37), conformando el no prestar un servicio real y cobrarlo, la segunda hipótesis de esta figura delictiva.

Definitivo resulta ser que se trata de poner un freno a la corrupción más que abrumadora, angustiante que se presenta en la administración pública, donde el servidor público abusando de las facultades que ostenta por su cargo, cree posible no sólo el hecho de poder "explotar" su presupuesto, sino que también procede a nombrar cargos públicos, no pocas veces inventados y sin fundamento, a sus incondicionales para que en asociación puedan abusar de sus funciones sin importar el que el fin de su habilitación como servidor o concesionario llegue a ampliarse.

En el trasfondo de la descripción típica yace una defraudación para la administración pública como se deduce de la especificación de que los empleos, cargos, comisiones o contratos sean remunerados. Y por el hecho de que el sujeto activo procede a sabiendas de que no se prestará el servicio, incurre en el dolo específico, al margen del genérico que señala el artículo noveno del Código Penal vigente.

1 1 . - F R A C C I O N X I .

XI.- "Cuando autorice o contrate a quien se encuentre inhabilitado por resolución firme de autoridad competente para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público; siempre que lo haga con conocimiento de tal situación";(38)

La inhabilitación es la sanción de un delito, consistente en la prohibición para desempeñar determinados empleos y funciones, así como para ejercer ciertos derechos, incluso nuestro Código Penal vigente lo contempla como sanción en su artículo 24.

Para encontrarnos en el supuesto, que señala la fracción anterior es necesario que dicha inhabilitación sea por resolución final de autoridad competente la cual sólo puede provenir de una autoridad Judicial.

Así pues, la figura delictiva materia de análisis tiene un alcance limitado, pues el servidor público que contrate o autorice al inhabilitado con conocimiento de tal situación, sólo incurre en el tipo penal cuando contrate o autorice un inhabilitado por resolución Judicial, pues si pensamos en el servidor público que contrata o autoriza la contratación de personas que carecen de algún requisito que la ley establece para ejercer determinados empleos, cargos o comisiones públicas, no puede comprenderse en esta figura delictuosa.

La acción típica del sujeto consiste en la inobservancia de una obligación que en este caso es respetar las sanciones impuestas por la autoridad judicial, caso concreto de la inhabilitación, pues con pleno conocimiento de esta sanción, hace caso omiso y actúa fuera del marco legal que tiene obligación de seguir.

En esta fracción como en la anterior, el sujeto activo incurre en un dolo específico consistente en este caso, en el conocimiento de la situación planeada.

1 2 . - F R A C C I O N X I I .

XII.- "Cuando otorgue cualquier identificación en que se acredite como servidor público a cualquier persona que realmente no desempeñe el empleo, cargo o comisión que se haga referencia en dicha identificación"; (39)

En esta fracción se sanciona el hecho de expedir acreditaciones a personas que sin nombramiento de comisión, cargo o empleo, se ostenta como tal con objeto de determinar con el fenómeno conocido como "credencialismo".

Atendiendo a un aspecto meramente subjetivo por parte del sujeto activo, también se sanciona a aquellas personas que acepten los nombramientos, contratos o identificaciones que le

acredite como servidor público, como es el caso no sólo de esta fracción, sino que también lo es el de sus dos antecesoras.

La aceptación se manifiesta claramente en el uso indebido de las mismas. Sin embargo, la simple tenencia es signo indicativo de la aceptación.

A continuación se presenta para su mayor comprensión, un cuadro sinóptico, que señala la penalidad impuesta en el artículo 215 del Código Penal vigente para el delito de abuso de autoridad.

CODIGO PENAL EN MATERIA COMUN PARA EL DISTRITO FEDERAL

Y EN MATERIA FEDERAL PARA TODA AL REPUBLICA.

ARTICULO	DELITO	PENALIDAD
215	ABUSO DE AUTORIDAD	
	FRACCIONES	
	I X	* 1 a 8 años de prisión.
	a Y a	* de 50 hasta 300 días multa.
	V XII	* destitución e inhabilitación de 1 a 8 años para desempeñar otro, empleo, cargo o comisión públicos.
	X a XII	* Igual sanción a quienes acepten nombramientos, contrataciones o identificaciones.
	VI a IX	* 2 a 9 años de prisión. * 70 a 400 días multa. * destitución e inhabilitación de dos a nueve años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

BIBLIOGRAFIA UTILIZADA EN EL SEGUNDO CAPITULO.

- 1.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
94a. Edición. Editorial Porrúa, México, 1992.
- 2.- CODIGO PENAL. Para el Distrito Federal en Materia de
Fuero Común y para toda la República en Materia de
Fuero Federal. 50a. Edición. Editorial Porrúa. México
1992.
- 3.- DELGADILLO GUTIERREZ, Luis Humberto. Elementos de
Derecho Administrativo. Editorial Limusa, México,
1989. Pag. 147.
- 4.- FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. Editorial
Porrúa. México, 1990, Pag. 130.
- 5.- ACOSTA ROMERO, Miguel. Teoría General del Derecho
Administrativo. Textos Universitarios de la U.N.A.M.
México, 1975. Pags. 302 y 303.
- 6.- DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho.
Editorial porrúa, S.A. México, 1980. Pag. 276.
- 7.- DE PINA VARA, Rafael. ob. cit. Pag. 18.
- 8.- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, TOMO I A. Editorial
Driskill S.A. Buenos Aires, Argentina 1979.

- 9.- DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO. Editorial Labor, S.A.
Barcelona-México 1963.
- 10.- DE PINA VARA, Rafael. ob. cit. Pag. 20.
- 11.- CODIGO PENAL... 50a. Edición. ob. cit. Pag. 72.
- 12.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Código Penal Comentado.
Editorial Porrúa, S.A. México 1991, Pag. 524.
- 13.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. ob. cit. Pag. 529.
- 14.- CODIGO PENAL... 50a. Edición. ob. cit. Pag. 72.
- 15.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. ob. cit. Pag.-525.
- 16.- PALOMAR DE MIGUEL, Juan. ob. cit. Pag. 1389.
- 17.- CODIGO PENAL... 50a. Edición ob. cit. Pag. 72.
- 18.- JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo
V. Editorial Porrúa, S.A. México 1983. Pag. 18.
- 19.- CONSTITUCION POLITICA. ob. cit. Pag. 12.
- 20.- JIMENEZ HUERTA, Mariano. ob. cit. Pag. 18.
- 21.- CODIGO PENAL... 50a. Edición ob. cit. Pag. 72.

- 22.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. ob. cit. Pag. 526.
- 23.- JIMENEZ HUERTA, Mariano. ob. cit. Pag. 393.
- 24.- CODIGO PENAL... 50a. Edición ob. cit. Pag. 72.
- 25.- CODIGO PENAL... 50a. Edición ob. cit. Pag. 72.
- 26.- CONSTITUCION POLITICA MEXICANA. ob. cit. Pag. 13.
- 27.- ibidem.
- 28.- ibidem Pag. 16.
- 29.- JIMENEZ HUERTA, Mariano. ob. cit. Pag. 395.
- 30.- CODIGO PENAL... 50a. Edición. Pag. 72.
- 31.- CONSTITUCION POLITICA. ob. cit. Pag. 72.
- 32.- CODIGO PENAL... 50a. Edición Pag. 72.
- 33.- CODIGO PENAL... 50a. Edición. Pag. 72.
- 34.- JIMENEZ HUERTA, Mariano. ob. cit. Pag. 397.
- 35.- CODIGO PENAL... 50a. Edición. Pag. 72.

36.- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. El Código Penal
Comentado. Editorial Porrúa, S.A., 10a. Edición.
México 1992. Pag. 336.

37.- CODIGO PENAL... 50a. Edición. Pags. 72 y 73.

38.- CODIGO PENAL... 50a. Edición. Pag. 73.

CAPITULO III. - ELEMENTOS DEL DELITO

Los elementos del delito son la parte medular de nuestro estudio, toda vez que, en ellos se encierran los fundamentos que nos hacen comprender el por qué se considera al abuso de autoridad como un delito; y para lograrlo necesariamente hemos de exponer la teoría del delito presentando algunas generalidades sobre su definición. Se llama "Teoría del delito" a la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar lo que es el delito en general, es decir, cuáles son las características que debe tener cualquier delito.

Analizando la palabra delito desde sus raíces encontramos que proviene de la voz latina "delictum" que significa desviarse, resbalar, abandonar, quebrantamiento de la ley, sin embargo esta definición es muy pobre refiriéndose solamente al acto sancionado por la ley con una pena.

No son pocos los autores que han otorgado su propio concepto de delito, sin que logren para su concepto validez universal en todo tiempo y espacio, por lo que resultaría extenso señalar todos los "conceptos" que se han otorgado sobre el delito. Así, mencionaremos algunas definiciones que han sido consideradas como más trascendentes.

"Una primera definición es la que otorga nuestro Código Penal en su artículo 7o. el cual señala al delito como: "acto u

omisión que sancionan las leyes penales"(1). Para Ignacio Villalobos, "delito es todo atentado grave al orden jurídico; y si los fines del derecho son la justicia, la seguridad y el bien común, el delito es tal, porque lesiona y pone en peligro alguno de estos tres valores, o atenta contra él"(2). Para el Doctor Márquez Piñero, desde el punto de vista sustancial, el delito es un acto humano, antijurídico, típico, culpable y sancionado por una pena.(3)

La definición que otorga uno de los máximos exponentes de la Escuela Clásica, lo fue Francisco Carrara, quien define 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".(4)

Por último señalaremos que para el Doctor Raúl Carranca y Trujillo el delito es siempre una conducta (acto u omisión) reprobada o sancionada mediante la amenaza de una pena. No es necesario que la conducta tenga eficaz secuencia en la pena; basta con que amenace. La noción teórico-jurídica del delito, puede así, fijarse con estos elementos.(5)

La postura del maestro Carranca y Trujillo constituye la noción jurídico formal del delito, que es proporcionada por la ley positiva, mientras que la noción jurídico sustancial se refiere al análisis de los elementos constitutivos del delito, aunque esto no signifique que exista un común acuerdo respecto a

los elementos que integran el delito, pues por sólo citar algunos autores diremos que "para Mezger, el delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y punible; por su parte Jiménez de Asúa ofrece como elementos del delito la acción, la tipicidad, la antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, punibilidad y condiciones objetivas de penalidad."(6)

Del anterior comentario se desprende que el maestro Jiménez de Asúa fue quien otorgó mayor número de elementos del delito, sin embargo por lo que hace a la imputabilidad creo importante destacar que la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad, ya que para que un sujeto se considere culpable, es necesario que antes sea imputable, esto es, que posea la capacidad de querer y entender, conocer y reproducir la ilicitud de su acto, luego entonces, la imputabilidad es la base, es un presupuesto de la culpabilidad y no un elemento del delito.

Considero que estamos en el momento en el que deben fijarse los lineamientos estructurales para averiguar qué es el delito y de qué manera se aplica este concepto en nuestro Código Penal vigente por lo que hace al abuso de autoridad.

Así pues, sabemos que los delitos no pueden ser otra cosa que conductas humanas, afirmando que entre una infinita cantidad de conductas posibles, sólo algunas son delitos.

Para poder descubrir qué conductas son delitos acudimos al Libro Segundo de nuestro Código Punitivo (art. 123 en adelante), donde unos dispositivos legales llamados técnicamente "Tipos" describen conductas prohibidas, asociadas con una pena como consecuencia. Cuando una conducta se adecúa a alguno de los tipos legales, decimos que se trata de una conducta típica.

Pero también hay casos en que para la ley penal no hay delito pese a haber una conducta típica, a los que técnicamente decimos que opera una causa de justificación que excluye el carácter delictivo de la conducta típica; a contrario senso cuando la conducta típica no está permitida, será contraria al orden jurídico a la que se conoce como antijuricidad y decimos que la conducta es, además de típica, antijurídica.

Como afirmamos en líneas anteriores reconociendo que la conducta típica y antijurídica no es aún delito, sino que para serlo, ha menester serle reprochable al autor en razón de que tuvo la posibilidad exigible de actuar de otra manera (imputabilidad como presupuesto). A esta característica de reprocharle lo injusto de su acto es lo que se le conoce como culpabilidad.

De esta forma, conocemos ya los elementos del delito que nos dan el orden en que debemos formularnos las preguntas que nos servirán para determinar en cada caso concreto si hubo o no delito, y que a saber son las siguientes:

ELEMENTOS POSITIVOS**ELEMENTOS NEGATIVOS**

- CONDUCTA

- AUSENCIA DE CONDUCTA

- TIPICIDAD

- ATIPICIDAD

- ANTIJURICIDAD

- CAUSAS DE JUSTIFICACION

- CULPABILIDAD

- INCULPABILIDAD

A . - CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA.**1 .- ELEMENTO POSITIVO.**

Pondremos en este apartado como punto de partida la definición del término conducta, y quizá el significado más socorrido pero no por ello el más completo; es aquel que la considera como el porte o manera con que los hombres gobiernan su vida o dirigen sus acciones. Con esta definición involucramos otro término que ha sido punto de discusión por diversas corrientes del derecho penal; nos referimos al acto que no es otra cosa más que la manifestación de la voluntad humana. La terminología en torno de la conducta suele ser anárquica.

Encontramos en los diversos autores, inclusive tanto de la corriente finalista como de la causalista, tres posturas diversas. La primera de ellas nos habla del "acto" como un concepto que abarca la acción - entendida como hacer activo - y la "omisión" entendida como no hacer lo debido.

Hay autores que prefieren hablar de "acto" o de "acción" y se niegan a denominar a este carácter genérico como "conducta", argumentando que con "conducta" se denota un comportamiento más permanente o continuado que con "acto" u "acción".

Y una tercera postura utilizada en un particular sentido penal la voz "hecho", considerando que "hecho" es la conducta más el nexo causal y el resultado.

Los hechos pueden ser humanos o de la naturaleza, en el primer caso, será hecho humano cuando participe un hombre en cualquier forma que lo haga. Los que nos importan serán los hechos humanos, señalando que no todo hecho humano es una conducta, pues éste puede tomar parte como una mera masa mecánica. Así, se podrá hablar de hechos humanos voluntarios e involuntarios, y los hechos humanos voluntarios son precisamente las conductas.

Del anterior comentario e insertando la voluntad en la conducta como un acto humano, tenemos que el elemento objetivo del delito puede presentarse en forma de acción o bien de omisión. Los tipos activos son aquellos que describen la

conducta prohibida, en tanto que los tipos omisivos son los que describen la conducta debida y restando, por ende, prohibida cualquier otra conducta que difiera de la debida.

Acción y omisión son, dos técnicas diferentes para prohibir conductas humanas. Ambas surgen de dos formas de enunciar la norma que da origen al tipo; aunque sabemos que todas las normas que dan origen al tipo son prohibitivas en el sentido de que prohíben ciertas conductas, no es menos cierto que algunas pueden enunciarse prohibitivamente, en tanto que otras se anuncian preceptivamente.

Podemos concluir que la conducta que tiene relevancia para el Derecho Penal es aquella forma o manera en que el hombre encamina su voluntad de forma positiva o negativa a un propósito determinado.

Profundizemos un poco en la "acción" y en la "omisión" para que a partir de su comprensión la apliquemos en el delito materia de estudio y podamos descubrir cómo es y cómo se da la conducta en el abuso de autoridad.

El maestro Jiménez de Asúa considera la acción como "la manifestación de voluntad que mediante acción u omisión causa un cambio en el mundo exterior".(7)

Para Cuello Calón, la acción en sentido amplio "es la conducta exterior voluntaria encaminada a la producción de un

resultado"(8). El maestro Edmund Mezger señala que en efecto, es una condición de la acción, el "ser un acto de voluntad dirigido a un fin y una meta... tiende hacia un movimiento corporal determinado y a anteriores resultados ocasionados por él mismo"(9). Y por último Wessels señala que la acción es ejercicio de actividad finalista, o sea, acontecimiento final y no casual únicamente, es decir, el hombre puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, proponerse fines de diversa índole y dirigir sus conductas hacia un plan tendiente a la obtención de esos fines.

En lo personal creo que la acción es una actividad voluntaria realizada por un sujeto determinado, influyendo en este acto, tanto el elemento físico de la conducta como el psíquico de la misma voluntad.

En el ABUSO DE AUTORIDAD, la acción se presenta desde el tipo que describe la Fracción I que a la letra dice: "Cuando para impedir la ejecución de una ley, decreto, reglamento, el cobro de un impuesto o el ampliamento de una resolución judicial, pida auxilio a la fuerza pública o la emplee con ese objeto."

En esta Fracción es claro el elemento intencional, es decir, el propósito del servidor público es impedir la ejecución legal, encaminando la acción a emplear la fuerza pública o auxiliarse de ella quedando en presencia de un delito doloso donde no ha lugar a la tentativa.

En la Fracción II se ve clara la intención del servidor público de extralimitarse en sus funciones, pues como señala "Cuando ejerciendo sus funciones o con motivo de ellas hiciere violencia a una persona sin causa legítima o la vejare o la insultare".

Pudiera representarse este supuesto con el caso del policía que al detener a un presunto responsable de la comisión de un delito, es decir, en el ejercicio de sus funciones, se extralimite, abuse de autoridad violentando su acción para con la otra persona, la insulta, la golpea, la humilla, no habiendo necesidad de ello sin prever las consecuencias de su actuar.

Podría explicar este hecho de actuar, encaminando su conducta por su voluntad, a la Fracción X del artículo 215 del Código Penal.

La Fracción VIII, que dispone: "Cuando haga que se le entreguen fondos, valores u otra cosa que no se le haya confiado a él y se las apropie o disponga de ellas indebidamente"; en este caso la conducta del servidor público queda representada por la apropiación de los fondos, valores, etc... o en la disposición indebida que haga de ellos.

