

459
2e)



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

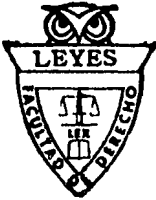
ANALISIS JURIDICO DEL ARTICULO 405 DEL CODIGO PENAL
PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN
Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE
FUERO FEDERAL.

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

RAQUEL LEYVA BONILLA



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

Cd. Universitaria, 21 de enero de 1994.

C. DIRECTOR GENERAL DE LA COORDINACION
ESCOLAR DE LA U. N. A. M.
P R E S E N T E .

La C. RAQUEL LEYVA BONILLA, ha elaborado su tesis profesional intitulada: "ANALISIS JURIDICO DEL ARTICULO 405 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DEL FUERO FEDERAL", bajo la dirección del Lic. Carlos J. M. Daza Gómez, con el objeto de obtener el grado académico de Licenciado en Derecho.

La alumna ha concluido la tesis de referencia la cual llena a mi juicio los requisitos señalados en el artículo 8, fracción V, del Reglamento de Seminarios para las tesis profesionales, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para todos los efectos académicos.

Atentamente.
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
El Director del Seminario.



DR. RAÚL CARRANCHA Y RIVAS.

RAQUEL LEYVA BONILLA.

**ANALISIS JURIDICO DEL ARTICULO 405 DEL
CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN
MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA
REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL.**

MEXICO, D. F.

A MI MADRE :

Por lo mejor que tengo,
su amor, comprensión
y apoyo de siempre.

A MI PADRE :

Por señalarme el sendero
de la rectitud con su
ejemplo como hombre,
como inigualable padre
y amigo.

A MIS HERMANOS :

Con afecto ...

Por su compañía , cariño
y consejo , en todo
momento.

Con mi deseo por su
superacion

A MIS SOBRINOS :

Xochitl, Hely, Dennisse
Pamela, Diego, Alfonso
y Jesus, con cariño.

AL LIC. CARLOS J. M. DAZA GOMEZ :
En agradecimiento por la diligente y
acertada revision de estas lineas.

A MIS MAESTROS :
Con singular gratitud

ANALISIS JURIDICO DEL ARTICULO 405 DEL CODIGO PENAL PARA EL
DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA
REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL.

INDICE.

INTRODUCCION.

CAPITULO PRIMERO.
PROBLEMATICA DEL DERECHO PENAL.

I. QUE ES EL DERECHO

a) CONCEPTO.	6
b) LAS NORMAS EN EL DERECHO	14
c) LA MORAL Y EL DERECHO	16
d) EL DERECHO Y LOS CONVENCIONALISMOS SOCIALES.	20

II. QUE ES EL DERECHO PENAL

a) REFERENCIAS HISTORICAS EN MÉXICO	22
b) DENOMINACIÓN Y CONCEPTO.	28
c) CARACTERES	30
d) FUNCION DEL DERECHO PENAL.	31
e) LA NORMA JURIDICO PENAL.	32
f) ELEMENTOS DEL DERECHO PENAL.	33
g) FUENTES DEL DERECHO PENAL.	40

III. QUE ES LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

a) NOCION GENERICA DE CIENCIA.	44
b) EL DERECHO Y LA CIENCIA	45

c) OBJETO DE LA CIENCIA DEL DERECHO	47
d) CIENCIA DEL DERECHO PENAL.	48

CAPITULO SEGUNDO.
TEORIA DEL DELITO.

I. LOS DELITOS EN GENERAL	
a) CONCEPTO DEL DELITO.	53
b) TEORIAS QUE ESTUDIAN EL DELITO.	56
c) ASPECTO OBJETIVO Y SUBJETIVO.	62
II. DE LOS DELITOS ESPECIALES	
a) CONCEPTO	67
b) LOCALIZACION LEGISLATIVA	69
c) EFICACIA	70
d) PRINCIPIOS APLICABLES	71
III. DE LOS DELITOS ELECTORALES	
a) MARCO CONCEPTUAL DE LA DEMOCRACIA.	75
b) LA DEMOCRACIA MEXICANA.	77
c) EL DERECHO ELECTORAL Y LA DEMOCRACIA.	79
d) ETAPAS DEL PROCESO ELECTORAL	81
e) DERECHO PENAL ELECTORAL	84
f) DELITOS ELECTORALES	86

CAPITULO TERCERO
ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO PREVISTO EN EL ARTICULO 405.