Hablemos ahora del otro elemento objetivo del delito que se da en la conducta, nos referimos a la omisión.

Casi siempre la acción y la omisión pueden distinguirse fácilmente por su manifestación externa, quien pone en movimiento un suceso casual empleando energía o la guía en una dirección determinada, "hace" algo; quien deja que las cosas sigan su curso y no usa la posibilidad de una intención, "omite" algo. Pero para calificarlo jurídicamente como un hecho comisivo u omisivo no es fácil, es pues una cuestión de valoración, considerando la situación normativamente teniendo en cuenta el sentido de la acción u omisión, donde se da la real importancia de la conducta penalmente trascendente.

Así pues, la omisión radica en un abstenerse de obrar, un dejar de hacer lo que se debe ejecutar, hablamos de una forma negativa de la acción.

Creo importante hacer referencia a la división que hace Johannes Wessels respecto a los delitos de omisión, en cuanto a que los divide en delitos de omisión propios e impropios. Los primeros son los hecho punibles que se agotan en la infracción a una norma preceptiva y en la simple omisión de una actividad exigida por la ley, mientras que los impropios son los hecho punibles en los cuales quien omite, está obligado como "garante" a evitar el resultado.(10)

Con la anterior clasificación, consideramos que la omisión que se presenta en el delito de abuso de autoridad es impropia toda vez que el servidor público es un garante del bien común que debe vigilar por la seguridad de los particulares como es el

caso de la Fracción V del art. 215 que dice: "Cuando el encargado de una fuerza pública, requerida legalmente por una autoridad competente para que le preste auxilio, se niegue indebidamente a darselo"; el garante de la seguridad pública, en este caso el servidor público representado en el miembro de la fuerza pública debe prestar auxilio cuando sea requerido y la omisión en este caso se da en la negativa a prestar servicio que está obligado a proporcionar, es decir, se presenta la voluntad de no actuar.

Y por lo que hace a la omisión propia se encuentra ejemplificada en la Fracción IV que señala que "Cuando este encargado de administrar justicia, bajo cualquier pretexto, aunque sea el de obscuridad o silencio de la ley, se niegue injustificadamente a despachar un negocio pendiente ante él dentro de los términos establecidos por la ley". Es claro que existe una actividad exigida por la ley, consistente en dar causa dentro de un término preestablecido a un negocio pendiente de resolver con la obligación que tiene para ello y la omisión consiste en la negativa a responder o resolver sobre el asunto pendiente.

Por lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que sólo es posible establecer un concepto de omisión con referencia a la acción esperada y 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 de manera dolorosa o culposa.

2 . - E L E M E N T O N E G A T I V O .

Toca ocuparnos ahora del aspecto negativo de la conducta, es decir, de aquellos casos en que no hay conducta. Ninguna duda cabe que no constituyen conducta de los hechos de la naturaleza en que no participa un hombre, reduciendo nuestra consideración a los acontecimientos en que toma parte un hombre (hechos humanos), que aunque como afirmamos anteriormente no todos ellos son conductas, sino únicamente los hechos voluntarios.

Centraremos nuestro análisis en la ausencia de conducta, es decir, en la distinción de los hechos humanos voluntarios de los involuntarios, para descartar estos últimos, logrando definir aquellos sucesos en que participa un hombre sin voluntad.

De tal manera, la ausencia de conducta constituye un apartarse, al separarse de la actividad voluntaria que realiza un sujeto determinado; interviene pues la voluntad del hombre pese a participar en un hecho delictivo, en este caso un abuso de autoridad, ya que en ocasiones un sujeto puede realizar una conducta de apariencia delictuosa, pero no puede atribuirse a la persona por estar ésta carente de voluntariedad.

Tendríamos que delimitar cuáles son los supuestos en que el hombre participa sin voluntad y que por consecuencia figura la ausencia de conducta. Y no son pocos los autores que al respecto tratan de fijar dichos supuestos. El maestro Pavón Vasconcelos

señala que "hay ausencia de conducta e imposibilidad de integración del delito, cuando la acción u omisión son involuntarias" (11), esto implica que el hacer activo y el no hacer lo debido por parte de un sujeto no le son atribuibles toda vez que carece de voluntad.

Es un hecho que si la conducta comprende tanto la acción como la omisión, la ausencia de conducta, entraña también la actividad y la inactividad no voluntarias.

Ya dijo Frang Lizt que "no existe...acto, cuando alguna causa daña en sus cosas de otro, durante un ataque de epilepsia; cuando se halla imposibilitado, por un desvanecimiento de cumplir un deber; o cuando obra violentado por fuerza irresistible. Según Beling tampoco puede haber delito con estados de "inconsciencia, como el sueño, el desmayo, la hipnosis, etc.; y tampoco en los casos que el hombre es presa de un "movimiento reflejo". De igual forma R. Von Hippel afirma que no son punibles "los casos de coacción fisiológica interna y de una fuerza absoluta externa. Edmund Mezger señala como fenómenos que invalidan la acción, los movimientos reflejos y los hechos realizados por una fuerza irresistible".(12)

Hemos visto que no existe unanimidad respecto a los casos de ausencia de conducta, pero nosotros nos avocaremos a los principales supuestos de ausencia de conducta.

- Fuerza física irresistible.

- Involuntabilidad (estado de inconveniencia y parcialmente "incapacidad de dirigir las acciones").
- Movimientos reflejos.

Por fuerza física irresistible deben entenderse aquellos supuestos en que opera sobre el hombre una fuerza de tal entidad que le hace intervenir como una mera masa mecánica. En efecto, la fuerza física irresistible viene a ser un aspecto negativo de la conducta, involucrando un movimiento corporal que realiza un sujeto o un no hacer, que no quería ejecutar; es de estimarse que en estos casos el hombre actúa como un instrumento con el que se realiza un delito y pretender sancionar a dicho instrumento, sería ilógico esta fuerza física irresistible ha sido recogido por nuestro Código Punitivo en su artículo 15 Fracción I, como excluyente de responsabilidad, señalando que la gente incurre en un acto involuntario impulsado por una fuerza, cuya superioridad le impide resistirla. La aludida fracción, nos dice que la gente incurra en actividad o inactividad voluntaria sin delimitar que en ese acto involuntario prevenga exclusivamente de una fuerza física dando pie a considerar como supuesto de la ausencia de conducta a la llamada fuerza común, sin embargo esta sólo proviene o de la naturaleza o de los animales mientras que en el supuesto de la fuerza física irresistible proviene del hombre, por lo que considero que sólo los hechos humanos voluntarios (conducta) o involuntarios (ausencia de conducta) podrán ser sancionados por la ley, luego entonces es por demás tratar de mencionar a la fuerza mayor como

un supuesto de la ausencia de conducta por no provenir de hechos humanos voluntarios, es decir de conductas.

Sin embargo, es un hecho que la fuerza física irresistible puede provenir de la naturaleza o de la acción de un tercero. Cuando proviene de un tercero, la ausencia de un acto sólo se da en el que sufre la fuerza física irresistible, pero no en el que la ejerce, que opera con voluntad y en consecuencia, no es autor de una conducta cuya tipicidad, antijuricidad y culpabilidad habrá que investigar para saber si es un delito.

No debemos confundir la fuerza física irresistible con el que obra violentando por amenazas de sufrir un mal grave e inminente, pues en el segundo supuesto el sujeto dirige la conducta si bien no libremente si hay voluntad y por tanto conducta, siendo más bien justificaciones y no ausencia de la conducta.

Se ha dicho que la fuerza física irresistible debe ser externa, sin embargo dentro de ella caben acontecimientos que se originan en el propio cuerpo del sujeto y que dan lugar a movimientos que no son controlables por la voluntad. Es el caso de los "movimientos reflejos".

La involuntabilidad es la incapacidad psíquica de conducta, pues así como se requiere una capacidad psíquica de voluntad para que haya conducta, de igual forma la ausencia de conducta requiere de esta capacidad para que se de o no en el delito,

así, la involuntabilidad es el estado en el que se encuentra el que no es psíquicamente capaz de voluntad.

Por último diremos que para algunos tratadistas, constituyen elementos negativos de la conducta los movimientos fisiológicos, el sueño, el sonambulismo, el hipnotismo (Porte Petit; Pavón Vasconcelos, así como la sugestión, la inconsciencia, Jiménez de Asúa).

Por lo que hace a la presencia de la autoridad de conducta en el delito de ABUSO DE AUTORIDAD, podemos pensar que la operabilidad de la fuerza mayor o los movimientos reflejados en este delito, o incluso la involuntabilidad, como eliminadores de la conducta de un servidor público, consideramos que pueden presentarse, ya que tienen como característica común la falta de voluntad, aunque debemos aclarar que estas causas de ausencia de conducta no se encuentran expresados en la ley.

Sin embargo podrá darse como ausencia de conducta aquella situación descrita en la Fracción VII y el artículo 215 del Código de la materia que al respecto dice: "Cuando teniendo conocimiento de privación ilegal de la libertad no la denunciase inmediatamente a la autoridad competente o no la haga, también inmediatamente, si esto estuviera en sus atribuciones", obrando de esta forma por una fuerza exterior irresistible, obligando a quien debe cesar o denunciar dicha privación ilegal a que no lo haga, no por amenazas, pues como se afirmó en líneas anteriores se incurre en una justificación, un acto físico irresistible,

sería el hecho de que este servidor público fuera golpeado, ya no hay amenaza de que será golpeado, sino que lo fue y por lo tanto no cumplió con lo debido o hizo lo que tenía que hacer.

B. - T I P I C I D A D Y A T I P I C I D A D.

1.- ELEMENTO POSITIVO

El tipo penal es un instrumento legal indispensable cuya naturaleza es predominante descriptiva, cuya función radica en la individualización de conductas humanas que son relevantes para el Derecho Penal pues se encuentran prohibidas por éste.

Su significado etimológico proviene del griego "typos" y del latín "typus", que significa ejemplar, modelo y efectivamente es el modelo que resulta de la abstracción concreta que ha trazado el legislador descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que cataloga en la ley como delito.

El tipo pertenece a la ley, pues es la ley donde hallamos los tipos Penales y ya sea en el Código Penal por su parte especial, que comienza en el Libro Segundo, a partir del artículo 123, o bien los descritos en las leyes especiales. Ejemplifiquemos para su mayor comprensión, tipos son: art. 215.-

Cometen el delito de abuso a la autoridad...; esa decir fórmulas legales que individualizan la conducta que la Ley Penal prohíbe.

Lo anterior hace ver lógicamente necesario que resulta ser el tipo, pues sin éste, no podría averiguarse la antijuricidad y la culpabilidad, por consecuencia no tendría relevancia Penal alguna pues no sería delito, pues aunque una conducta fuera antijurídica y culpable no está conminada con una pena con la Ley Penal.

Mencionamos que el tipo es predominante descriptivo, pues con ello se logra individualizar una conducta, principalmente con el verbo que sirve para connotar una acción; por esto no implica que deba ser absolutamente descriptivo porque en ocasiones quedan conceptos que remiten o sustentan en un juicio valorativo jurídico o ético y es el caso del delito materia de estudio pues afirma en el artículo 215.- Cometen el delito Abuso de Autoridad los Servidores Públicos que incurran en alguna de las infracciones siguientes:

No es absolutamente descriptivo, sino que depende de una valoración jurídica, es decir, que es el derecho el que nos dice quienes son los servidores públicos.

Señalaremos algunos conceptos de tipo, importantes para su manejo así, para el maestro Pavón Vasconcelos el tipo legal, "es la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la

que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal (13), para Edmund Mezger el tipo de la acción es el conjunto de los presupuestos de la acción punible a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica. (14)

Por su parte el tratadista Guillermo Sauer nos dice que "el tipo en sentido restringido es una tipificación del querer y del obrar injusto, y en su sentido amplio, abarca también los presupuestos de la pena que son el querer y obrar del autor".(15)

De este último concepto se desprende un nuevo concepto, "tipicidad", entendiendo por ésta la adecuación del hecho que se supone delictuoso, al tipo legal.

Al respecto Jiménez Huerta menciona: "adecuación típica significa pues, encuadramiento o subsunción de la conducta principal de un tipo de delito y subordinación o vinculación al mismo de las conductas accesorias".(16)

Lo más importante en relación a la tipicidad será que encuadre o enmarque la conducta relacionada con los elementos del delito.

Bajo ningún concepto deberá confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la fórmula que pertenece a la ley, en tanto que la tipicidad pertenece a la conducta. La tipicidad es

la característica que tiene una conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal, es decir, individualiza como prohibido un tipo penal.

Tipo es la fórmula Legal que dice "comete el delito de abuso de autoridad, los servidores públicos, que"...; tipicidad es la característica de adecuación que al tipo que tiene la conducta de un servidor público que cuando con cualquier pretexto, obtenga de un subalterno parte de los sueldos de éste, dádivas u otro servicio (Fracción IX). La conducta de este servidor público será por consecuencia una conducta típica.

En conclusión y por lo que respecta al ABUSO DE AUTORIDAD, será delito en cuanto se encuentre descrito en el tipo penal que señala el artículo 215 del Código Punitivo presentará la tipicidad cuando la conducta de un servidor público se adecúe a la descripción hecha por la ley en cualquiera de las fracciones que consta dicho artículo y será una conducta típica mientras sigan existiendo servidores públicos en cualquiera de esas XII hipótesis o tipos penales.

2.- ELEMENTO NEGATIVO.

La ausencia de tipo o bien la atipicidad, constituye al aspecto negativo del tipo, por consiguiente hay ausencia de

tipo, cuando una conducta o hecho no están descritos en la norma penal.

El maestro Jiménez de Asúa menciona a la tipicidad que se da en dos supuestos:

a).- Cuando no concurren en un hecho concreto todos los elementos del tipo descrito en el Código Penal o en las leyes penales especiales;

b).- Cuando la ley penal no ha descrito la conducta que en realidad se nos presenta con características antijurídicas.(17)

Así que no sólo dejará de sancionarse una conducta o hecho, en tanto no estén descritos por las normas penales (nullum crimen sine lege); sino que también deberá ajustarse estrictamente al tipo de dicha conducta, pues que de otra forma no se considerará delito al faltarle algún elemento del tipo.

Así, como tipo y tipicidad son diferentes, de igual forma resulta que la ausencia de tipo, es distinta a la ausencia o falta de tipicidad. En el primer caso, no existe descripción de la conducta por parte de la norma penal, y en el segundo caso, si bien es cierto que hay descripción, también lo es que no hay conformidad o adecuación al tipo.

Esta fuera de toda discusión de que no hay delito sin tipo legal, por lo que el legislador no describe una conducta dentro

de las leyes penales, la misma no es delito, es un atipo (ausencia de tipo); cuando existe descripción legal de una conducta y ésta no se adecúa a ella, existe tipo, pero no encuadramiento de la conducta al marco legal constituido por el tipo (atipicidad).

Para Pavón Vasconcelos, se originan hipótesis de atipicidad:

- a).- Cuando falta la calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo;
- b).- Cuando falta la calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto pasivo;
- c).- Cuando hay ausencia de objeto o bien existiendo éste no se satisfacen las exigencias de la ley por cuanto a sus atributos;
- d).- Cuando habiéndose dado la conducta, están ausentes las referencias temporales y especiales exigidas por el tipo;
- e).- Cuando se dan en la conducta o hechos concretos los medios de comisión señalados por la ley, y
- f).- Cuando estén ausentes los elementos subjetivos del injusto, requeridos expresamente por el tipo legal. (18)

Si las anteriores hipótesis en las que se presenta la atipicidad las aplicamos en el delito de ABUSO DE AUTORIDAD, podría presentarse de la siguiente forma:

a).- El sujeto activo es el que comete el delito, habría atipicidad cuando la conducta no fuera llevada a cabo por un servidor público.

b).- A contrario sensu el sujeto pasivo es todo aquel que recibe un servicio por parte del servidor público o quien debe recibirlo, pudiendo ser incluso otro servidor público, el sujeto pasivo por lo que habría atipicidad en el caso de que hubiera acumulación de sujetos, es decir, por el sujeto activo, fuera víctima de sus propios actos.

c).- El objeto, es el bien jurídico tutelado y en el ABUSO DE AUTORIDAD se presenta en el caso de que no se lesione la seguridad general o particular amparada por el orden jurídico confiado a la administración pública a través de sus servidores públicos.

d).- En relación a la referencia espacio-temporal habría atipicidad cuando el servidor público no se encuentra en el desempeño de sus funciones o bien se encuentra ya separado de la calidad de servidor público al momento de cometer el ilícito.

e).- El medio de comisión exigido en nuestro delito materia de estudio es el uso de la fuerza pública (Fracción I artículo 215

Código Penal) por lo que habrá atipicidad cuando no se haga el uso de ella para lograr el fin, como el cobro de un impuesto.

f).- Y por último, el supuesto de los elementos subjetivos de lo injusto, habrá atipicidad cuando se ejerza violencia contra una persona, por ejemplo en una detención, siempre que mide causa legítima, como puede ser la resistencia y ataque excesivo por parte del sujeto activo.

C. ANTIJURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION.

1.- ELEMENTO POSITIVO.

Antes de explicar lo que es la antijuricidad, es importante establecer un nexo entre tipo y antijuricidad, comenzando por afirmar que una acción es antijurídica si se realiza un tipo de lo injusto y no está cubierta por una causa de justificación. El tipo por sí mismo no está en condiciones de determinar si un acto es injusto o no, por lo que la conducta típica debe de ser medida, valorada en una escala especial frente al ordenamiento jurídico, y sólo mediante esta graduación de valores se decide definitivamente si el hecho es "conforme a derecho" o bien, resulta ser antijurídico. De ahí que la tipicidad no sea más que un indicio de la antijuricidad, porque con la primera no

tenemos afirmada nada más que la antinormatividad de la conducta.

El Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni define a la antijuricidad como, "el choque de la conducta con el orden jurídico, entendiéndolo no sólo como un orden normativo (antinormatividad), sino como un orden normativo y de preceptos permisivos". (19).

Esta antijuricidad (injusto) significa el juicio impersonal-objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico.

El injusto o antijuricidad, es el presupuesto imprescindible de todo hecho punible. Una acción es punible sólo si es antijurídica, y el término antijuricidad, significa sencillamente, que el delito constituye una violación del derecho, o sea que, "contradice el derecho".

Para Cuello Calón: " la antijuricidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídica penal". (20).

A principios de nuestro siglo XX existían dos corrientes contrarias que dieron su deficiencia respecto a la antijuricidad y que fueron muy importantes, por un lado el Positivismo Jurídico y por otro el Positivismo Sociológico. La primera corriente afirmaba que la antijuricidad tenía un concepto jurídico (formal) y la corriente positivista sociológica lo concibió como

un concepto sociológico (material). Nuestra posición ante estas dos escuelas pretendemos conciliarlas, pues si bien es cierto que la antijuricidad no puede tener otro fundamento más que la ley, también lo es que en los casos concretos se debe eventualmente acudir a valoraciones sociales.

Para confirmar lo anterior, mencionaremos lo que al respecto señala Castellanos Tena, "lo cierto es que la antijuricidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo. Como expresa Rainhard Maurach, los mandatos y prohibiciones de la ley penal rodean, protegiendo y salvaguardando el bien jurídico" (21). Ese bien jurídico es delimitado por la sociedad que salvaguarda sus intereses a través de la representación de sus servidores públicos, cuando se contradicen las normas de cultura, reconocida por el Estado, que comprenden costumbres, valores, sentimientos, etc. y que se plasman en el tipo penal (norma jurídica) se incurre en una conducta antijurídica donde el servidor público teniendo la obligación de hacerlo, no concilia el interés de la sociedad e individuo con el orden jurídico.

Debemos diferenciar los conceptos de antijuricidad y de lo injusto, el primero es la característica que tiene una conducta de ser contraria al orden jurídico, mientras que lo injusto penal es la conducta que presenta los caracteres de ser plenamente típico y antijurídica. La antijuricidad es una característica de lo injusto.

Para determinar si una conducta antijurídica es objetiva o no, debemos delimitar lo que es objetivo.

Se entiende que "se trata de una desvaloración de la conducta que hace el orden jurídico y que el juez traduce mediante un juicio fáctico, comprobando que satisface los extremos que exige la ley para considerar antijurídica una conducta" (22). De lo anterior podemos afirmar que la antijuricidad no recae exclusivamente en el solo aspecto objetivo pues aunque son un problema de culpabilidad (subjetivo) depende tanto de característica y datos objetivos como subjetivos, siendo arbitraria la escisión de los datos subjetivos del campo de la antijuricidad.

La antijuricidad aplicada al tema de nuestro estudio, el ABUSO DE AUTORIDAD, y por la trascendencia y gravedad de la conducta de un servidor público, falta de probidad en el desempeño del cargo, nos da la posibilidad de decir, que dicha conducta es totalmente reprobable y en consecuencia contraria a las normas establecidas por nuestra sociedad y el bien de ésta; así pues la figura delictiva en estudio puede presentar la antijuricidad, como aquella conducta en que un servidor público ejerciendo sus funciones o con motivo de ellas hiciere violencia a una persona sin causa legítima, es decir en contra de la ley (fracción II).

O el servidor público que actúa antijurídicamente o contrario al derecho, contratando a quien se encuentre

inhabilitado por resolución firme de una autoridad competente para desempeñar empleo, cargo o comisión en el servicio público (fracción XI).

2.- ELEMENTO NEGATIVO.

Al elemento negativo de antijuricidad, lo denominan algunos autores de diferente manera: "causas de justificación"; "causas de exclusión de lo injusto" o bien "tipo permisivo". Si analizamos la raíz latina de la palabra justificación, encontramos que proviene de la voz "justicatio" que significa la acción de hacer justo, es decir, da la gracia a quien no la tenía para llevar a cabo un acto determinado. Nosotros creemos que no hay resultados justificados, sino conductas justificadas, de modo que al no estar justificada la conducta típica, la tipicidad, se mantiene en toda su extensión y la antijuricidad corresponde a un injusto de consumación.

Si afirmamos que el tipo permisivo o causa de justificación tiene un aspecto subjetivo, implica que ese aspecto subjetivo pertenezca a él la idea de que se actúa conforme a derecho, porque tal conocimiento es incesario para que opere la justificación.

El maestro Porte Petit señala, "pensamos que existe una causa de licitud, cuando la conducta o hecho siendo típicos, son

permitidos, autorizados o facultados por la ley, a virtud de ausencia de interés o de la existencia de un interés preponderante" (23). El interés al que hace alusión el maestro, es el interés de causar daño, en el caso del servidor público, el interés de no cumplir con las obligaciones que la ley prevé.

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

Los casos de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuricidad por lo que son conductas realizadas conforme a derecho y esta conformidad debe tener un fundamento común, el cual sería difícil otorgar; sin embargo debemos considerar que los ejercicios de derechos que surgen de los tipos permisivos no son fomentados por el Estado, sino solamente concedidos ante la imposibilidad de resolver; la situación conflictiva de otra manera, por lo que el fin de coexistencia demanda que en esas situaciones conflictivas se concedan derechos a realizar conductas antinormativas, las que tienen por límite el mismo fin por el que surgen.

Podemos afirmar que estaremos en presencia de una causa de justificación cuando se dan condiciones de realización de la conducta que eliminan el aspecto antijurídico de la misma.

No existe un acuerdo general respecto a cuáles son las causas de justificación, sin embargo, la mayoría de los autores coinciden en dos de ellas y que son a saber: La Legítima Defensa

y el Estado de Necesidad, y conforme a nuestro derecho son causas de justificación a parte de las ya mencionadas: el cumplimiento de un deber; el ejercicio de un derecho; la obediencia Jerárquica y el impedimento legítimo.

En la actualidad se reconoce unánimemente la naturaleza de justificante de la legítima defensa, y el problema más grande radica no en su naturaleza sino en su fundamento, creemos necesario y acertado lo dicho por el Doctor Zaffaroni quien para justificarlo nos dice: "En realidad el fundamento de la legítima defensa es único, porque se basa en el principio de que nadie puede ser obligado a soportar lo injusto"(24); pues si el derecho no es capaz de proteger el interés jurídico del particular, el sujeto puede actuar legítimamente, en favor de salvaguardar y garantizar el ejercicio de sus derechos.

Al respecto el maestro Porte Petit afirma que la legítima defensa se considera como causa de licitud en base de un interés preponderante, pues como sostiene la Suprema Corte de Justicia, implica una colisión de intereses jurídicamente protegidos en la que de todas formas el defensor restablece el derecho atacado mediante el sacrificio del interés ilegítimo del atacante. (25)

Así, Pavón Vasconcelos 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".(26)

Nuestro Código Penal vigente recoge a la figura de la legítima defensa como circunstancia excluyente de responsabilidad y por lo tanto causa de justificación, en su artículo 15 fracción III que a la letra dice:

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 mediante provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende." (27)

La importancia que se deriva de la legítima defensa con respecto a su aplicación en el delito materia de estudio, resulta intrascendente puesto que carece de aplicabilidad.

El Estado de Necesidad generalmente se admite como define Franz Von Liszt: "el Estado de Necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en que no queda otro remedio que la violación de intereses del otro, jurídicamente protegidos" (23). Para Sebastián Soler es: "una situación de peligro para un bien jurídico, que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien".(29)

Nuestra legislación penal lo recoge al estado de necesidad en su Código Punitivo en la fracción IV de su artículo 15: "IV.- Obrar por necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intensionalmente ni por grave imprudencia por el

agente, y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance".(30)

La acción del Estado de Necesidad debe ser el último camino, o entre varias posibilidades, el camino más indicado para salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno.

Tanto el Estado de Necesidad como la Legítima Defensa presentan analogías y diferencias marcadas pues en ambos existe un "interés preponderante"; se está ante una causa de licitud; y no procede la reparación del daño. En el Estado de necesidad hay colisión de intereses legítimos y en la Legítima defensa hay colisión entre un interés legítimo y otro ilegítimo; en el primero se repele una agresión, en el segundo se repulsa; en el Estado de Necesidad se obra contra alguna cosa o animal y en la legítima defensa siempre contra un sujeto; en el primero hay un *ánimus conservatianis* y en el segundo un *ánimus defendi*.

Consideramos que al igual que la Legítima Defensa en cuanto a la aplicabilidad del Estado de Necesidad, el delito de Abuso de Autoridad, como causa de justificación, es inoperable.

Por lo que hace al ejercicio de un derecho éste consiste en el ejercicio de una facultad concedida a un sujeto por la norma permisiva para satisfacer un interés más valioso y por consecuencia se encuentra por encima de un interés antagónico.(31)

El ejercicio de facultades no puede faltar a la justicia y el bien común. No existe ningún derecho en las triquiñuelas, en el abuso de una facultad sólo para el daño de otra persona, en el ocasionamiento de la propia necesidad para poder hacer uso de ello en la autoayuda con lesión de otro, o en el ocasionamiento de una necesidad a otro para exportarlo para sí. Esto implicaría un Abuso de Autoridad, el utilizar un derecho formal en beneficio de intereses propios con lesión de necesidades vitales en contra de las exigencias de la justicia y el bien común, por lo que debe diferenciarse la autoayuda de la legítima defensa.

Nuestro Código Penal lo cita en su artículo 15 fracción V de la siguiente forma: "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".(32)

Si la ley penal menciona el ejercicio de un derecho, es porque se refiere al caso en que se halla un precepto permisivo especial para autorizar en una circunstancia determinada la realización de una conducta prohibida, por lo que esa mención no es una causa de justificación configurable en el Abuso de Autoridad.

En la fracción V del multicitado artículo 215, y que fue transcrito en líneas anteriores, se deriva otra causa justificación: "obrar en forma legítima en cumplimiento de un deber", si el cumplimiento de un deber es otra causa que

imposibilita la integración del delito y debemos entenderlo como la actuación de quien por razón de su situación oficial o de servicio está obligado o facultado para actuar en la forma en que lo hace, pero el límite de la ilicitud de su conducta se encuentra determinado por la obligación o la facultad señalada en la propia ley.

Quizá lo más común sería pensar que en el delito de ABUSO DE AUTORIDAD, puede operar esta causa de justificación, concretamente cuando el servidor público, con motivo de sus funciones al detener a una persona, ejerce violencia física sobre ésta, al tratar de resistirse al arresto, tal como se desprende del análisis del artículo 215 en su fracción II, pero habría que considerar algunas cosas.

Lo más importante es preguntarnos si se justifican todos los medios para el cumplimiento del deber, la respuesta puede ser en el sentido de que puede emplearse todos los medios que sean racionalmente necesarios para tal cumplimiento, pues de otra manera habría exceso en el cumplimiento de un deber.

Si el ampliamento estricto del deber imponía al acusado la obligación de proceder aún usando medios violentos pero radicalmente necesarios, a la satisfacción del fin expresado por la ley, objetivamente su conducta, no puede ser antijurídica por ser lícito desde su inicio y no atentar contra la norma implícita en el precepto que sanciona el delito cometido.

Podríamos equiparar al tipo permisivo que lo es el cumplimiento de un deber con la obediencia jerárquica que también es considerada como causa de justificación por nuestro derecho positivo vigente la cual encuentra su fundamento legal en la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal, que a la letra dice: "Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aún cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía." (33)

El presupuesto es que el servidor público obedezca a un superior Jerárquico, siempre que no sea notorio la calidad de delito que él está cometiendo, porque él tiene la idea de actuar conforme a la orden que le fue emitida, o realmente desconozca las consecuencias delictivas de su acto como puede ser el caso del agente de la policía, que ejerce violencia sobre un individuo, siempre que lo exijan las circunstancias, como puede ser la resistencia, pues debe detenerlo en virtud de una orden girada por el Juez.

Por último, mencionaremos el impedimento legítimo, el cual encuentra su fundamento en el artículo 15 de nuestro Código Penal, fracción VIII.- "Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que demanda, por un impedimento legítimo" (34). De lo anterior se desprende que es el omitir la observancia de una ley, por dar cumplimiento a otra ley.

Al respecto Johannes Wessels afirma que: "hay una colisión de deberes, cuando varios deberes de actuar, jurídicamente fundados, se presentan al destinatario de la norma en forma tal que éste sólo puede realizar una a costa del otro, o sea, tiene que lesionar necesariamente uno de ellos".(35)

En el ABUSO DE AUTORIDAD, esta causa de justificación podría presentarse en el caso en que un encargado de la fuerza pública, sea requerido por dos autoridades al mismo tiempo para que preste auxilio, teniendo obligación de hacerlo tenga que dejar sin auxilio a una o varias autoridades toda vez que no cuenta con el número de efectivos necesarios para dar auxilio a todas a un mismo tiempo en diferentes lugares.

O bien el caso del servidor público, encargado de un establecimiento destinado a la ejecución de las sanciones privativas de libertad, se negase a acatar la orden de libertad girada por una autoridad competente, cuando el detenido se encuentra a disposición de otra autoridad en la misma calidad de detenido. El presunto homicida que en su detención se encuentra con posesión de droga, será juzgado por el Fuero Común y el Federal, encontrándose libre de cargos y responsabilidades del primer delito común, no puede ser puesto en libertad por quien puede hacerlo en virtud de que deberá ser juzgado por el delito Federal ante otra instancia Judicial.

D. - CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.

1 .- ELEMENTO POSITIVO.

Hemos llegado al concepto más debatido de la teoría del delito, porque aún el mismo concepto de culpabilidad no encuentra universalidad en las diversas corrientes.

El maestro Vela Treviño nos dice que culpabilidad "es el resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma." (36)

Para Johannes Wessels "culpabilidad significa reprochabilidad del hecho con respecto al sentimiento jurídicamente reprochable revelado en él".(37)

Guillermo Sauer afirma que la culpabilidad "es formalmente el querer libre, éticamente reprochable que engendra y acompaña a la acción u omisión antijurídicas, a pesar del conocimiento o del deber de conocer el injusto; materialmente, la libre actuación de la voluntad de los vicios criminales que fundamentan los tipos penales a pesar del conocimiento o del deber conocer lo injusto."(38)

Podemos concretar que la culpabilidad es la reprochabilidad del injusto al autor. Si desmembramos este concepto para su mayor comprensión, tendríamos que preguntarnos: Qué se le reprocha? el injusto; por qué se le reprocha? por carecer de motivación en una norma jurídica, por qué se le reprocha no haberse motivado en la norma? porque le era exigible que se motivase en ella; es decir una conducta típica y antijurídica, es culpable cuando al autor le es reprochable la realización de esa conducta ya que no se motivó en la norma cuando le es exigible por las circunstancias en que actuó. Al no haberse motivado en la norma cuando podía y debía hacerlo, el autor muestra una disposición interna contraria al derecho.

Estamos frente a un concepto de culpabilidad de carácter normativo, cuyo fundamento es que el sujeto podía hacer algo distinto a lo que hizo y le era exigible en esas circunstancias que lo hiciera.

Este concepto de culpabilidad ha ido evolucionando doctrinariamente, y han surgido dos teorías que le han dado un enfoque particular en sus conceptos, nos referimos a la Teoría Psicologista y la Teoría Normativa.

La teoría Psicológica o Psicologismo, radica en la casualidad psíquica, la cual debe entenderse como la vinculación subjetiva por la cual quedan unidos un hecho y su autor. Esta teoría afirma que la culpabilidad es la relación Psicológica entre el agente y la acción que ocasiona un resultado típico.

Uno de sus principales defensores, el maestro Sebastián Soler nos da, según la teoría Psicologista, los elementos de la culpabilidad:

1.- Vinculación del sujeto con el orden jurídico, (elemento normativo).

2.- Vinculación subjetiva del individuo a un hecho. (elemento Psicológico).

A pesar de que señala un elemento normativo, considera que los dos elementos son de carácter Psicológico, toda vez que para que se de la culpabilidad debe tratarse de un sujeto capaz (imputable), con consecuencia del contenido de antijuricidad de su conducta, que realiza doloso o culposamente, tratándose de un hecho que produce un resultado típico. (39)

Por su parte la teoría normativa, no es una antitesis del Psicologismo, sino que viene a complementar la forma tradicional existente. Al respecto Jiménez de Asúa nos dice: "Representa un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente. Es decir que, partiendo del hecho concreto Psicológico, ha de examinarse la motivación que llevó al hombre a esa actitud Psicológica, dolosa o culposa.

Sólo podemos llegar a la reprobación de su hacer u omitir si apreciados esos motivos, y el carácter del sujeto, se demuestra que se le podía exigir un comportamiento distinto al que emprendió." (40)

De tal forma que la culpabilidad de esta teoría tiene un contenido heterogéneo: el dolo, la culpa y el reproche que se le hace al autor de su dolo y de su culpa.

Conforme a lo dispuesto por nuestra Ley Penal, la culpabilidad reviste tres formas: dolo, culpa y preterintención, señalados en su artículo 8o. y descritos en el artículo 9o. En seguida describiremos cada una de las formas de culpabilidad y su aplicación al delito materia de estudio:

El dolo conforme lo establece el párrafo primero del artículo 9o. del Código Penal, lo define como la intención delictuosa al decir: "Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado, prohibido por la ley" (41). Estamos frente a la voluntad intencional ante el propósito de cometer un hecho delictuoso.