I. CONDUCTA AUSENCIA DE CONDUCTA	
a) EL DELITO.	104

b) DE LA CONDUCTA EN GENERAL.	105
c) AUSENCIA DE CONDUCTA.	112
II. TIPICIDAD Y ATIPICIDAD	
a) EL TIPO.	115
b) LA TIPICIDAD.	119
c) LA ATIPICIDAD.	121
III. LA ANTIJURICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION	
a) LA ANTIJURICIDAD.	124
b) LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION	127
IV. LA CULPABILIDAD Y LA INCULPABILIDAD	
a) LA CULPABILIDAD.	133
b) ASPECTOS NEGATIVOS DE LA CULPABILIDAD..	137
V. ANALISIS JURIDICO SUBSTANCIAL	
FRACCION I.	142
FRACCION II.	146
FRACCION III.	148
FRACCION IV..	151
FRACCION V.	153
FRACCION VI.	155
FRACCION VII..	157
FRACCION VIII	159
CONCLUSIONES.	162
BIBLIOGRAFIA.	168

INTRODUCCION.

De acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos cuyo artículo 40 establece que "es voluntad del pueblo mexicano, constituirse en una república, representativa, democrática." se desprende lo siguiente; el gobierno de México es republicano porque el pueblo elige periódicamente a sus gobernantes, para que lo gobierne por tiempo limitado, así mismo es representativo porque el pueblo en ejercicio de su soberanía ejerce el gobierno por medio de representantes que el mismo elige.

Por lo tanto, dentro del proceso de ampliación de la vida democrática del país, tiene relevante importancia la participación activa de todos los ciudadanos, que planteando sus demandas y propuestas dentro de los marcos del Estado de derecho, a través de los partidos políticos, cuya actuación permitirá el libre juego democrático que debe estimular a la ciudadanía para seleccionar a los mejores hombres que habrán de regir la vida de la nación.

Por otro lado, el estado mexicano es un estado de derecho, en el cual ambos han de ser el producto de una voluntad general, concepción que plasmada en la Constitución, en el principio de la soberanía popular, no deben constituir solamente, una categoría abstracta, sino que ha de producir resultados normativos en los planos formal y material. El principio de la soberanía popular tiene la función de garantizar que cualquier ejercicio del poder realizado por un órgano del Estado se haga en virtud de su previa legitimación popular y en beneficio del pueblo.

El Estado tiene la función de crear y asegurar las condiciones de existencia que permitan satisfacer las necesidades de la colectividad que le dio origen y facilitar la vida en comunidad con orden, justicia, aseguramiento, bienestar y paz social. Para lograr estos fines el Estado cuenta con un conjunto de normas jurídicas que van a regular

su poder punitivo, como uno de los instrumentos más importantes. Esta serie de normas conforman el derecho penal.

Ahora bien, los hechos dañosos realizados por el hombre considerados como delitos, en términos generales se encuentran contenidos en el Código Penal, sin embargo existen disposiciones que tipifican delitos contemplados en diferentes ordenamientos no penales, mismas a las cuales el legislador les ha denominado como delitos especiales, denominación dada en relación a su origen; por su nacimiento repentino derivado de la necesidad de regular una situación jurídica concreta que debido a una circunstancia determinada requiere de reglamentación.

Estos delitos no tipificados en el Código Penal, pero aceptados por el mismo en su artículo sexto y que, se refieren a situaciones jurídicas abstractas contenidas en leyes no privativas ni prohibitivas, en las últimas cuatro décadas han ido en aumento, adquiriendo un lugar preponderante en el ámbito del derecho, pues casi no existe ley administrativa que no contenga un capítulo de sanciones en el que se definen delitos e infracciones, como ocurre con el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, al cual va dirigido este trabajo.

Durante la realización de los procesos electorales que comprende el conjunto de decisiones, actos, tareas y actividades que realizan los órganos político-electorales, los partidos políticos y los ciudadanos, la manifestación de conductas constitutivas de delito, como la alteración de patrones; acumulación de credenciales de votantes; la alteración de actas y sus resultados así como la propagación dolosa de noticias falsas en torno al desarrollo de la jornada electoral o respecto a los resultados oficiales y tantos otros delitos que se cometen, desde la inscripción al registro Nacional de Ciudadanos como en el levantamiento de actas de escrutinio y cómputo de los votos. Estos delitos requieren de una calidad específica del autor del mismo, estos es, que el sujeto se

encuentra en un plano diferente en relación a cualquier otro sujeto del delito, es decir, que estos delitos y en especial los tipificados en el artículo 405 del Código penal para su configuración se requiere que sean realizados por determinadas personas, o sea, por funcionarios electorales, entendiéndose por tales a quienes integren los órganos que cumplen funciones públicas electorales y que estos los realicen en épocas de comicios electorales.

Con las recientes reformas al Código Federal de Instituciones y Procesos Electorales, y con la adición del título vigésimo cuarto del Código Penal, el carácter perfectible del sistema político mexicano, tiene una significativa oportunidad de actualizarse en lo referente a sus instancias político. electorales y en consecuencia fortalecerse y vigorizarse, siendo una necesidad una necesidad prioritaria garantizar la objetividad e imparcialidad en la preparación de los procesos electorales, siendo necesario que creamos en nuestro sistema electoral, que los ciudadanos tengamos conciencia de que nuestro voto de verdad decide y de que los delitos cometidos durante los comicios serán sancionados conforme a la ley.

CAPITULO I

PROBLEMATICA DEL DERECHO PENAL

I.) QUE ES EL DERECHO

El maestro **Recasén Siches** considera que el derecho se encuentra en aquello que el llama vida humana objetivada". Entendiéndose por vida humana objetivada lo realizado por el hombre y que tenga sentido, intencionalidad, es decir, que no son cosas ni hechos producidos por la naturaleza, sino que son creados por los hombres, como resultado de sus actividades humanas", son cosas que se producen con realidades psíquicas o corpóreas; pero sus ser consiste, en su finalidad humana dirigida a valores".⁽¹⁾

Tales hechos o cosas ya realizados constituyen vida humana objetivada, porque son resultado o producto de vidas humanas. Así resulta que los haceres humanos, una vez que han sido ya realizados, perduran como formas de vida. Esas obras hechas por el hombre en algunos casos suelen ser re actualizados, es decir revividos por otras generaciones que modifican, suprimen alguno de sus componente o bien añaden incrementos a ese producto objetivado que están viviendo de nuevo.

Todo aquello que los miembros de una determinada sociedad aprenden de sus predecesores, y lo añaden a ese legado, las modificaciones que operan en el mismo constituyen el mundo de la cultura. Definida esta como; el conjunto de objetivaciones de la conducta con sentido, que quedan ahí como un patrimonio a la disposición de otras generaciones y que en gran parte es revivido por otras sucesivas personas tanto individual como socialmente .En tal sentido, cultura es la herencia social utilizada, revivida y en mayor o menor parte modificada.

El derecho que se encuentra dentro de la cultura, esta constituido por un conjunto de ideas que son reglas para la conducta que conforman parte de la cultura de un pueblo, son pedazos de vida humana objetivada; una vez que estas ideas han sido transformadas en preceptos y costumbres jurídicas han adquirido una consistencia propia

⁽¹⁾ Recasén Siches Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho. Ed. porrúa. México, 1970.

y autónoma, y en la medida en que efectivamente estas normas jurídicas sean observadas o cumplidas por los hombres y realmente impuestas por los órganos del poder político, entonces constituyen lo que se llama derecho vigente, derecho que tiene efectividad práctica y, por lo tanto puede decirse que es parte constitutiva de la cultura actual de un pueblo.⁽²⁾

Podemos decir que cuando el hombre toma conciencia de su propia existencia y de todo cuanto le rodea, esa conciencia no es estática sino dinámica y, ese movimiento se llama conducta, el hombre a través de esa conducta va dejando vestigios de su conciencia, señales de lo que el hombre ha sido con el paso del tiempo, lo que viene siendo la historia. Estas pruebas de conducta o vestigios se traducen en lo que el maestro Recaséns llama "vida humana objetivada", por lo que el derecho viene a ser un fenómeno de la esencia de esa conciencia, por lo tanto, el derecho es vida humana objetivada porque es producto de la cultura de esa conciencia. porque ha sido creación del hombre. Así el derecho, tanto consuetudinario como escrito viene a ser un testimonio de lo que ha sido la conducta del hombre.

Por consiguiente, el derecho es una forma de conciencia que se manifiesta en categorías históricas concretas, y es expresión de relaciones materiales y objetivas que se dan entre los hombres, por ello es producto típicamente social que regresa, se desarrolla o cambia en función del elemento vivo de la sociedad.

a) CONCEPTO

La gran mayoría de los estudiosos del derecho, siempre han creído que es posible definir al derecho, así a lo largo de la historia encontramos diversas concepciones en torno a la interrogante: ¿Qué es el derecho?.