Los doctrinarios han diferenciado clases de dolo, y que son a saber: dolo directo, que es aquel cuando el sujeto ha previsto como seguro y ha querido directamente el resultado de su acción u omisión a los resultados ligados a ellas de modo necesario.

Como ejemplo podemos citar lo dispuesto en la fracción VII del artículo 215 del Código Penal al mencionar: "Cuando teniendo conocimiento de una privación ilegal de la libertad, no la denunciase inmediatamente a la autoridad competente o no la haga cesar, también inmediatamente, si esto estuviere en sus

atribuciones". Es dolo directo toda vez que el servidor público tiene conocimiento y voluntad de cometer el delito, ya sea absteniéndose a denunciarlo o bien no actuando, poniendo en libertad a quien injustamente lo está.

El dolo indirecto o Eventual es aquel, que se da cuando el sujeto se representa como posible resultado dañoso y, no obstante tal representación no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias.

En el ABUSO DE AUTORIDAD, se refleja este dolo indirecto en el caso de la fracción II del artículo 215 que a la letra dice: "Cuando ejerciendo sus funciones o con motivo de ellas hiciere violencia a una persona sin causa legítima o la vejare o la insultare"; el resultado posible de su acción, es el caso de un policía que ejerce violencia innecesaria al detener a un delincuente, puede ser el hecho de causar, producto de esa violencia la muerte misma, dando paso a otro hecho delictivo, y no obstante que el policía tuviera conocimiento de ello, lo realiza y acepta sus consecuencias.

El dolo Indeterminado es aquel en el que la acción está orientada a producir varios posibles resultados y por ello se denomina igualmente dolo alternativo.

Se señala como ejemplo de dolo indeterminado en el ABUSO DE AUTORIDAD, la intención con que actúa el servidor público se niega a prestar auxilio a una autoridad, ignorando que concretos

resultados provocará (muertes, lesiones, daños, etc.), admitiendo previamente en su representación, la producción de cualquiera de ellos (fracción V artículo 215 del Código Penal).

La culpa, encuentra su fundamento en el párrafo 2o. del artículo 9o. del multicitado Código Punitivo: "Obra imprudencialmente el que realiza un hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen (42). A lo anterior podemos agregar que la culpa existe cuando la actitud del sujeto, enjuiciada a través del imperativo de los deberes impuestos por la ley, es reprochable en virtud de la inobservancia de la prudencia, atención, pericia, reglas, ordenes, disciplinas, etc., necesarias para evitar la producción de resultados previstos en la ley como delictuosos.

La culpa es, el desconocimiento del injusto en el deber conocer. La culpa es el olvido de las precauciones indispensables, exigidas por el Estado para la vida segregaria.

Pavón Vasconcelos nos dice: "Podemos definir la culpa como aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o imprevisible 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." (43)

La culpa se clasifica en consciente, o con representación o prevención, e inconsistente denominada también sin representación o sin previsión.

- Hay culpa consciente cuando el sujeto ha previsto la causación de consecuencias dañosas como resultado de su acción u omisión, pero se espera que las mismas no ocurran.

- Hay culpa inconsciente cuando el sujeto no previó el resultado por falta de cuidado, teniendo obligación de preverlo cuando es previsible y evitable.

Definitivamente que en el delito de ABUSO DE AUTORIDAD, no se presenta la culpa en todas y cada una de sus fracciones como elemento de este delito, toda vez que el servidor público actúa con dolo en la realización de cualquiera de estos delitos.

Por último la preterintencionalidad se fundamenta en el párrafo III del multicitado artículo 9o. de nuestro Código de la materia: " Obra preterintencionalmente el que causa un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquel se produce por imprudencia.

Coincidimos en el parecer de algunos teóricos que afirman que la preterintencionalidad es una tercera forma de culpabilidad, toda vez que en el dolo puede haber un resultado más allá de lo propuesto y en la culpa uno mayor a lo que racionalmente podría preverse y evitarse.

2 . - ELEMENTO NEGATIVO.

Al aspecto negativo de la culpabilidad se le conoce como inculpabilidad y antes de intentar dar un concepto sobre este elemento, creo indispensable destacar la diferencia entre justificación e inculpabilidad.

Hemos visto que existen causas de justificación cuando el derecho concede permisos para actuar en circunstancias determinadas. Esta causa injustificada sólo es permitida más no fomentada y menos ordenada por el derecho, estamos pues frente a la resignación, ante una situación máxima de peligro en la que no se tiene otra forma de proceder que admitir la violación de la norma prohibitiva.

En la inculpabilidad, la situación pudiera ser aún más grave, porque no se trata de un permiso, lo único que se excluye es el reproche jurídico penal de la conducta porque al autor no se le puede exigir otra cosa, reconociendo que su conducta afectó el fin del orden jurídico.

De acuerdo con el concepto de culpabilidad, su aspecto negativo se presenta cuando se hace existente el delito, y en tal virtud el sujeto es absuelto en el juicio de reproche, hay ausencia del elemento subjetivo.

El maestro Vela Treviño comenta al respecto: "La inculpabilidad son las circunstancias concurrentes con una

conducta típica y antijurídica, atribuible a un imputable, que permiten al juez resolver la inexigibilidad de una conducta diferente a la enjuiciada, que sería conforme al derecho, o que le impiden formular en contra del sujeto un reproche por la conducta específica realizada." (44)

La doctrina moderna considera que las causas de inculpabilidad deben ser estudiadas bajo los rubros del error y la no exigibilidad de otra conducta.

El error es un concepto equivocado o juicio falso que se tiene respecto a determinada situación, consiste en una idea falsa o errónea respecto a un objeto, cosa o situación. El error como género, comprende como especies al error de hecho y al error de derecho.

El error de Derecho sólo puede consistir en un hecho de trascendencia jurídica, pues lo inexistente para el derecho carece de toda importancia.

El error de Hecho se subdivide en error esencial y error accidental. El error de hecho esencial produce inculpabilidad en el sujeto cuando es invencible, pudiendo recaer sobre los elementos constitutivos del delito, de carácter esencial, es decir borra toda culpabilidad.

El error de hecho accidental no produce inculpabilidad, en virtud de recaer en elementos no esenciales, sino que tan solo

varía la culpabilidad, básicamente; así lo afirma la fracción XI del artículo 15 del Código Penal al señalar que no excluye la responsabilidad si el error es vencible. Este error accidental se divide en:

Error en el golpe, que recae en el resultado pues éste no es el que se buscaba, sin embargo es equivalente.

Error en la persona, el resultado recae sobre persona distinta a la deseada.

Error en el delito, cuando se produce uno diferente al que se pretendía.

La otra causa de culpabilidad es la no exigibilidad de otra conducta, la cual se presenta cuando el sujeto imputable actúa produciendo injustamente un resultado típico, sin que debiera haberlo omitido o sin que pudiera haberlo evitado. Deber y poder vienen a constituir, en estas condiciones la esencia misma de la inexigibilidad, sólo que entendidos negativamente, o sea no haber o no poder como causas que provocan la desaparición de la exigibilidad.

De tal forma podemos concluir que habrá inculpabilidad cuando un sujeto actúe aparentemente en forma delictuosa, sin embargo no será reprochable dicha conducta toda vez que existe una causa de inculpabilidad ya sea por ausencia de conocimiento

o bien de voluntad para la realización de una conducta determinada.

Si el sujeto al realizar una conducta típica desconoce la significación de su acto (en virtud de un error de hecho esencial), o poseyendo esa conciencia, ejercita un acto con voluntad coaccionada, estará ausente la culpabilidad y en consecuencia no habrá delito al faltar un elemento esencial del mismo a pesar de que dicho agente sea imputable.

En el caso anterior operan las llamadas eximientes putativas que a pesar de no encontrarse reglamentadas por nuestra ley se encuentran inmersas en ella y que son: Caso Fortuito, Obediencia Jerárquica, Miedo grave y Terror fundado.

El caso fortuito se justifica en la fracción X del artículo 15 del Código Penal, que señala: "Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas." (45)

Toda vez que el resultado no era previsible, no podemos hablar de una conducta culpable, ya que nadie tiene el deber de prever lo humanamente imprevisible. No puede alegarse caso fortuito por no preverse el resultado delictivo.

En el caso de la obediencia jerárquica fue ya estudiada como causa de justificación, sin embargo hay autores que la consideran causa de inculpabilidad, pero de cualquier forma, es

muy posible su aparición como eximente de culpabilidad en el ABUSO DE AUTORIDAD.

El miedo grave y temor fundado es un caso típico de "la no exigibilidad de otra conducta", toda vez que el Estado no puede exigir un obrar distinto.

Su fundamento es la fracción VI del artículo 15 al señala que: "Obrar en virtud de miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente". Puede considerarse al temor fundado como causa de inculpabilidad por coacción sobre la voluntad, sin embargo es claro que no pueden operar en nuestro ilícito en estudio.

BIBLIOGRAFIA UTILIZADA EN EL TERCER CAPITULO

- 1.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL. 50a. Edición. Editorial Porrúa, México. 1992 Pag. 9.
- 2.- VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Parte General. Editorial Porrúa, S.A. México 1989. Pag. 206.
- 3.- MARQUEZ PINERO, Rafael. Derecho Penal, Parte General. Editorial Trillas. México 1990, Pag. 133.
- 4.- CARRARA, Francisco. Programa del Curso del Derecho Criminal. Volúmen I, No. 21 Italia 1877. Pag. 60.
- 5.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, México 1986, Pag. 222 citado por 2.
- 6.- CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal. Vigésima Sexta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1990. Pag. 130.
- 7.- JIMENEZ de Asúa, Luis. La ley y el Delito. Curso de Dogmático Penal. Editorial Andrés Bello. Caracas, Venezuela 1945. Pag. 319.

- 8.- CUELLO, Calón, Eugenia. Derecho Penal. Tomo I
Editorial Nacional, S.A. México 1953. Pag. 319.
- 9.- MEZGER, Edmund. Derecho Penal. Parte General. Cárdenas
Editor y Distribuidor. Tijuana México 1990. Pag. 90.
- 10.- WESSELS, Johannes. Derecho Penal. Parte General.
Ediciones de Palma. Buenos Aires, 1980. Pag. 208.
- 11.- PAVON, Vasconcelos Francisco. Manual de Derecho Penal
Mexicano. Parte General. Editorial Porrúa, S.A. México
1985. Pag. 254.
- 12.- JIMENEZ de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo
III. El Delito. 3a. Edición. Editorial Losada, S.A.
Buenos Aires 1965. Pag. 690.
- 13.- PAVON, Vasconcelos Francisco. ob. cit. Pag. 271.
- 14.- MEZGER, Edmund. de cit. Pag. 144.
- 15.- SAVER, Guillermo. Derecho Penal. Parte General. Casa
Editorial Bosch. Barcelona España, 1956 Pag. 113.
- 16.- JIMENEZ Huerta, Mariano. La Tipicidad. Editorial
Porrúa, S.A. México 1957. Pag. 207.
- 17.- JIMENEZ de Asúa, Luis. ob. cit. Pag. 940.

- 18.- PAVON Vasconcelos, Francisco. ob. cit. Pag. 290.
- 19.- ZAFFARONI Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. Primera Edición Mexicana. Cárdenas Editor y Distribuidor. Buenos Aires, Argentina 1986. Pag. 512.
- 20.- CUELLO Calón, Eugenio. ob. cit. Pag. 284.
- 21.- CASTELLANOS Tena, Fernando. ob. cit. Pag. 285.
- 22.- ZAFFARONI, Eugenio. Manual de Derecho Penal ob. cit. Pag. 515.
- 23.- PORTE PETIT, Candaudap Celestino. Apuntes de la Parte General del Derecho Penal, Duodécima Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1989. Pag. 386.
- 24.- ZAFFAROONI, Eugenio Raúl ob. cit. Pag. 521.
- 25.- PORTE PETIT, Candaudap Celestino. ob. cit. Pag. 393.
- 26.- PAVON Vasconcelos, Francisco. ob. cit. Pag. 315.
- 27.- CODIGO PENAL. ob. cit. Pag. 11.
- 28.- citado por VILLALOBOS, Ignacio. ob. cit. Pag. 315.

- 29.- SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo I.
Tipográfica Editora. Argentina Buenos Aires 1956. Pag.
418.
- 30.- CODIGO PENAL, ob. cit. Pag. 12.
- 31.- citado por PORTE PETIT, Celestino. ob. cit. Pag. 416.
- 32.- CODIGO PENAL. ob. cit. Pag. 12.
- 33.- CODIGO PENAL. ob. cit. Pag. 12.
- 34.- ibidem.
- 35.- WESSWLS, Johannes. ob. cit. Pag. 220.
- 36.- VELA TREVIÑO, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad.
Teoría del Delito. Editorial Trillas. México 1987.
Pag. 201.
- 37.- WESSELS, Johannes. ob. cit. Pag. 110.
- 38.- SAVER, Guillermo. ob. cit. Pag. 228.
- 39.- SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino, (3a.
reimpresión) Tomo II, Editorial Tipográfica Editora
Argentina. Buenos Aires 1956, Pag. 68.

40.- JIMENEZ de Asúa, Luis ob. cit. Tomo V Pag. 164.

41.- CODIGO PENAL. ob. cit. Pag. 9

42.- CODIGO PENAL. ob. cit. Pag. 9

43.- PAVON VASCONCELOS, Francisco. ob. cit. Pag. 411.

44.- VELA TREVIÑO, Sergio. ob. cit. Pag. 275.

45.- CODIGO PENAL. ob. cit. Pag. 12.

CAPITULO IV.- ITER CRIMINIS.

A . - FORMAS DE PRESENTARSE EL DELITO.

La realización de cualquier delito se lleva a cabo mediante un proceso que desde luego se forma por diversos pasos o etapas.

A groso modo podemos señalar que, ideada y decidida la realización de un delito, como puede ser el ABUSO DE AUTORIDAD (etapa interna), el agente pone en obra su decisión (etapa externa), proveyéndose de los medios e instrumentos que considere idóneos o bien colocándose en la situación que considere adecuada para llevarla a cabo (actos preparatorios); y desde luego comienza a ejecutar su obra delictiva (ejecución) hasta llegar a completar en su totalidad la acción descrita en el tipo penal con sus efectos propios (consumación).

Los pasos señalados en el párrafo anterior forman el desarrollo procedimental de lo delictivo, a lo cual se le da el nombre de Iter Criminis, o bien camino del delito; podríamos afirmar que el cumplimiento de la totalidad de estos pasos sólo se da en los delitos cuya acción permite un desarrollo gradual, los que no le permiten, no admiten la tentativa.

En este Iter Criminis o camino a la consumación del delito podríamos dividirlo en dos etapas, la primera de ellas sería la

etapa interna cuando el autor da los pasos que no han trascendido su propia esfera psíquica, es decir, en la mente permanece la idea de delinquir, si esta permanece puede surgir la meditación sobre la idea criminosa y por último la resolución, es la intención y voluntad de delinquir.

La etapa externa o de objetivación del delito comienza por su preparación. En ella el autor se procura los instrumentos con que piensa llevar a cabo el delito o se coloca en situación de perpetrarlo, siendo aún un delito en potencia quedando al margen de la punibilidad.

Así mismo puede ocurrir en la preparación del delito que su ejecución como parte de la fase externa es susceptible de recorrer distintos "grados"; de tal forma que la ejecución contempla la tentativa y la consumación.

En tal virtud los diversos pasos que va contemplando la acción, con un comienzo y un despliegue en que la acción alcanza su plenitud típica, se le llama consumación. Mientras que el comienzo de la ejecución y la consumación del delito nos llevan a considerar la cuestión de la tentativa como la ejecución incompleta del delito.

Es importante realizar el estudio de la tentativa y la consumación del delito adecuándolo a nuestro tema de estudio, para así determinar el papel de la tentativa y la consumación del ABUSO DE AUTORIDAD.

1.- T E N T A T I V A.

De acuerdo al concepto que nos otorga Carlos Creus la tentativa "constituye la ejecución de un delito que se detiene en un punto de su desarrollo antes de alcanzar el grado de consumación, es decir, antes de que se haya complementado la acción como típica".(1)

El maestro Raúl Zaffaroni complementa diciendo que en el delito doloso no se pena sólo la conducta que llega a realizarse totalmente o que se produce el resultado típico, sino que la ley prevé la punición de la conducta que no llega a llenar todos los elementos típicos, por quedarse en una etapa anterior de realización.

Los tipos penales previstos en la parte especial de nuestro Código Penal vigente describen delitos consumados, de tal suerte que en estas descripciones se dan íntegramente los elementos típicos que dan paso a la punibilidad. El tipo de la tentativa por el contrario, resulta ser quien va a extender el ámbito de las acciones relevantes para el derecho penal - dicho de otra forma, las acciones típicas - también a supuestos de hecho en los que el tipo objetivo de un delito doloso o intencional no ha llegado a realizarse completamente. Esta función ampliatoria del tipo, y desde luego de la punibilidad, caracteriza al tipo tentado y lo define como un tipo de pendiente en relación a los tipos básicos de la parte especial. De tal suerte que no exista

un delito tentado por sí mismo, sino que la tentativa, lo será en relación a un delito determinado.