Debemos tomar en cuenta que para entender lo jurídico es indispensable conocer las relaciones entre la norma y el derecho. El normativismo ha considerado que

⁽²⁾ Recaséns Siches Luis. Introducción al Estudio del Derecho. Ed. Porrúa. México, 1981.

el derecho no es más que el conjunto de normas que regulan la conducta, ordenando un hacer o no hacer. Las teorías que afirman al normativismo, consideran que el derecho es más que un conjunto de normas que regulan la conducta. Pero veamos lo que expresan los distintos Iusfilósofos y las diversas escuelas contemporáneas del derecho al respecto.

1.- La **Escuela Positivista** del derecho, al considerar que todo derecho se encuentra en la ley, nos da a entender que el derecho no es sino la ley, es decir, un conjunto, de normas que el estado crea a través del poder legislativo. El derecho, establecen los positivistas, ya esta hecho y únicamente requiere interpretarse.

2.- En la **Escuela Formalista** del derecho, la idea de que sólo el derecho positivo existe es tomada en parte por Stammler, y, completamente por Kelsen.

Para que un derecho rija tiene que ser justo y para que sea justo se requiere que tenga cierta regularidad, que se aplique en forma frecuente, el derecho es justo, no por su contenido sino por su forma, requiriéndose una forma determinada para que sea inviolable. La justicia del derecho esta en la inviolabilidad de su forma; el contenido se puede violar las veces que sea, pero no su forma, pues se volvería arbitrario e injusto, por lo tanto, el derecho es también inviolable. ⁽¹⁾

Por consiguiente, el concepto del derecho, para Stammler, es que el derecho es un querer entrelazante, autárquico e inviolable. Es un querer, ya que busca ciertos medios adecuados para llegar a un fin; entrelazante, ya que implica una relación de enlace; autárquico, ya que existe independiente de la voluntad de los individuos; e inviolable, ya que el derecho tiene que aplicarse con regularidad.

Hans Kelsen, uno de los grandes pensadores jurídicos de nuestro tiempo, nos habla de una teoría pura del derecho, depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por

(1) Recasén Siches Luis. *Direcciones contemporáneas del pensamiento Jurídico*. Ed. labor. Barcelona, 1936.

leyes que le son propias. Considera, que el derecho es un sistema de normas que se estudia con dos exigencias: 1) eliminar todos los principios éticos del derecho y, 2) eliminar todos los principios sociológicos. Todos los principios ético-políticos deben eliminarse del derecho, ya que estos son principios subjetivos y el derecho trata de principios objetivos o normativos. Y todos los principios sociológicos deben eliminarse, ya que estos tratan del mundo del ser y el derecho trata del mundo del debe ser.

El mundo del ser es distinto al mundo del debe ser. En el mundo del ser, en el de la naturaleza existe el principio de causalidad, se rige por él, este principio de causalidad tiene una relación de causa-efecto. En la naturaleza existe un sistema de elementos relacionados los unos con los otros por su causa-efecto.

En cambio, en el mundo del debe ser, de lo normativo no toda causa trae un efecto, lo normativo es un orden que regula la conducta de los hombres, en este mundo del deber ser, rige el principio de "imputación", ya que ha diferencia del mundo de la naturaleza donde hay una relación de dos hechos por su causa-efecto, en el mundo del deber ser, hay una relación de dos conductas, un acto lícito y la sanción, por la imputación. (4)

El derecho para Kelsen en su concepción formalista, es un conjunto de normas que rigen la conducta humana, estatuyendo facultades, deberes y sanciones. cuando el derecho estatuye facultades, esta otorgando derechos subjetivos, el derecho subjetivo es la facultad de actuar de acuerdo con el derecho objetivo -el derecho que es válido en todo el mundo. (5)

3.- En la Escuela Iusnaturalista, nos encontramos con otro tipo de normativismo, donde se considera la existencia de los derechos naturales y positivo, donde el derecho natural es la base de todo derecho positivo, Georgio del Vecchio, es

(4) Kelsen Hans. Teoría pura del derecho. Ed. buenos aires. buenos aires, 1965. pág 16 - 28.

(5) Ibid. pág 112- 115-

considerado como iusnaturalista, considera que el derecho positivo es común en todos los pueblos, y al estudiar sus elementos generales y comunes se puede lograr un concepto universal de lo jurídico. Al igual que Kelsen y Stammier, considera que el contenido del derecho es variable y que el concepto del derecho se debe basar en su forma para otorgar un valor objetivo y universal.

El derecho por consiguiente, puede definirse como la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina excluyendo todo impedimento, pero además, el derecho es esencialmente coercible, pues si el derecho es bilateral se contrapone a una persona frente a otra, cada una con pretensiones y deberes correlativos, estableciendo entre ellas un límite y una relación, si no, uno invade el límite del otro y por lo tanto, hay que castigarlo, y atribuirle al derecho el poder de repeler la transgresión. La coercibilidad constituye un elemento esencial del derecho; donde falta la coercibilidad, también falta el derecho. (6)

4.- Representando a la Escuela Neotomista, encontramos a **Johannes Messner**, uno de los más grandes juristas católicos de la época contemporánea, a quien le interesa no sólo justificar el derecho natural en la historia, sino deducir las consecuencias políticas que tuvo éste con el paso del tiempo.

El hombre, nos dice Messner, es un ser que necesita convivir con los demás seres humanos, para que se pueda realizar en la vida. Tal convivencia humana requiere de un orden asegurado para que el hombre pueda realizar sus funciones en la vida. El derecho es el que crea ese orden, ordena a la convivencia humana, y así es de índole esencialmente social. Para poder ordenar el derecho requiere dominar; el derecho al tener un poder de dominio, ordena y domina los intereses comunes del hombre según su naturaleza, por consiguiente, el derecho se funda en la responsabilidad ética de dar a

(6) Del Vechio Georgio. *Filosofía del Derecho*. trad. Luis recasen siches. Ed. Hispano americana. tomo I. México, 1946. pág 90 -148.

cada quien lo suyo, lo "suyo" son todos los derechos que cada quien tiene frente a los demás, son derechos que requiere el hombre según su naturaleza humana, son en sí los derechos naturales.⁽⁷⁾

Por lo tanto, el derecho es un conjunto de normas coercitivas que protegen los derechos naturales, son normas coercitivas porque el estado las impone mediante la fuerza, ya que el hombre con el pecado original a perdido su fuerza de voluntad perfecta. el estado protege los derechos naturales para garantizar la realización como desarrollo de determinados fines.

Rafael Preciado Hernández, uno de los más brillantes expositores de la filosofía jurídica neotomista, en su obra "Lecciones de Filosofía del Derecho", nos da a entender un concepto basado en el derecho natural. el derecho se encuentra en relación al orden normativo, social y al ético. "La norma jurídica es la forma regular o la expresión propia del derecho, a su vez es una especie del género norma ética, o simplemente norma".⁽⁸⁾

Dice que tenemos tres especies de normas; religiosas, morales y jurídicas, las cuales se diferencian por su objeto, las religiosas tienen como objeto a Dios, el soberano bien; las morales el perfeccionamiento de cada sujeto; y las jurídicas, el bien del prójimo o la justicia y el perfeccionamiento de lo social o bien común. "La norma jurídica es la formula imperativa de lo que es el derecho; en tanto que el derecho es lo expresado o representado por la norma" el derecho es una relación objetiva entre personas, acciones y bienes, ajustamiento o coordinación de las acciones humanas para el bien común.⁽⁹⁾

(7) Messner Johannes. *ética, social política y económica a la luz del derecho*. Traducción Jose Barrios Sevilla. Ed. Rialp. Madrid, 1967. pág 244.

(8) Preciado Hernández Rafael. *Lecciones de filosofía del derecho*. Ed. Jus. México, 1947. pág 60-70.

(9) *Ibid.* pág 93-119.

Por consiguiente , el derecho es eticidad y positividad: ético por contenido y positivo por forma. La eticidad le da eficacia al derecho, mientras que la positividad le da validez.

5.- Por último, en la Escuela Fenomenológica del derecho encontramos a Miguel Reale uno de los Iusfilósofos de la lengua portuguesa más sobresalientes de nuestro tiempo. Este autor establece que el derecho es una realidad cultural que contiene tres dimensiones -teoría tridimensional del derecho-; hecho valor y norma. Toda experiencia jurídica posee estas tres dimensiones; el hecho que sucede históricamente en un lugar y tiempo, concreta un valor gracias a la mediación de la norma. Así, en toda experiencia jurídica, un hecho sucede para completar un valor como norma.