Nuestro Código Punitivo nos señala en su artículo 12 que: "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".(2)

Al respecto Ramón Palacios Vargas en su obra "La Tentativa" al hablar de su naturaleza jurídica nos ofrece conclusiones que confirman nuestro comentario anterior, sugiere que:

a).- La tentativa requiere, dentro del sistema entronizado por el Derecho Penal Liberal, un forma específica que prevea esa actividad para poder ser incriminada. Complementado queda ésto con lo señalado en nuestro artículo 12 del Código Punitivo.

b).- La norma de la tentativa es accesoria; cobra vida en relación a la norma principal de la que resulta un grado menor, es un título de delito autónomo pero jamás tiene vida por sí. No hay delito de tentativa, sino tentativa de un delito.(3)

El fundamento de la punibilidad tentativa ha sido visto desde distintos puntos de vista:

En las teorías más antiguas se ha dado como fundamento de la punibilidad de la tentativa, el peligro corrido por el objeto de la acción protegido por el tipo penal.

Otras teorías, que constituyen el grupo de fundamentos que tuvieron en cuenta los legisladores mexicanos y argentinos, han tomado como base la peligrosidad del autor.

Las teorías subjetivas recurrieron a la voluntad del autor activamente contraria al derecho.

Una tendencia que podría llamarse intermedia parte también de la voluntad del autor, pero limita la punibilidad sólo a los casos en que el hecho realizado conmueve el sentimiento de seguridad de la generalidad.

Realmente el resultado de la determinación del fundamento de la punibilidad de la tentativa, no es otra cosa que la significación para establecer el criterio con el cual deben resolverse los problemas vinculados a la distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución y aquellos que se refieren a la punibilidad de la tentativa inidónia o delito imposible.

En tal virtud, no debemos dudar respecto a que el fundamento de la tentativa no difiere en sí mismo del fundamento de la punibilidad del delito consumado.

que el resultado se produzca por causas ajenas a la voluntad de éste.

El fundamento de este tipo de tentativa se encuentra en el primer párrafo del artículo 12 de nuestro Código Penal vigente, y que a la letra dice: "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".(5)

Ejemplo claro lo constituye la fracción I del artículo 215 de nuestro Código Punitivo que dice "Cuando para impedir la ejecución de una ley, decreto, reglamento, el cobro de un impuesto o el incumplimiento de una resolución judicial, pida auxilio a la fuerza pública o la emplee con este objeto". La intención de impedir el cumplimiento de un mandato pone de manifiesto la resolución por parte del servidor público para cometer un abuso de autoridad por medio de la solicitud de la fuerza pública o el empleo de ésta mediante un mandato, intimidación o temor reverencial que siente el que debe prestar auxilio. La realización de esta fase constituye la tentativa acabada o punible que podrá o no consumarse ya que, quizá el cumplimiento a esa ley, decreto reglamento se da con anterioridad a la acción de impedir su ejecución.

La fracción VIII constituye otro ejemplo claro de la tentativa acaba pues al manifestar que: "Cuando haga que se le

entreguen fondos, valores u otra cosa que no se haya confiado a él y se los apropie o disponga de ellos indebidamente". Aquí, la expresión "haga que se le entreguen" manifiesta una intención clara de Abuso de Autoridad ya sea a través de una orden, temor reverencial, intimidación que siente el sujeto pasivo por la autoridad, en este caso a través de este acto existe una Tentativa Acabada.

En los delitos de omisión sólo puede admitirse la tentativa acabada pues en todos los casos falta el desarrollo temporal de la omisión que permitiría otra conceptualización de la tentativa. El que debe obrar por imperativo de un mandato de acción en el momento mismo que ha incumplido con el mandato, ha dejado de hacer todo cuanto debía hacer.

1.2.- T E N T A T I V A I N A C A B A D A .

"La tentativa será inacabada cuando el autor, siempre según su plan, no haya dado cumplimiento todavía a la totalidad de sus acciones necesarias para alcanzar la consumación". (6)

De lo dicho se infiere que el resistimiento voluntario como excusa absoluta sólo es compatible con la llamada tentativa in acabada, debiendo comprender que el autor no ha completado

toda la actividad (o el curso de omisión), que de él requiere el proceso de consumación y que, por lo tanto, permite que éste sea detenido voluntariamente por aquél.

La distinción que se hace entre tentativa acabada e inacabada cobra interés en el ámbito de exclusión de la pena por desistimiento voluntario. El Código Penal Mexicano no prevé expresamente con relación a la tentativa, nada respecto a la regulación del desistimiento. Sin embargo no es necesario esto para que surta efectos excluyentes de penalidad. En tal virtud si la aplicación de la pena por el delito tentado depende de que la no consumación haya sido consecuencia de circunstancias ajenas a la voluntad del autor resulta claro que si la no consumación proviene de la voluntad del autor mismo faltará un requisito básico para la aplicación de la pena.

Así lo afirma el último párrafo del artículo 12 del Código Penal al manifestar 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". (7)

2.- CONSUMACION.

Desde nuestro particular punto de vista consideraremos claro el concepto de consumación que otorga el maestro Carlos Creus, quien al respecto afirma que: "El delito se consuma

cuando se han reunido (efectivizado) todas las características de la acción típica ("el hecho cumple todas las exigencias del respectivo tipo penal"), o en otras palabras cuando se han concretado la realidad la finalidad típica propuesta por el autor".(8)

Citado por este mismo autor, el concepto de Bacigalupo complementa nuestra idea al decir, que es la obtención del fin típico planeado mediante los medios utilizados por el autor, o producido el resultado que el tipo establece como consecuencia de la conducta del autor.

Con la consumación termina la ejecución del ABUSO DE AUTORIDAD, como tal. Habrá tentativa desde que se inicia la ejecución hasta que se consuma el delito, terminando con la consumación toda posibilidad de tentativa.

La determinación del momento en el que se tiene lugar la consumación en el ABUSO DE AUTORIDAD, es problemático determinarlo, debiendo aclarar que por la forma de consumación suelen distinguirse los tipos en instantáneos y permanentes. Se llama delito instantáneo el que tiene sólo un momento consumativo y permanente al que tiene un estado consumativo, es decir, que la consumación se mantiene en el tiempo. De cualquier manera, la circunstancia de que estos tipos tengan una prolongación temporal de la consumación, no se quita que también tengan un momento consumativo (el momento en que se priva

ilegalmente de su libertad a un sujeto) a partir del cual ya está consumado el delito y termina la tentativa.

Para hacer una tajante diferencia entre tentativa y consumación habrá de atender a lo dicho por el maestro Ramón Palacios respecto a que la tentativa no es un delito imperfecto, en cuanto a que todos sus extremos jurídicos han sido satisfechos, que sólo en oposición al delito consumado, la tentativa es delito imperfecto por no haberse lesionado el bien protegido por el tipo.(9)

Como ejemplo de la consumación en el ABUSO DE AUTORIDAD, debemos citar la fracción II del artículo 215 que establece: "Cuando ejerciendo o con motivo de ellas hiciere violencia a una persona sin causa legítima o la vejare o la insultare"; observamos que se consume el delito, por el solo hecho de insultar a una persona o ejercer violencia, siendo un delito de mera conducta, de tendencia dolosa, en el que no es configurable la tentativa.

En la fracción XII del artículo 215 que dice " Cuando se otorgue cualquier identificación en que se acredite como servidor público a cualquier persona que no desempeñe el empleo", el hecho de otorgar una identificación es claramente una tendencia dolosa para permitir que un supuesto servidor actúe con libertad para delinquir, constituyéndose la consumación en el momento de otorgar cualquier identificación.

B . - C O N C U R S O .

1 . - D E P E R S O N A S .

La palabra concurso proviene del latín "concursum" que significa correr justo con otros. Dicha expresión manifiesta el coincidir, juntarse en un mismo lugar o tiempo, o diferentes personas, sucesos o cosas.

El caso que nos ocupa se refiere a que un delito puede ser ejecutado por una o varias personas según que el respectivo tipo sea monosubjetivo o plurisubjetivo, pero una simple observación sobre los hechos ilícitos que cotidianamente acaecen, nos permite concluir que frecuentemente en su ejecución intervienen personas distintas de las señaladas en las figuras típicas mediante la realización de comportamientos que en sí mismos, tampoco se adecúan a ningún tipo, porque su labor es de mera coadyugancia y que consecuentemente, ejecutan actos de cooperación que permitan llevarla a complementar un delito.

En el caso del ABUSO DE AUTORIDAD, es claro que se trata de un delito monosubjetivo pues con la actuación de sólo un servidor público se llena el requerimiento del tipo cuando su conducta conforma la descripción legal. Sin embargo es posible la realización del ABUSO DE AUTORIDAD de forma plurisubjetiva, y quizá surga controversia cuando los hechos típicos sean llevados a cabo por dos o más sujetos.

El profesor Novoa Monreal menciona que: "si la regla general es el tipo delictuoso referido a un sólo sujeto activo y si la experiencia indica que es frecuente que los hechos típicos sean ejecutados por más de un individuo, era indispensable al legislador dar las reglas que indican la forma como habían de ser apreciada esa intervención plural y la situación que en su concepto correspondía a cada uno de los individuos que habían contribuido a realizarlo." (10)

No siempre que intervenga una pluralidad de sujetos en la comisión de un delito existe coparticipación, porque los tipos penales plurisubjetivos exigen la presencia de varios sujetos; tendremos que distinguir cuando la actuación de varias personas se adecúa plenamente al tipo porque él la requiere, y cuando varias personas concurren a la perpetración de un hecho punible, sin que tal participación sea típicamente exigida, pues en el primer caso estaremos ante un concurso necesario, mientras que en el segundo supuesto se tratará de un concurso eventual.

Concluyendo, podemos decir que en el ABUSO DE AUTORIDAD y en el supuesto caso de que se presentara el concurso de personas, éste será eventual toda vez que su participación no es típicamente exigida.

El concurso de personas comprende dos figuras a saber, de la autoría y de la complicidad; la autoría suele componerse en diversos tipos ya sea material, intelectual, mediata o coautoría.

El autor es aquel que realiza la conducta típica; será autor material, cuando de forma directa e inmediata realiza la conducta descrita en un tipo penal determinado; y será autor intelectual aquel que realiza el comportamiento típico valiéndose de otra persona que lo ejecuta materialmente.

En el caso de nuestro tema de estudio, el autor requiere como premisa ser servidor público, como ejecutor de una conducta física o psíquica que se adecúe a cualquiera de los tipos penales descritos en las fracciones del artículo 215, para ser considerado como tal.

La coautoría se presenta cuando una pluralidad de agentes realiza la misma conducta típica en forma mancomunada, es decir, si varias personas originan el delito teniendo como requisitos el coautor:

a).- Capacidad de autor en cada uno de los coparticipantes, este hecho implica que cualquiera de los coparticipes sea considerado jurídicamente capaz de realizar por sí solo la conducta típica, de tal suerte que si el tipo exige al sujeto activo cualificado como es el caso de las XII fracciones del artículo 215 que describen el delito de ABUSO DE AUTORIDAD, todos deben poseer dicha cualificación.

De la lectura de cada una de las fracciones se desprende que el autor siempre es considerado único al hablar en singular

sin que esto sea definitivo pues puede darse la figura de coautores.

b).- La coparticipación será eventual, en el sentido de que el plurimo comportamiento de los agentes no constituya exigencia legal del tipo.

Claro ejemplo lo es la fracción I pues cuando para impedir la ejecución de un ordenamiento o mandato o cobro de impuestos se pida auxilio a la fuerza pública o la emplee con ese objeto, el tipo se cumple con pedir auxilio o emplear fuerza pública, es monosubjetivo, no constituye exigencia legal y también cometerán el delito quienes integran esa fuerza pública.

c).- Realización conjunta del mismo hecho típico, lo que significa que los agentes deben actuar mancomunadamente en la realización de una conducta subsumible en el mismo tipo penal.(11)

La fracción VII al referirse al servidor público que tiene conocimiento de una privación ilegal de libertad, no la denunciase o no la hace cesar estando éste en sus atribuciones, da la posibilidad de que sean dos los servidores públicos enterados de dicha privación y con su omisión realizan conjuntamente el mismo hecho típico.

Por otra parte, cómplice es la persona que, sin realizar la conducta típica, contribuye a la ejecución, ya sea con su propia acción u omisión para que otro (autor material) lo lleve a cabo.

El papel del cómplice es el de ayudar con su conducta a la realización de un hecho típico que otra persona efectúa, es decir, el de su colaborar en un hecho típico ajeno; como el caso de la fracción XI en el que la secretaria o auxiliar del servidor público realiza el contrato o autorización que otorga aquel a quien está inhabilitado por resolución firme de autoridad competente para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público, siempre que lo haga con conocimiento de tal situación.

Concluyendo, es posible que en el caso del ABUSO DE AUTORIDAD, se presente el concurso de personas (eventual) ya sea en su figura de coautoría o de complicidad, por los ejemplos anteriormente descritos. Todas las formas anteriormente descritas comprenden a los autores y partícipes en la comisión del delito tal y como lo señala el artículo 13 del Código Penal.

2 . - D E D E L I T O .

Hasta el momento hemos examinado el concurso atendiendo a la hipótesis más simple: un autor que comete un hecho encuadrable en la descripción de un tipo penal. Cuando los agentes del delito son varios, tendremos un caso de concurso de

personas. Pero puede ocurrir que un mismo sujeto realice una actividad o una secuencia de actividades encuadrables en varios tipos penales, esas son las situaciones que nos plantean las cuestiones de ocurrencia de delitos, que se dan en dos hipótesis básicas:

- Unidad de un hecho con pluralidad de encuadramientos típicos.
- Pluralidad de conductas del mismo agente.

La doctrina ha otorgado a estas formas del concurso de delitos, dos tipos que son a saber: el concurso ideal o de forma y el concurso real o material procediendo en consecuencia a definirlos y sobre todo buscar su aplicación en el delito de ABUSO DE AUTORIDAD.

2.1.- CONCURSO IDEAL O FORMAL.

De forma simple podríamos decir que en este tipo de concurso se da una unidad de acción con pluralidad de resultados, esto significa que por medio de una sola acción que realiza en nuestro caso un servidor público, se complementan diversos tipos penales, trayendo por consecuencia diversas violaciones de tipo jurídico con la violación de los intereses protegidos por las normas jurídicas.

Ejemplo claro lo constituye el tipo contenido en la fracción II del multicitado artículo 215 del Código Punitivo, pues al establecer que: "Cuando ejerciendo sus funciones o con motivo de ellas hiciere violencia a una persona sin causa legítima o la vejare o la insultare"; definitivamente el servidor público además de resultar responsable del delito de ABUSO DE AUTORIDAD, lo sería también en su caso, de lesiones o incluso el homicidio cuando el servidor público se excediera en la violencia manifestada contra el sujeto pasivo del delito.

Es indudable que el concurso ideal, debe estar sancionado con mayor severidad que la "simple" comisión de un solo delito, y así fue previsto por nuestros legisladores en el capítulo IV, artículo 64 del Código Penal vigente y que a la letra dice: "Artículo 64 .- En caso de concurso ideal se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta en una mitad más de lo máximo de duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el artículo segundo del Libro Primero".(12)

Si al principio de este apartado definimos al concurso ideal de forma simple, es porque mayoritariamente lo han hecho así los doctrinarios; sin embargo existen algunos, principalmente los finalistas, que se empeñan en dividir al concurso ideal en dos formas distintas.

Al decir de Johannes Wessels, "se da el concurso ideal cuando la misma acción lesiona varias leyes penales o varias

veces la misma ley; en el primer caso, se habla de concurso ideal heterogéneo, y el segundo, de concurso ideal homogéneo".(13)

En el caso de que se trata, los malos tratos cometidos por el servidor público contra el sujeto pasivo del delito en estudio, no realizan sólo un ABUSO DE AUTORIDAD, sino al mismo tiempo, la característica de la "violencia" mencionada en la fracción II, luego entonces, entre el ABUSO DE AUTORIDAD y el posible Homicidio o Lesiones Corporales peligrosas existe concurso ideal "heterogéneo".

2.2.- CONCURSO REAL O MATERIAL.

Se da el concurso material cuando alguien ha cometido varios hechos punibles independientes, que pueden juzgarse en forma simultánea.

Aquí existe, contrariamente a lo que ocurre en el concurso ideal, una pluralidad de acciones.

En el concurso real hay una pluralidad de conductas por lo que, para que opere el concurso ideal debe presuponerse que hay una única conducta, y para que opere el real debe haberse descartado la unidad de la conducta.

Pero en relación a este concurso real, existe un problema jurídico penal que procede de una cuestión procesal en relación a la acumulación de sanciones y su correlativo sistema de represión.

¿ Qué pena deberá aplicarse ?, ¿ se deben sumar las penas de los distintos delitos ? (acumulación material), ¿ sólo se impone la pena del delito más grave ? (absorción), o bien ¿ se debe componer una pena especial que tome en cuenta la pluralidad de hechos ? (sistema de la composición o de la acumulación jurídica).

El Código Punitivo responde a estas preguntas en el segundo párrafo de su artículo 64 al decir que en caso de concurso real se impondrá la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, no dejando duda respecto al sistema a utilizar, esto es, el sistema de ABSORCION, pero agrega que podrá aumentarse hasta la suma de las penas correspondientes, por cada uno de los demás delitos (acumulación material) dejando como facultad alternativa del juzgador que en nuestro concepto fortalezca la aplicación de la sanción respectiva.

El concurso real, a diferencia del ideal, puede ser homogéneo (varios delitos típicos del mismo tipo penal), toda vez que el abuso de autoridad se tipifica en todas y cada una de las XII fracciones que componen el artículo 215, y que posiblemente cualquier servidor público incurra en dos o más tipos de los descritos en dichas fracciones; como el caso de la

fracción VI, en el que el servidor público encargado de un Reclusorio Preventivo sin requisitos legales recibe como detenida a una persona determinada, y además de esta acción incurra con este detenido en el caso de la fracción VIII, haciendo que le entre fondos, valores o cosas que no le fueron confiadas y disponga de ellas indebidamente.

Estará incurriendo en el ABUSO DE AUTORIDAD, en concurso real homogéneo pues con dos conductas típicas abarca el mismo tipo penal.