La tridimensionalidad del derecho se puede enfocar de dos maneras; como tridimensionalidad genérica y abstracta, y como tridimensionalidad específica y concreta. En la tridimensionalidad genérica y abstracta, las tres dimensiones se estudian como objetos independientes, estudiados por tres especies de disciplinas jurídicas -como hacen los filósofos Lask, Radbruch, Peound, Stone y Hall-. La sociología, la historia y la etnología jurídica estudiarían lo jurídico como hecho; la filosofía y la política jurídica estudiarían lo jurídico como valor, y la ciencia del derecho estudiarían lo jurídico como norma. En cambio en la tridimensional específica y concreta, las tres dimensiones se integran para formar un complejo unitario -como lo hace Reale- no se pueden separar estas tres dimensiones, ya que en cada una de ellas se refleja esencialmente, a las otras dos; cada una necesariamente implica a las otras.

El derecho, considera Reale, es uno sólo, cuya unidad es una unidad de "processus" siempre abierto al advenimiento de nuevos hechos y valores. La norma jurídica no es abstracta sino concreta, teniendo validez por su funcionalidad en el tiempo y lugar determinado. Esta norma jurídica no puede interpretarse ni aplicarse sólo en el

terreno lógico-formal, sino también en el terreno fáctico-material, ya que lo lógico tiene su soporte en lo material y además, la norma jurídica tiene una cierta elasticidad, cuando no es compatible la norma a estos cambios ésta debe sustituirse por otra más adecuada.

En resumen, el derecho es un hecho histórico-cultural o producto de la vida humana objetivada, que se integra normalmente en el sentido de ciertos valores; es un hecho espiritual, en el cual, y por el cual, se concretan históricamente valores, ordenándose normativamente relaciones intersubjetivas respecto de las exigencias complementarias de los individuos y de la comunidad.⁽¹⁰⁾

Luis Legaz y Lacambra, fenomenologista, uno de los más destacados iusfilósofos de nuestros días, nos dice que el derecho es "Una forma de vida social en la cual se realiza un punto de vista sobre la justicia que delimita las respectivas esferas de licitud y deber, mediante un sistema de legalidad, dotado de valor autárquico".⁽¹¹⁾

El derecho nos dice tiene dos caras; una como realidad social y otra como proposición normativa. El derecho es más que la norma, que la forma en que se expresa, es además, proposición normativa, es una valoración de justicia. Lo que es social es jurídico, cuando en esa realidad se inserta una valoración de justicia; este principio jurídico necesariamente tiene que ser expresado en una proposición normativa. Como norma el derecho es una realidad impersonal colectiva, pero como forma de vida social es una realidad vital.⁽¹²⁾

Por su parte el Maestro **Raúl Cervantes Ahumada**, jurista de renombre internacional, demuestra su influencia fenomenológica en su concepción del derecho, aunque de una manera muy original, nos dice que el derecho es una creación del hombre para su vida en relación. Es un mundo autónomo que comprende las cosas jurídicas, la

(10) Recasén Siches Luis. *Panorama del Pensamiento Jurídico en el siglo XX*. tomo I, Ed. Porrúa, México, 1963. Pa'g. 553-566

(11) Legaz y Lacambra, Luis. *Filosofía del Derecho*. Ed. Bosch. Barcelona, 1953. Pá. 578.

(12) Legaz y Lacambra Luis. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Ed. Bosch. Barcelona, 1943. pá. 578.

persona jurídica, los principios, las sentencias, las leyes, los demás actos jurídicos, etc., que el poder social ha elaborado. El derecho que está compuesto de construcciones o estructuras ideales, forma una unidad orgánica que varía según los cambios históricos de las realidades sociales. En concreto, "El derecho es un conjunto autónomo y coordinado de estructuras ideales emanado de un poder público efectivo, y destinado a actuar en la vida humana de relación social" (13)

El derecho siempre emana de un poder público efectivo es efectivo cuando es capaz de crear las estructuras jurídicas y de imponer los mandatos de sus leyes, pero no necesariamente sino normalmente el titular de este poder es el estado.

Dentro de estas estructuras jurídicas, tenemos a las normas, por norma se entiende no sólo las que regulan la conducta, sino las que crean u organizan otras estructuras jurídicas.

Ahora, las estructuras jurídicas, que conforman el mundo jurídico, tienen un destino específico, este destino es el de actuar en la vida humana de relación social o intersubjetiva, esta actuación esta basada en la realidad ética del hombre, ya que el hombre crea el derecho para su bien: la actuación tiene como finalidad la realización de los más altos valores humanos -la libertad, la justicia, la dignidad del hombre, la paz social-. Toda estructura jurídica tiene que atender a los más altos valores humanos para que no sea rechazada por la comunidad, pero estos valores morales, como los principios científicos, varían según el tiempo histórico.(14)

Ya expuestas las distintas teorías respecto a la definición del derecho, encontramos similitud en ellas, ya que todas nos hablan de un sistema normativo que conforma el derecho, ahora bien al derecho lo encontramos emanado de la sociedad, surge del hombre en la sociedad, dando a conocer una regulación de conductas,

(13) Cervantes Ahumada Raúl. Sobre el Concepto del Derecho. Revista Brasileira de Filosofia, Sao Paulo. Vol. XIV. Fasc. 55. pág 364.

(14) Ibid. págs 356-370.

principios científicos, cosas jurídicas, sujetos jurídicos, etc., por consiguiente, lo jurídico como realidad es un dar de alguien y un establecer de algo, como realidad que es, es una totalidad que configura a quien objetiva, como lo objetivado. Todo lo jurídico se da a conocer por un propósito y gracias a este se encuentra en lo social, todo lo que nos da a conocer se destina para actuar en la vida de convivencia humana, en la vida intersubjetiva del hombre para coordinarla, así el propósito de lo objetivado-jurídico es coordinar la vida en relación social.

Todo lo que se objetiva en la realidad jurídica por necesidad lógica tiene que ser cambiante, pues emana del hombre en sociedad, el hombre es un ser dinámico y su vida en sociedad esta en constante evolución, lo que se da a conocer como jurídico en una época no es igual a lo que se considera como jurídico en otra, además, toda realidad es dinámica, esta en constante cambio, por lo tanto el derecho es dinámico.

b) LAS NORMAS EN EL DERECHO.

Ya quedo demostrado que la vida social es la forma originaria de la existencia humana, esto es, que el hombre no se concibe tal, sino viviendo en sociedad, esta vida en sociedad obliga a los individuos a relacionarse entre sí con sus semejantes, esto es motivo a veces de discrepancias o conflictos por lo que se crea el derecho, señalado éste las normas a las cuales deben someterse para hacer lo más apacible posible esa vida de relación.

Por lo tanto, podemos definir al derecho como un conjunto de normas bilaterales, externas, heterónomas y coercibles que tiene por objeto regular la conducta humana en su interferencia intersubjetiva. ⁽¹⁵⁾

Ya queda establecido, que es un conjunto de normas, ahora bien, debemos entender lo que es en sí una norma, así tenemos que este término se deriva de la palabra latina "norma", que connota una regla o modelo. La comprensión latina de esta palabra

⁽¹⁵⁾ Rojina Villegas Rafael. Introducción al estudio del Derecho.

trasciende hasta nuestros días, comprendiéndose por ella una regla, pero la realidad nos presenta dos tipos de reglas: 1) las reglas de cumplimiento potestativo y 2) las reglas de cumplimiento obligatorio. Las primeras son llamadas reglas técnicas y las segundas normas. Las normas son consideradas por la mayoría, como reglas de conducta, que ordenan un hacer o no hacer, y por la minoría además de regular la conducta, como reglas que crean u organizan entidades o instituciones jurídicas.

Ahora bien, una norma en sentido jurídico puede definirse como una guía de conducta que no necesariamente califica de buena o mala, correcta o incorrecta a la conducta. Un acto humano es jurídico sólo cuando esta determinado por una norma de derecho. Las normas jurídicas tratan de guiar la conducta de los hombres, esto es, sus acciones y actividades externas; no aspiran a regir sus pensamientos y deseos. El objeto del derecho es conseguir un orden social y por lo tanto tiene que regular las acciones entre los hombres y no su conciencia íntima.

Como ya dijimos el derecho es un conjunto de normas con carácter obligatorio y que a su vez son heterónomas, bilaterales, externas y coercibles, a través de estos calificativos fijaremos la diferencia específica entre las normas de derecho y las demás normas que regulan la conducta de los hombres.

Decimos que una norma jurídica es bilateral, toda vez que al imponer deberes concede facultades y siempre habrá frente a un sujeto obligado otro facultado que exija el cumplimiento de la norma.

El carácter exterior de la norma, radica en que exclusivamente se hace la adecuación de la conducta externa del individuo con el deber establecido en la norma, o sea, la exteriorización del sentir interno del individuo, y sólo interesa el comportamiento externo del mismo cuando su conducta tiene repercusión en la sociedad o que trasciende

de un sujeto a otro, sin que interese la intencionalidad del sujeto al realizar un acto, sino sólo la forma en que se haya exteriorizado.