Otro ejemplo claro es el de la fracción X referente a que "cuando en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas otorgue empleo, cargo o comisión públicas, o contratos de prestación de servicios profesionales o mercantiles o de cualquier otra naturaleza ya sean remuneradas, a sabiendas de que no se prestará el servicio para el que se les nombró, o no se cumplirá el contrato otorgado", pues el servidor público podrá incurrir en su caso, independientemente del ABUSO DE AUTORIDAD, en fraude Peculado, conclusión, ejercicio abusivo de funciones; en fin que se constituye en concurso real o material siendo evidente la existencia de este concurso en nuestro delito materia de estudio.

BIBLIOGRAFIA UTILIZADA EN EL CUATRO CAPITULO.

- 1.- CREUS, Carlos. Derecho Penal Parte General. Editorial Astrea, Buenos Aires 1990. Pag. 431.
- 2.- CODIGO PENAL. 50a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1992. Pag. 10.
- 3.- PALACIOS VARGAS, Ramón. La Tentativa. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1979 Pags. 22 y 23.
- 4.- BACIGALUPO, Enrique. Estudios de Derecho Penal y Política Crimininal Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1989. Pag. 230.
- 5.- CODIGO PENAL. ob. cit. Pag. 10.
- 6.- BACIGALUPO, Enrique. ob. cit. Pag. 230.
- 7.- CODIGO PENAL. ob. cit. Pag. 10
- 8.- CREUS, Carlos. ob. cit. Pag. 450.
- 9.- PALACIOS, Ramón. ob. cit. Pag. 26.
- 10.- NOVOA, Monreal Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno. Tomo I Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1990 Pag. 202.

11.- REYES, Echandía Alfonso. TIPICIDAD. Editorial Temis,
Bogóta Colombia 1989. Pag. 174 y 175.

12.- CODIGO PENAL. 50a. Edición Pag. 26 y 27.

13.- WESSELS, Johannes. Derecho Penal Parte General.
Editorial de Palma, Buenos Aires, Argentina 1980. Pag.
233.

C A P I T U L O V.- ESTUDIO DE LOS ELEMENTOS DE TIPO.

Las consecuencias jurídicas son tan importantes, de acuerdo con nuestro régimen jurídico, que no pueden dejarse a libre criterio del Juez Penal, por lo que consideramos que el presupuesto más importante de una consecuencia jurídica, así como la base más importante del hecho punible es un tipo dado por la ley, que la conducta del autor debe realizar, de aquí la gran importancia de estudiar al tipo y sus elementos.

Comenzemos por definir el tipo, y al respecto es Zaffaroni quien otorga una de las definiciones más completas de tipo penal al decir: "El tipo penal es un instrumento legal lógicamente necesario y de naturaleza prominente descriptiva que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas)". (1)

Efectivamente el tipo es el instrumento por medio del cual, el conjunto de conductas antijurídicas de las que hay que responder subjetivamente, que contiene de manera expresa o implícita el ordenamiento jurídico, es el derecho penal quien selecciona aquellas que son merecedoras de pena, lo cual hace designándolas por medio de su descripción.

El maestro Reyes Echandía define el tipo penal "como la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana, reprochable y punible". (2)

Pavón Vasconcelos se refiere a " La descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma un resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal". (3)

Podríamos seguir enumerando diversos conceptos, sin embargo, desde el personal punto de vista resulta aún más completa y enriquecedor analizar la definición de Zaffaroni; y desde luego adecuarla al ABUSO DE AUTORIDAD.

Como primer característica encontramos que el tipo pertenece a la ley, toda vez que en la ley es donde encontramos los tipos penales y concretamente en la parte especial del Código Penal (y leyes especiales), es decir en el Libro Segundo Título Décimo, Capítulo III, artículo 215 por lo que hace al Abuso de Autoridad. Así resulta que el tipo son las fórmulas legales descritas en cada una de las fracciones del artículo mencionado, dicho de otra forma, las fórmulas que nos sirvan para individualizar las conductas que la ley penal prohíbe al servidor público.

Por otro lado decimos que el tipo es lógicamente necesario, ya que sin él no averiguamos la anti-juricidad y la culpabilidad de la conducta de un servidor público que en la totalidad de los casos resultaría que carece de relevancia penal, por que simplemente no sería delito.

Decimos que, el tipo es predominante descriptivo porque una descripción resulta ser lo más importante para individualizar una conducta, y de esto resulta ser más importante el verbo, pues la palabra que sirve gramaticalmente para connotar una acción.

Verbi gracia, la fracción IX indica que "Cuando con cualquier pretexto, obtenga de un subalterno parte de los sueldos de éste, dádivas u otro servicio"; describe esta fracción al supuesto en el que puede incurrir un servidor público y sobre todo, centra su importancia en el acto o hecho de obtener sueldos, dádivas, etc.

Se les llama elementos normativos a los elementos que parecen eventualmente en los tipos.

Por último debemos concluir que la función del tipo es la individualización de conductas que son penalmente prohibidas como el caso de las fracciones que conforman el delito de ABUSO DE AUTORIDAD.

Pero para la mayor comprensión del tipo, debemos aondar en sus elementos y descubrir así como y por que elementos se compone el tipo ABUSO DE AUTORIDAD, por lo que procedemos a analizar cada uno de ellos.

A. - GENERALIDADES.

Si examinamos detenidamente al tipo, encontraremos una serie de elementos comunes entre sí que contribuyen a formar su estructura; para lograr identificarlos hacemos la consideración de que todo tipo penal describe una conducta que, realizada por alguien, va a lesionar o poner en peligro diversos bienes jurídicos protegidos de los cuales otra persona necesariamente es titular; de tal manera que tanto en la persona que realiza una conducta típica, y en la que se ve afectada se identifican los sujetos.

Por un lado el sujeto activo que ejecuta el comportamiento típico y el pasivo en cuya cabeza radica el bien o intereses que lesiona; una conducta que genéricamente aparece consagrada y que es de naturaleza objetivo-descriptiva y que atrae referencias normativas o subjetivas, así como un objeto jurídico por estar normativamente tutelado y material por ser una persona o cosa sobre la cual recae la conducta típica.

Por consecuencia, serán elementos generales del tipo:

- Sujeto Activo
- Sujeto Pasivo
- Bien jurídico protegido
- Objeto material

A los que pretendemos analizar en este capítulo y desde luego, manifestar su importancia en el tipo de ABUSO DE AUTORIDAD.

1. - S U J E T O A C T I V O.

Entre los elementos descriptivos del tipo tiene que contabilizarse la mención del sujeto activo del delito, que coincide con el autor. Las características del tipo siempre determinan quien puede ser considerado autor de un delito, pero a veces los tipos reducen la autoría del delito a un círculo restringido de sujetos, como el caso del ABUSO DE AUTORIDAD.

Por lo pronto, diremos que sujeto activo es "la persona que realiza la conducta típica, también conocida como agente, sujeto-agente, actor o autor."(4)

Para Guillermo Sauer autor en su concepto natural "es quien ejecuta la acción y le imprime una dirección interna hacia un resultado jurídicamente relevante; es el creador conciente o culposo del peligro"(5) y es relevante para el derecho penal precisamente por estar prohibida por él mismo.

Podemos afirmar que el sujeto Activo es la persona que ejecuta la conducta de acción o de comisión descrita en un tipo penal determinado, surge la calidad de sujeto activo en el momento que alguien desarrolla el comportamiento típico.

Hoy podemos hablar de que el sujeto activo es una persona física, pues como lo indica Sauer en su definición; el hombre (sujeto) imprime una dirección interna para conseguir un resultado antijurídico, es decir, debe existir voluntad del sujeto para ser considerado sujeto activo de un delito.

Pero definitivamente esto no ocurrió siempre, y así nos lo enseña PLATON al decir:

" Si una cosa inaninada quita la vida a un hombre, sea por su propia caída, sea a impulso del hombre, el más próximo pariente del muerto tomará por juez a uno de sus vecinos y ante él se justificarán del accidente, así él como toda su familia"(6)

Esto adquiere relevancia toda vez que jurídicamente, la persona es considerada como ser humano individualmente y también como persona moral, siendo de gran discusión el hecho de que esta última sea considerada como sujeto activo.

Existen autores que defienden el hecho de que las personas morales si pueden realizar conductas típicas, los hay quienes afirman lo contrario y una tercera corriente afirma que dichas personas morales, sólo pueden ser autores de contravenciones.

Nosotros creemos que la persona moral es un ente diverso de cada uno de los individuos que la integran, no es ficción ni abstracción del Derecho, pero esta persona moral es un conjunto de personas físicas y cuando toma alguna resolución o realiza un

acto, lo hace por medio de representantes (personas físicas) siendo indispensable, para que alguien sea sujeto activo debe poner en movimiento una energía o realizar actos sicosomáticos reservados al hombre, por lo que hace no es posible considerar como sujeto activo a la persona moral, y aún menos en el ABUSO DE AUTORIDAD.

Decíamos al principio que las características del tipo, determinan la calidad del autor para ser considerado sujeto activo. En el ABUSO DE AUTORIDAD definitivamente tendrá que tener la calidad de servidor público quien incurra en el delito de ABUSO DE AUTORIDAD. Se trata pues de un tipo restringido por lo que hace a la calidad del sujeto, pues así lo restringe el artículo 215 al decir que "cometen el delito de ABUSO DE AUTORIDAD, los servidores públicos."

Inclusive desde el título Décimo al empezar, se advierte que se tratarán delitos cometidos por servidores públicos, y en el cual se incluye el capítulo III que contempla el Abuso de Autoridad.

Aún más, decíamos que el tipo reduce todavía la autoría del delito a un círculo más restringido, y así lo marca la fracción IV que limita al sujeto activo, como servidor público encargado de administrar justicia, reduciendo el universo a los jueces, ministros y magistrados.

De igual forma en la fracción V se reduce el universo al encargado de una fuerza pública, como el Secretariado General de Protección y Vialidad o Director de la Policía Judicial, Federal o Estatal.

Y por último la fracción VI reduce el universo al Director General del Consejo Tutelar para menores infractores, al Director General de un Reclusorio Preventivo, etc.

2 . - S U J E T O P A S I V O .

Cuello Calón considera como Sujeto Pasivo al "titular del Derecho o interés o puesto en peligro por el delito" (7). Definitivamente que el sujeto pasivo será el titular de un interés jurídico que el legislador ha querido proteger mediante la legislación de un tipo penal, interés que resulta vulnerado por el sujeto activo del delito. Algunos doctrinarios han tenido por bueno, al asemejar el concepto de sujeto pasivo, al de víctima del delito.

En ocasiones el tipo penal, puede hacer referencia al sujeto pasivo del delito, de tal forma que si la acción no recae sobre el sujeto caracterizado por el tipo, no habrá delito.

En el sujeto pasivo sucede lo contrario en relación con el sujeto activo, respecto a quien puede ser sujeto pasivo del tipo penal, es decir que mientras en el sujeto activo sólo pueden ser

las personas físicas, en el caso del sujeto pasivo, pueden serlo tanto personas naturales como las personas morales, toda vez que la titularidad de los bienes jurídicamente protegidos por el legislador no son titularidad exclusiva de las personas físicas, por el contrario, por naturaleza jurídica del sujeto activo se ha considerado al Estado como Administración, presente en todo delito y desde luego en el ABUSO DE AUTORIDAD.

Atendiendo a la clasificación de sujeto pasivo que hace el maestro Reyes Echandía, avalado por Jiménez de Asúa, entre otros penalistas, procederemos a descubrir quien es sujeto pasivo en el ABUSO DE AUTORIDAD. Y así tenemos que el sujeto pasivo puede ser dividido en cuanto a:

- | | | |
|---------------|------------------------------|---|
| | - Bien jurídico
Protegido | - Individuo
- Colectividad
- Estado |
| SUJETO PASIVO | - En cuanto a su
número | - Singular
- Plural |
| | - Calidad | - Indeterminados
- Cualificados |

En el ABUSO DE AUTORIDAD, será sujeto pasivo respecto al Bien Jurídico Protegido, el individuo, ya que en todo momento el tipo penal pretende considerar y amparar el interés jurídico individual de aquellos que recurren al servicio que presta la autoridad pública que no sólo puede incurrir en el ABUSO de su AUTORIDAD, sino que inclusive puede atentar contra intereses jurídicos del individuo tales como la vida y la integridad

personal; verbi gracia la fracción segunda del artículo 215 al referirse al servidor público que ejerciendo sus funciones o con motivo de ellas hiciere violencia a una persona sin causa legítima o la vejare o insultare.

Será sujeto pasivo la colectividad cuando se protegen intereses jurídicos que pertenecen al conglomerado social. La fracción tercera, se refiere al servidor público que indebidamente retarde o niegue a los particulares la protección o servicio que tenga obligación de otorgar; como la salud pública que atañe a la Sociedad que se ve perjudicada por la negativa de prestar un servicio de salud por parte de quien debe hacerlo.

En cuanto a su número el sujeto pasivo es singular cuando baste que sea un solo titular el Bien Jurídico afectado por la conducta del agente. Por el contrario será sujeto pasivo plural en cuanto el titular del interés jurídico afectado sea la colectividad.

En el ABUSO DE AUTORIDAD podrá surgir el sujeto pasivo tanto singular como plural.

Por último diremos que en el ABUSO DE AUTORIDAD, el sujeto pasivo puede serlo en cuanto a su calidad indeterminado o cualificado.

La indeterminación implica una conducta típica ilícita donde cualquiera puede ser el titular del Bien Jurídico afectado, pues el legislador así lo expresa al no dejar claro en la redacción del tipo quien tiene la calidad del sujeto pasivo, pudiendo ser cualquier persona que se vea afectada por el ABUSO DE UN SERVIDOR PUBLICO.

Será cualificado cuando recaiga en él una condición especial, como puede ser una condición natural, jurídica, moral o profesional de la cual debe estar revestido al menos en el momento del derecho. La fracción V del artículo 215 nos deja ver que el sujeto pasivo puede ser cualificado en el ABUSO DE AUTORIDAD, al decir que cuando el encargado de una fuerza pública, requerida legalmente por una autoridad competente para que le preste auxilio, se niegue indebidamente a dárselo; es claro que el sujeto pasivo, es quien resiente directamente los efectos del Abuso de Autoridad, debe ser otra autoridad, mientras que los ofendidos pueden ser los particulares que sufren indirectamente los efectos del delito.

Tanto en la fracción VI como VII de nuestro multicitado artículo, la calidad del sujeto pasivo debe ser la de sujeto privado ilegalmente de su libertad. Así como la fracción IX nos hace ver la calidad del sujeto pasivo debe ser la de un subalterno que se encuentra bajo las ordenes del servidor público que comete el ABUSO DE AUTORIDAD.

3 . - B I E N J U R I D I C O P R O T E G I D O .

En el apartado anterior, cuando se hacía una clasificación del sujeto pasivo en cuanto al bien jurídico protegido se dejaba ver la importancia de este último, ya que los tipos no son otra cosa que particulares manifestaciones de tutela jurídica de esos bienes.

Raúl Zaffaroni nos dice que si tuviera que dar una definición del bien jurídico protegido diría que "es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan" (8). De lo anterior deducimos que no hay norma penal que no surja para tutelar un valor y proteger un bien jurídico.

Sería autológica la definición anterior si no esclarecemos el significado de "bien", y Antonio de P. Moreno dice al respecto: "es el bien, el interés lesionado o comprometido por el hecho delictivo. El bien para cuya tutela establece la ley la comunicación de la pena. Es a un tiempo el objeto de protección y el objeto de ataque". (9)

Suele decirse que el bien jurídico es la vida, el honor, la propiedad, la administración pública, etc.; sin embargo al afirmar esto, abreviaremos el concepto de bien jurídico, porque no es propiamente el honor, sino el derecho a disponer del propio honor, de tal suerte que los bienes jurídicos son los

derechos que tenemos de disponer de ciertos objetos, y así cuando una conducta determinada nos afecta la disposición de esos objetos, se está afectando al bien jurídico, y algunas de esas conducta están prohibidas en el derecho penal.

Así mismo se demuestra que el bien jurídico es la esencia o razón de ser del tipo, considerando que no es posible concebir la idea de un tipo delictivo como el ABUSO DE AUTORIDAD, sin determinar el bien jurídico tutelado.

Debemos preguntarnos qué bien jurídico protege el tipo de ABUSO DE AUTORIDAD, y al respecto el maestro Carlos Creus dice: "Comúnmente el tipo no designa literalmente el bien jurídico protegido, sino que éste viene consignado expresamente en los rubros de los títulos y capítulos en que se agrupan las figuras delictivas ("delitos contra el honor", "contra la libertad", etc.), pero muchas veces la moralidad del Bien Jurídico que efectivamente se protege con la imposición de la pena, tiene que ser determinada por el intérprete acudiendo a un procedimiento de conjugación de las expresiones literales de los rubros de los títulos y capítulos, con el "sentido de la acción" descriptiva de un determinado tipo". (10)

Por consiguiente, el título DECIMO del Código Penal vigente en el cual se encuentra inmerso en su capítulo tercero el ABUSO DE AUTORIDAD, trata de los delitos cometidos por servidores públicos, quienes se desempeñan en la Administración Pública, luego entonces, el Bien Jurídico Tutelado en el delito de ABUSO

DE AUTORIDAD, lo constituyen en general la seguridad del individuo frente a la Administración Pública a quien le fue confiada, por ser esta seguridad un valor humano jurídicamente protegido por la norma penal incriminadora.

Y de tal forma particular, cada fracción del artículo 215 nos ofrece un Bien Jurídico que tutela de acuerdo al sentido de la acción descrita en él como la seguridad de la garantía de libertad fracciones VI y VII; la integridad física (fracción II).

4. - O B J E T O M A T E R I A L.

Tradicionalmente se ha venido entendiendo por objeto material la persona o cosa sobre la cual recae la conducta típica.(11)

Hemos visto cómo el tipo penal se constituye en el instrumento mediante el cual el Estado tutela intereses jurídicos dignos de protección y todo interés jurídico se materializa y concreta en algo tangible.

Cada vez que alguien lleve a cabo una acción u omisión (acto) que se adecúe a un tipo penal, lesiona o pone en peligro el interés legítimamente tutelado en el sujeto pasivo y como tal conducta no es abstracción, sino por el contrario algo tangible,

afecta el interés en el que se concreta y esto es el objeto material.

Hay algunos autores que afirman que el objeto material debe ser sólo real, es decir, estar constituido por la cosa en que se concreta el interés jurídicamente tutelado y a la cual se refiere la conducta del sujeto activo. La palabra cosa debe entenderse en un sentido natural, es decir, "cualquier parte del mundo externo que ha sido objeto de protección jurídica.

La maestra Olga Islas de González Mariscal dice que el objeto material " es el ente corporeo hacia el cual se dirige la actividad descrita en el tipo, es el objeto de acción". (12)

Ejemplo de ello en el ABUSO DE AUTORIDAD lo es, la fracción VIII del artículo 215 que a la letra dice: "Cuando haga que se entreguen fondos, valores u otra cosa que no se le haya confiado a él y se los apropie o disponga de ellos indebidamente"; es claro que el ente corporeo hacia el cual se dirige la actividad descrita por el tipo, lo constituyen los fondos, valores, etc.

Por otro lado surgen autores como Romero Soto del cual ofrecemos su definición de objeto material, que conciben un objeto material personal que se constituye por toda persona física o moral, viva o muerta, conciente o inconciente, sobre la cual se concretó el interés jurídicamente tutelado y a la cual se refiere la conducta del agente.

En estos casos habría que tener cuidado al confundir al sujeto pasivo con el objeto material personal. Lo que sucede es que en determinados tipos penales pueden coincidir ambas calidades en un mismo sujeto; veamos el caso de la fracción IX del artículo 215 que dice: "Cuando, con cualquier pretexto, obtenga de un subalterno parte de los sueldos de éste, dádivas u otro servicio."

Al decir "u otro servicio", nos referimos a otro sujeto que a la par que se concreta en el interés jurídico y hacia el cual apunta la conducta del agente, al mismo tiempo es él mismo titular del bien jurídico que ha sido vulnerado, es decir, también es sujeto pasivo.

Cuando el objeto material es una cosa, un ente, un objeto, no existe mayor complicación, el problema surge cuando debe considerarse un objeto material personal, pero para efectos de concluir debemos decir que en tanto el objeto material puede ser persona o cosa, el sujeto pasivo siempre deberá ser una persona.

Con esto podríamos dar por terminada la aplicación del estudio de los elementos del tipo, al delito de ABUSO DE AUTORIDAD, sin embargo consideramos oportuno hacer referencia al hecho, de que algunos autores sobre aquellos que pertenecen a la corriente causalista y apoyados en la clasificación doctrinal de los autores contemporáneos, consideran a la conducta y al resultado como elementos del tipo.

Nosotros hemos expuesto en el capítulo II, como elementos del delito, explicándolo ampliamente y dando por hecho que el tipo, para que sea posible su existencia fáctica debe ser a través de una conducta que puede consistir en un hacer o una abstención u omisión; quien quiera defender la vigencia de un derecho penal, tiene que reafirmar que la base del derecho es la conducta, reconocida en su estructura óntico-ontológica ya que si se desconoce como elemento primordial del delito, corremos grave riesgo de salvar la fórmula para equivaler el contenido, por que en lugar de una conducta humana se describiría otra cosa, basados en el principio nullum crimen sine conducta.

Recordemos pues, que la conducta es un hacer voluntario, voluntad que implica finalidad, conducta es un hacer final y que aplicada la conducta como descripción típica consisten en el comportamiento u omisión que es objeto de sanción, por considerar que lesiona el bien jurídicamente protegido, estableciéndose el caso de ABUSO DE AUTORIDAD, una conducta típica en todas sus fracciones.

Por lo que se refiere al resultado, el Derecho Penal no ignora que toda conducta tiene un resultado, es decir, que altera algo en el mundo exterior. Sabemos que cuando un servidor público ejerciendo sus funciones o con motivo de ellas haga violencia, vejare o insultare a una persona sin causa legítima (conducta antijurídica), y éste muere como resultado de su violencia, hay una relación de causa-efecto entre la conducta antijurídica y el resultado muerte. Esta es la relación o nexa

de causalidad; mientras que el resultado de nuestro delito sería lesiones o la muerte que también sería una figura delictiva completamente diferente.

B . - E S P E C I A L E S

Hasta el momento, hemos analizado al Tipo en su estructura básica, esto incluye los elementos generales, por medio de los cuales es considerado tipo, sin los cuales no existiera y desde luego no habría delito, materia de estudio.

Manifestamos que el tipo es esencialmente descriptivo, pero en ocasiones la complejidad de la conducta que describe, o por tratar de precisar el ámbito de su ilícito, exigen del legislador que utilice expresiones que van más allá de la simple descripción de un hecho y que más bien intente cualificar, o hacer referencias específicas con relación al ánimo con que debe actuar el agente.

Nos referíamos a los elementos especiales del delito. Pero cómo saber cuáles son éstos si los mismos doctrinarios no se han puesto de acuerdo aún. Por un lado los casualistas señalan como elementos especiales, lo que para finalistas podrían ser características de elementos generales; y por otro lado los contemporáneos, describen al elemento normativo y subjetivo como "ingredientes especiales", únicos del tipo.

Para unificar criterios, hemos considerado didáctico tomar como elementos especiales del delito la clasificación a que hacen referencia autores clásicos (contemporáneos) del Derecho Penal (Jiménez de Asúa; Pavón Vasconcelos; Porte Petit) y que en suma consideran como elementos especiales:

- Medios de Comisión.
- Referencia Temporal.
- Referencia Especial.
- Referencia de ocasión.

Sin embargo, para quienes consideran que los únicos elementos especiales del tipo son el normativo y el subjetivo, aplicaremos sus conceptos en el delito materia de estudio.

Y debemos concluir que lo trascendente en el presente trabajo es la aplicación de conceptos en el ABUSO DE AUTORIDAD y no la discusión de posturas doctrinarias.

Comenzaremos hablando de los elementos especiales para quienes los consideran sólo dos: elemento subjetivo y elemento normativo.

Para Bettiol los elementos normativos "son aquellos que implican, a los fines de su existencia, una especial valoración judicial, fuera de la cual no existirían como elementos, de

hecho que puedan ser tenidos en cuenta para la determinación de los aspectos característicos del tipo".(13)

De tal manera que, estamos ante presupuestos del injusto típico, que sólo pueden ser estimados mediante una especial valoración de la situación del hecho.

Por ejemplo, la fracción II del artículo 215 dice: sin causa legítima, la fracción III, se expresa diciendo indebidamente, al igual que la fracción VIII; la determinación de legalidad y legitimidad con que deje de actuar el servidor público no se logra sino a través de un juicio de valor que realiza un Juez que lo lleva a descubrir el alcance de esas expresiones y la Tipicidad de la conducta.

El elemento subjetivo nos refiere al hecho de que no es suficiente para incriminar una conducta la sola descripción del tipo, cuando sólo puede considerarse como lesiva de intereses jurídicos en tanto que va referida a un especial estado de conciencia o tendencia interna del agente. Se trata de momentos subjetivos enraizados en el tipo que nutre de ilicitud la conducta.

Son para Pavón Vasconcelos "los que se refieren al motivo y al fin de la conducta descrita; así que proceden de la persona misma del delincuente y se traducen en la intención criminal o en la imprudencia." (14)

En el ABUSO DE AUTORIDAD, el elemento subjetivo está representado en la intención criminal del servidor público ya sea de impedir la ejecución de una ley, de insultar o violentar una persona, de negarse a despachar un negocio injustificadamente, etc.

Procedemos ahora a referirnos a los elementos especiales del tipo estableciendo su concepto y aplicación en nuestro tema de estudio.

1 . - M E D I O D E C O M I S I O N .

Resulta obvio entender que los medios de comisión de un delito son las maneras, los modos, las formas, por medio de las cuales el sujeto activo de un tipo lleva a cabo la conducta descrita en éste.

Pavón Vasconcelos resalta la importancia al decir que "en ciertos casos la exigencia de la ley al empleo de determinado medio lo hace esencial para integrar la conducta o para hacer alguna agravación de la pena."(15)

Es claro que la fracción II del artículo 215 representa un ejemplo real, pues se requiere de un medio que es la violencia (física o moral) y que constituye el medio de comisión claro en el ABUSO DE AUTORIDAD exigido en este tipo, adecuando la conducta del delito.

2 . - R E F E R E N C I A T E M P O R A L .

Estamos en presencia de una circunstancia de tiempo durante la cual debe realizarse la conducta, y si lo entendemos como elemento (especial) del delito, cuando no se realice en el tiempo que exige el tipo, simplemente no se dará la Tipicidad.

Su importancia va en relación al factor subjetivo de la culpabilidad, y al respecto Ignacio Villalobos comenta en relación al tiempo: "se ha de juzgar en relación con el momento en que se tomó la determinación antijurídica, es el tiempo de la actividad de realización el que debe considerarse relevante para definir la ley de fondo aplicable y por tanto la antijuricidad y la punibilidad."(16)

Somete a algunas referencias temporales el ABUSO DE AUTORIDAD, caso concreto de la fracción X que dice: "cuando en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, otorgue empleo, cargo o comisión públicos", en el tiempo que el servidor público actúe deberá ser mientras se ostente como autoridad, caso de la fracción X que dice: "cuando en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, otorgue empleo, cargo o comisión públicos", en el tiempo que el servidor público actúe deberá ser mientras se ostente como autoridad; si no prevalece el hecho de que el servidor público actúe en el momento que ejerce sus funciones como tal, la acción antijurídica no se encuentra en el tipo descrito y desde luego no existiría delito alguno a perseguir.

3 . - R E F E R E N C I A E S P A C I A L .

El espacio se refiere al lugar en el que se desarrolla la acción llevada a cabo por el sujeto activo del delito.

La importancia de saber el lugar, el espacio donde se llevó a cabo el delito radica en "resolver los problemas relativos a la competencia del Tribunal que lo ha de juzgar, tiempo en que comienza a correr la prescripción de la acción penal, leyes que han de aplicarse."(17)

La fracción VI del artículo 215 es el único caso en el ABUSO DE AUTORIDAD en el que se hace referencia a lugar determinado como exigencia del tipo penal para la comisión del delito. Si no se lleva a cabo la conducta antijurídica (ABUSO) en los lugares ahí descritos, no se configura el delito: "Cuando está encargado de cualquier establecimiento destinado a la ejecución de sanciones privativas de Libertad, de Instituciones de readaptación social o de custodia y rehabilitación de menores y de reclusorios preventivos o administrativos".

4 . - R E F E R E N C I A D E O C A S I O N .

Por ningún concepto podemos confundir la referencia Temporal con la referencia de Ocación, quizá a simple vista nos referimos a lo mismo, incluso gramaticalmente el término ocasión ha sido definido como: "Tiempo o lugar al que se asocian

determinadas circunstancias"(18), apareciendo como sinónimos gramaticales.

Considero que la referencia Temporal nos habla de una circunstancia de tiempo, mientras que la referencia de ocasión nos habla de una situación en especial. Olga Islas de González Mariscal nos dice: "La referencia de ocasión es la situación especial, requerida en el tipo, generadora de riesgos para el Bien Jurídico, que el sujeto aprovecha para realizar la conducta a producir el resultado."(19)

Y en el ABUSO DE AUTORIDAD, se presenta muy claro en la fracción V, en la cual se establece que el delito debe cometerse en ocasión o con motivo de ser encargado de una fuerza pública, donde la situación especial corre a cargo del sujeto activo (encargado de la fuerza pública).

**C . - CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN A
LOS ELEMENTOS DEL TIPO.**

Toca el turno, en este inciso para hablar sobre la Técnica empleada en la construcción de los tipos, que desde luego no es idéntica, ya que en ocasiones se requiere resaltar un aspecto de la conducta, detallar o ilimitar algo de la descripción típica.

Existe el supuesto en el que algunos estatutos penales fijan primero la penalidad y después describen los elementos del tipo.

Esta Técnica variada permite clasificar al tipo en diversas categorías, y a partir de la clasificación del tipo con todos sus elementos, otorgaremos su aplicación al ABUSO DE AUTORIDAD para lograr la clasificación del Delito en cuestión.

Existen diversas clasificaciones, desde las más simples, hasta las más complejas, nosotros partiremos del hecho de que el tipo penal y en concreto en relación al ABUSO DE AUTORIDAD, puede ser clasificado en relación a: su estructura, al sujeto activo, el Bien Jurídico Tutelado y su contenido.

A continuación ofrecemos un cuadro sinóptico de la clasificación doctrinal del tipo, para lograr su mayor comprensión y posteriormente describir cada uno de ellos para clasificar el delito, materia de estudio.

CLASES
DE
TIPOS

1. En relación con
su estructura

- A. Tipos básicos, especiales y subordinados.
- B. Tipos elementales y compuestos.
- C. Tipos completos e incompletos.
- D. Tipos autónomos y en blanco.

2. En relación con
el Sujeto Activo.

- A. Monosubjetivos.
- B. Plurisubjetivos.

3. En relación con
el Bien Jurídica-
mente Tutelado.

- A. Tipos simples y complejos.
- B. Tipos de lesión y de peligro.

4. En relación con
su contenido.

- A. Tipos de mera conducta y de resultado.
- B. Tipos abiertos y cerrados.
- C. De conducta instantánea y permanente.
- D. Tipos de acción y de omisión.

Consideremos que lo más propio será definir brevemente cada uno de los tipos y señalar como ejemplo, la fracción que se adecúa al concepto del tipo expresado.

1. EN RELACION CON SU ESTRUCTURA.

A. El Tipo básico cuando el proceso de adecuación típica es autónoma en cuanto se realiza sin sujeción ni referencia a otros tipos.

Será especial porque describe conductas referibles al básico aunque diferenciables de él en cuanto agregan, suprimen, modifican, concretan o cualifican elementos de aquél.

Son Tipos subordinados los que carecen de vida propia y no pueden aplicarse con independencia de otros.

El ABUSO DE AUTORIDAD es un tipo especial, en razón de que el tipo exige una calidad de sujeto activo, que sea servidor público.

B.- Tipo elemental es aquel que aparece conformado por la descripción de un solo modelo de comportamiento.

Tipo compuesto es aquel que describe una pluralidad de conductas, cada una de las cuales podría integrar por sí misma un tipo autónomo, aunque referido al mismo Bien Jurídico.

El ABUSO DE AUTORIDAD, pertenece al tipo compuesto toda vez que puedan ser 12 casos supuestos (tipos) en los que incurra el servidor público.

C.- Tipo completo es el que describe tanto la conducta como la sanción.

Tipo incompleto es aquel respecto del cual la conducta o la sanción faltan.

En este caso el ABUSO DE AUTORIDAD, es un tipo completo aunque la fracción no señala en ese mismo espacio la conducta y la sanción, si lo hace dentro del mismo artículo.

D.- Tipo autónomo o autosuficiente es el que permite adecuación directa e inmediata, de tal manera que el intérprete encuentra en ello lo relativo a su entendimiento y aplicación.

Tipo blanco es en el que la conducta no aparece completamente descrita y se requiere de otros ordenamientos para actualizarlo y concretarlo.

El ABUSO DE AUTORIDAD es un Tipo autónomo, aunque pueda ocuparse algún reglamento interno para sancionar al servidor público, sin que deje de ser clara la acción que deba realizar y se complete el delito de acción.

2. EN RELACION CON EL SUJETO ACTIVO.

A.- Monosubjetivos, son aquellos tipos que describen conductas realizables por una sola persona.

B.- Plurisubjetivos, son los que exijan la presencia de por lo menos dos personas para la realización de la conducta en ellos descrita.

El ABUSO DE AUTORIDAD es un tipo monosubjetivo.

3. EN RELACION CON EL BIEN JURIDICAMENTE TUTELADO.

A.- Es un tipo simple porque tutela de manera específica un solo interés jurídico.

Es un tipo complejo porque simultáneamente protegen varios intereses jurídicos.

Me parece que el ABUSO DE AUTORIDAD es un tipo complejo, tutela varios bienes aunque se encuentren incluidos de forma especial otros tipos. La fracción II protege el interés de la seguridad y la integridad física pues puede haber violencia y tal vez lesiones.

B.- Tipo de lesión, son aquellas respecto de las cuales la adecuación típica envuelve la destrucción o disminución del bien jurídico materia de la protección estatal.

Tipo de peligro, son los que describen conductas que tengan por finalidad amenazar o poner en peligro el bien jurídico objeto de la protección oficial.

4. EN RELACION CON SU CONTENIDO.

A.- Tipo de mera conducta, son los que describen como punible el simple comportamiento del agente.

Tipo de resultado, se caracteriza por que la sola conducta no es suficiente para su incriminación, es necesaria la producción de un evento dado.

El ABUSO DE AUTORIDAD es un tipo de mera conducta, las fracciones lo describen así, el abuso consiste en el excederse en una actitud o acto determinado, independientemente del resultado que cause ese acto.

B.- Tipo abierto es aquel en el que se describe escuetamente la conducta o se menciona sólo el resultado sin precisar las circunstancias o modalidades en que se produzcan.

Es un tipo cerrado porque concretan circunstanciadamente la conducta o señala no sólomente un resultado sino la forma como a de producirse.

Si consideramos que el ABUSO DE AUTORIDAD no señala en ninguna de sus fracciones el resultado del abuso del servidor público será un tipo abierto pero en el caso de la fracción I que señala para impedir la ejecución de una ley, cobro de un impuesto, se emplee fuerza pública, ese será el resultado; o el ejercer violencia en el la fracción II; o el riesgo retardado por la negligencia de un servidor público, fracción III, será un tipo cerrado.

C.- Tipo de conducta instantánea es el que la realización del comportamiento descrito se agota en un solo momento, ejemplificado por la fracción II, pues en el momento de hacer violencia o insultar se agota la acción de abuso del servidor público.

Tipo de conducta permanente, en el que la conducta de sujeto activo se prolonga en el tiempo y su proceso perdura hasta que el sujeto activo la ponga fin ya sea por maniobras de la víctima o circunstancias ajenas a ambos.

El servidor público que obtiene dádivas, parte de los sueldos quincenales o mensuales por temor reverencial (fracción IX) de parte del subalterno encuadra este tipo permanente.

D.- Tipo de acción, son los que requieren del sujeto activo, actos sensorialmente perceptibles.

Tipo de omisión, son en los que se describe un no hacer penalmente relevante. Ejemplos de este último es la fracción IV en el que el servidor público se niega injustificadamente a despachar un negocio; la autoridad que se niega a prestar auxilio, fracción V, etc.

BIBLIOGRAFIA UTILIZADA EN QUINTO CAPITULO.

- 1.- ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Manual de Derecho Penal. Parte General. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1986. Pag. 391.
- 2.- REYES Echandía, Alfonso. TIPICIDAD. Editorial Temis. Bogotá Colombia. 1989. Pag. 7.
- 3.- PAVON Vasconcelos, Francisco. Nociones Derecho Penal Mexicano, Parte General, Tomo II Editorial Instituto de Ciencias Autónomo. Zacatecas México, 1964. Pag. 41.
- 4.- CERESO Mir. José. "Autoría y Participación en el Código Penal", en Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Fascículo III, Madrid, 1979, Pag. 567.
- 5.- SAUER, Guillermo. Derecho Penal. Parte General. Editorial Bosch. Barcelona, España. 1956. Pag. 299.
- 6.- PLATON. Obras Completas, Trad. de Patricio de Azcárate, Buenos Aires Argentina. Ediciones Anaconda. 1946. Tomo IV. Las Leyes Libro IX. Pag. 124.

- 7.- CUELLO Calón, Eugenio. Derecho Penal, Tomo I 13a. Edición. Editorial Bosch. Barcelona España, 1960' Pag. 290.
- 8.- ZAFFARONI, Raúl. op. cit. Pag. 410.
- 9.- MORENO, de P. Antonio. Derecho Penal. Parte General. Editorial Porrúa, S.A. México 1968. Pag. 36.
- 10.- CREUS, Carlos. Derecho Penal. Parte General. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina 1990. Pag. 199.
- 11.- ROMERO, Soto Luis Enrique. Derecho Penal. Volumen I. Editorial Temis. Bogotá, Colombia 1979. Pag. 266.
- 12.- ISLAS, de González Mariscal Olga. Análisis Lógico de los Delitos contra la vida. Edit. Trillas. México 1982. Pag.28.
- 13.- BETTIOL, Giuseppe. Diritto Penale, Parte Generale 5a. Edición c. Priulla, Editore Palermo, Italia. 1962. Pag. 196.
- 14.- PAVON, Vasconcelos. op. cit. pag. 267.
- 15.- PAVON, Vasconcelos. op. cit. Pag. 266.

- 16.- VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Parte General. 5a. Edición, Edit. Porrúa. México, 1990. Pags. 256 y 257.
- 17.- VILLALOBOS, Ignacio. op. cit. Pag. 256.
- 18.- DICCIONARIO ENCICLOPEDICO LAROUSSE, Tomo 6, Editorial LAROUSSE, México, 1992, Pag. 1746.
- 19.- ISLAS, de González Mariscal Olga. op. cit. Pag. 38.

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

PRIMERA: El delito de ABUSO DE AUTORIDAD siempre ha existido en todas las legislaciones del mundo, aunque en sus orígenes se le dieron diversas denominaciones, tal y como lo vimos al analizar el aspecto histórico de este delito.

SEGUNDA: El delito de ABUSO DE AUTORIDAD es de trascendental importancia en la actualidad, puesto que es uno de los ilícitos que se cometen con mayor frecuencia y es poco castigado, no obstante que su comisión normalmente redunda en violación a los derechos humanos.

TERCERA: El delito de ABUSO DE AUTORIDAD sólo puede ser cometido por servidores públicos que estén investidos de autoridad, esto es, que ejerzan imperio, tomen determinaciones o impongan obediencia, en la forma y términos que dispone la ley.

CUARTA: El delito de ABUSO DE AUTORIDAD consiste básicamente en la aplicación de la autoridad que se representa o ejerce, a fines distintos de los determinados por la ley o en los excesos que se ejecuten con su auxilio, toda vez que el exceso y abuso de la función estructurada en este ilícito constituye siempre una injusticia. Esto es, retomando el bien jurídico protegido por cada una de las figuras que contempla el artículo 215 de la Ley Penal.

QUINTA: Los servidores públicos investidos de autoridad tienen una función específica que consiste en tutelar los derechos de todas las personas, por tanto, deben garantizar plenamente el régimen de derecho, lo cual excluye el abuso y extralimitación de funciones; esto es lo propio de un Estado de Derecho.

SEXTA: La Constitución y nuestro Código Penal constituyen fuentes de justicia para el ejercicio de las funciones públicas; lo que exceda de esas facultades y vaya en detrimento de algún derecho, será siempre considerado como un ilícito de abuso de autoridad.

SEPTIMA: Lo injusto es todo aquello que viola la equidad, de esta manera el ABUSO DE AUTORIDAD requiere para ser tal, ser consecuencia de lo arbitrario e injusto.

OCTAVA: El perjuicio a la Sociedad es evidente en este delito, ya que se lesiona un derecho concreto, por lo tanto él mismo no representa un mero peligro potencial, ésta es una constante en las XII figuras que preve el artículo 215 del Código Punitivo.

PROPOSICIONES

I.- La fracción IV del artículo 215 del Código Penal debe ser excluida del Capítulo Tercero del Título Décimo, y debe ser trasladada al Título Décimo primero del propio Código, toda vez que, el bien jurídico protegido en la figura contemplada en dicha fracción tiene su naturaleza dentro de los delitos previstos por el citado título décimo primero, que son delitos cometidos contra la administración de justicia.

II.- Las personas que se mencionan en la segunda parte del penúltimo párrafo del artículo 215, no pueden ser destituidas del cargo, ya que legalmente no ejercen ninguno, por lo tanto debe corregirse este error que cometió el legislador al hacer este señalamiento.

III.- La reciente reforma aplicada a la penalidad prevista para el delito de ABUSO DE AUTORIDAD (enero de 1989), considero que fue errónea ya que únicamente se reformó dicha penalidad para determinadas figuras previstas en las fracciones VI a IX, pues trató de darle mayor importancia a los tipos contemplados en estas fracciones, y restándosela a los demás, cuando en realidad todas las figuras consideradas como abuso de autoridad tutelan el mismo bien jurídico: La Libertad y Seguridad colectivas, y su diferencia únicamente se da en relación a cada una de las hipótesis que establece el numeral 215 del Código de

la materia. Por tal virtud, proponemos que se establezca la misma penalidad para todas y cada una de las figuras previstas por el precepto antes citado.

IV.- Dado que el delito de ABUSO DE AUTORIDAD siempre es cometido por Servidores Públicos y de que quienes tienen la facultad constitucional de consignarlos ante la autoridad judicial competente son también servidores públicos, lo cual constituye al Ministerio Público en Juez y parte al determinar si se ejercita o no la acción penal en contra de los infractores, proponemos que se de mayor seguridad jurídica al ofendido o víctima del delito mediante la rectificación que hagan los Tribunales Federales que conocen de Amparo, el criterio jurisprudencial que existe en cuanto a que es improcedente el Amparo contra la negativa del Ministerio Público de ejercitar la acción penal, pues en nuestra opinión ese criterio es violatorio del artículo 16 constitucional que establece las bases para que se proceda a hacer la consignación del presunto responsable de la comisión del delito. Esta propuesta es de vital importancia en la actualidad, puesto que cambia radicalmente los viejos criterios que se han tenido al respecto. No debemos apartarnos de los cambios que está viviendo la sociedad contemporánea al exigir respeto a los derechos humanos, pues éstos sólo se representarán en la medida que sea aceptable la propuesta que hacemos en este punto.

V.- En nuestra opinión proponemos que no se aumente más la penalidad del delito de abuso de autoridad, como se ha

pretendido con las últimas reformas, pues consideramos que es mejor buscar otras alternativas para evitar la comisión de este delito, y no puede haber mejor alternativa que la propuesta en el punto anterior, ya que con ella se someten a la legalidad todos los actos de autoridad y en especial el del Ministerio Público cuando toma arbitrariamente la determinación de no ejercitar la acción penal en contra de sus homólogos, pese a que a ciencia cierta se sepa que cometieron dicho ilícito, lo cual constituye una verdadera impunidad reprobable desde el punto de vista del derecho penal y de los derechos humanos.

VI.- Proponemos la creación de un nuevo tipo de ABUSO DE AUTORIDAD (que pudiera sustituir al previsto en la fracción IV al que ya hicimos referencia), que contemplaría la siguiente hipótesis: "Aquellas personas que manejen o apliquen recursos económicos federales, fuera de los casos para los cuales les hayan sido asignados dichos recursos".

La razón de esta propuesta es que previo el análisis minucioso de todos y cada uno de los tipos que contempla el artículo 215 del Código Penal, no encontramos la figura que proponemos, no obstante, que si bien es cierto que el primer párrafo de dicho precepto señala que: "Cometen el delito de ABUSO DE AUTORIDAD los servidores públicos que incurran en alguna de las infracciones siguientes"...., también lo es que de acuerdo a lo previsto por el artículo 2o. de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, "son sujetos de esta ley, los servidores públicos mencionados en el párrafo 1o.

y 30. del artículo 108 Constitucional y todas aquellas personas que manejen o apliquen recursos económicos federales". Luego, el artículo 10. de la misma ley preve que: " Esta ley tiene por objeto reglamentar el título cuarto constitucional en materia de: I.- Los sujetos de responsabilidad en el servicio público; II.- Las obligaciones en el servicio público..." por ende, es evidente que de acuerdo a lo previsto en estos dispositivos, todas aquellas personas que manejen o aplique recursos económicos federales tienen por ese sólo hecho el carácter de servidores públicos, única y exclusivamente para esos efectos.

La justificación de esta nueva figura además de lo antes vertido radica en la necesidad que existe de proteger los recursos económicos federales, en los nuevos programas que está llevando a cabo el gobierno federal, por ejemplo, PRONASOL.

B I B L I O G R A F I A G E N E R A L

LIBROS

ACOSTA ROMERO, Miguel. Teoría General del Derecho Administrativo. Textos Universitarios de la U.N.A.M. México, 1975.

ALBA, Carlos H. Estudio Comparado entre el Derecho Azteca Del Derecho Positivo Mexicano. Ediciones Especiales del Instituto Indigenista Interamericano México 1949.

BACIGALUPO, Enrique. Estudios de Derecho Penal y Política Crimininal Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1989.

BERNAL, Beatriz; Ledezma José de Jesús. Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorromanistas Editorial Porrúa, S.A. México, 1986.

BETTIOL, Giuseppe. Diritto Penale, Parte Generale 5a. Edición c. Priulla, Editore Palermo, Italia. 1962.

BUHLER, Johannes. Vida y Cultura en la Edad Media. Editorial Fondo de Cultura Económica Mexico, 1983.

CARRARA, Francisco. Programa del Curso del Derecho Criminal. Volúmen I, No. 21 Italia 1877.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Parte General. Editorial Porrúa, S.A. México 1972.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, México 1986.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Código Penal Comentado. Editorial Porrúa, S.A. México 1991.

CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal. Vigésima Sexta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1990.

COSTA, Fausto. El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía. Editorial Hispano-Americana, México 1955.

CREUS, Carlos. Derecho Penal Parte General. Editorial Astrea, Buenos Aires 1990.

CUELLO, Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I Editorial Nacional, S.A. México 1953.

CUELLO Calón, Eugenio. Derecho Penal, Tomo I 13a. Edición. Editorial Bosch. Barcelona España, 1960.

DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho.
Editorial porrúa, S.A. México, 1980.

DELGADILLO GUTIERREZ, Luis Humberto. Elementos de
Derecho Administrativo. Editorial Limusa, México,
1989.

DUBLAN, Manuel; Lozano, José María. Legislación
Mexicana o Legislación Completa de las disposiciones
Legislativas; Edición Oficial. Archivo General de la
Nación. México 1986, Tomo XI.

FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. Editorial
Porrúa. México, 1990.

G. MORLEY, Sylvanus. La civilización maya. Editorial
Fondo de Cultura Económica. México 1983.

GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. El Código Penal
Comentado. Editorial Porrúa, S.A., 10a. Edición.
México 1992.

ISLAS, de González Mariscal Olga. Análisis Lógico
de los Delitos contra la vida. Edit. Trillas. México
1982.

JIMENEZ de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. El Delito. 3a. Edición. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires 1965.

JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo V. Editorial Porrúa, S.A. México 1983.

JIMENEZ HUERTA, Mariano. La Tipicidad. Editorial Porrúa, S.A. México 1957.

LLAMBIAS DE ACEVEDO, Juan. El Pensamiento del Derecho y del Estado en la Antigüedad. Editorial Librería Jurídica, Buenos Aires Lavalle 1328.

MARQUEZ PINERO, Rafael. Derecho Penal, Parte General. Editorial Trillas. México 1990.

MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio. El Derecho Precolonial. 3a. Edición Porrúa México 1976.

MEZGER, Edmund. Derecho Penal. Parte General. Cárdenas Editor y Distribuidor. Tijuana México 1990.

MOMMSEN, Teodoro. Derecho Penal Romano. Editorial Temis. Bogotá Colombia 1976.

MORENO, de P. Antonio. Derecho Penal. Parte General. Editorial Porrúa, S.A. México 1968.

NOVOA, Monreal Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno. Tomo I Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1990.

OTS Y CAPDEQUI, José María. Historia del Derecho Español en Americano y del Derecho Indiano. Editorial Aguilar, S.A. Madrid España, 1969.

PALACIOS VARGAS, Ramón. La Tentativa. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1979.

PAVON, Vasconcelos Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Editorial Porrúa, S.A. México 1985.

PAVON Vasconcelos, Francisco. Nociones Derecho Penal Mexicano, Parte General, Tomo II Editorial Instituto de Ciencias Autónomo. Zacatecas México, 1964.

PLATON. Obras Completas, Trad. de Patricio de Azcárate, Buenos Aires Argentina. Ediciones Anaconda. 1946. Tomo IV. Las Leyes Libro IX.

PORTE PETIT, Candaudap Celestino. Apuntes de la Parte General del Derecho Penal, Duodécima Edición.

Editorial Porrúa, S.A. México, 1989.

REYES Echandía, Alfonso. TIPICIDAD. Editorial Temis. Bogotá Colombia. 1989.

RODRIGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan N. Pandectas Hispano-Mexicanas, Tomo I. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1980.

ROMERO, José Luis, La Edad Media. Editorial Fondo de Cultura Económica. México 1985.

ROMERO, Soto Luis Enrique. Derecho Penal. Volumen I. Editorial Temis. Bogotá, Colombia 1979.

SAHAGUN, Bernardino Fray. Historia General de los casos de la Nueva España. Editorial Porrúa, S.A. colección "Sepan Cuentos". No. 300, México 1985.

SANCHEZ DE LA TORRE, A. Los Griegos y el Derecho Natural, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1962.

SAVER, Guillermo. Derecho Penal. Parte General. Editorial Bosch. Barcelona, España. 1956.

SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino, (3a. reimpresión) Tomo II, Editorial Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires 1956.

SOBERANES FERNANDEZ, José Luis. Historia del Sistema Jurídico Mexicano. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1990.

VELA TREVIÑO, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. Teoría del Delito. Editorial Trillas. México 1987.

VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Parte General. 5a. Edición, Edit. Porrúa. México, 1990.

WESSELS, Johannes. Derecho Penal. Parte General. Ediciones de Palma. Buenos Aires, 1980.

ZAFFARONI Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. Primera Edición Mexicana. Cárdenas Editor y Distribuidor. Buenos Aires, Argentina 1986.

REVISTAS

CEREZO Mir. José. "Autoría y Participación en el Código Penal", en Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Fascículo III, Madrid, 1979.

ENCICLOPEDIAS

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, TOMO I A. Editorial
Diskill S.A. Buenos Aires, Argentina 1979.

DICCIONARIOS

DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO. Editorial Labor, S.A.
Barcelona-México 1963.

DICCIONARIO ENCICLOPEDICO LAROUSSE, Tomo 6,
Editorial LAROUSSE, México 1992.

LEYES

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA
COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL.
50a. Edición. Editorial Porrúa, México 1992.

CODIGO PENAL. 1929.

CODIGO PENAL. 1931.

CONSTITUCION POLITICA MEXICANA. 94a. Edición. Editorial
Porrúa, México 1992.

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales
en Materia de Fuero Común y para toda la República en
Materia de Fuero Federal. 1a. Edición México, 1929.

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales
en Materia de Fuero Común y para toda la República en
Materia de Fuero Federal. 1a. Edición. México 1931.