Se entiende por heteronomía, que las normas son creadas por una instancia o un ente diverso del individuo al que se encuentran destinadas, y que estas le son impuestas aún en contra de su voluntad, son creadas por los órganos del estado, que en este caso será el poder legislativo.

Por último tenemos como característica de la norma jurídica, la coercibilidad que consiste en la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación contenida en dicha norma aún en contra del obligado, ejerciendo si es necesario la fuerza sobre el sujeto pasivo para que cumpla con la exigencia impuesta por la norma de derecho.

Pero un ligero examen de las normas que regulan la vida de una sociedad humana, nos enseñará que no todas esas reglas son normas de derecho, ya que la vida del hombre en la sociedad también esta regida por reglas que son de tipo moral, de cortesía, de costumbre etc., todas estas reglas se nos imponen en la vida, aunque la manera de obligarnos sea distinta a la de las normas de derecho. La diferencia primera que podríamos establecer entre las normas de derecho y aquellas que no lo son, es que las primeras son sancionadas por los poderes públicos.

c) LA MORAL Y EL DERECHO.

Analizando lo que es en sí la moral, nos encontramos que esta se refiere a la conducta del hombre y a las reglas que funcionan en el hacer moral. Es decir, la moral trata de lo bueno de las acciones del hombre, lo bueno de la acción del hombre constituye el hacer moral. Los haceres morales son aquellas acciones de la vida que más completamente satisfacen nuestras capacidades como seres humanos: es lo bueno para el hombre, pero lo bueno para éste no siempre va a ser lo mismo, pues lo bueno coordina de una manera u otra todo aquello que nos lleva a la felicidad. Y la manera de coordinar

la actividad social del hombre no siempre es la misma, lo que el hombre considera bueno ahora, puede considerarlo malo mañana, la moral evoluciona con el hombre, lo bueno constituye una valoración que varía de significado con el tiempo. Por consiguiente, la moral es el coordinar dinámico del hombre para que se realice y llegue a la felicidad, la moral representa el bien del hombre.

Principiando con la interioridad y exterioridad como distinción entre derecho y moral, se considera que la moral es interna y el derecho externo, la moral es interna porque lo que importa a esta es la conducta interna o la vida de sí del hombre. El derecho es externo, pues sólo le importa la conducta externa o social del hombre. Es decir, a la moral le importa la intención y al derecho el hecho en sí.

Aunque sabemos que el derecho habita un área de lo ético, sin embargo el derecho supone una regulación, aunada con un sentido diferente de aquel que inspira la moralidad, aunque los dos rigen la conducta humana. El derecho mira el aspecto externo, a diferencia de la moral cuando toma en cuenta, las intenciones, el derecho lo hace sólo en cuanto éstas han podido exteriorizarse; el reino de la intimidad intencional es el campo propio de la moral; se desprende de que como nadie puede asomarse directamente a la interioridad de otro sujeto y contemplar todos los elementos que allí hay, nadie puede tampoco juzgar con plenitud de conocimiento sobre la conducta moral de otro sujeto, pero en cambio en materia jurídica, como ésta consiste en la textura externa de unos actos con otros, en aquello que se da entre un sujeto y otro, no se puede juzgar sino desde un punto de vista objetivo externo. ⁽¹⁶⁾

Otra diferencia es que el derecho es heterónimo, que es válido independientemente de la opinión personal del individuo, y que la moral es autónoma, que sólo vale cuando es aceptado

(16) Recasén Siches Luis. Introducción al estudio del derecho. Ed. Porrúa. México, 1981. pág. 83'86.

La moral supone y requiere libertad en su cumplimiento pues para que una conducta pueda ser objeto de un juicio moral , es preciso que el sujeto realice por el mismo, que responda a una posición de libertad. En cambio el derecho puede ser impuesto coercitivamente ; el derecho lleva esencialmente unida la posibilidad de que su cumplimiento sea impuesto aún por la fuerza.

Para que un deber moral se presente con ese carácter se necesita que implique obligatoriedad , no es producto de un reconocimiento de libre acto, sino de una íntima convicción, de que se diga que la moral es autónoma, que no crea obligación , si no se le ve necesariamente fundada y justificada. En cambio en la obligación jurídica el sujeto esta obligado a la conducta que le impone la norma, sea cual fuere el juicio que tenga de ella .De lo dicho se desprende, que cuando el derecho ha sido dictado por el poder público y reflejado el sentir de la colectividad, este se impone.

También se a considerado que la diferencia entre el derecho y la moral, estriba en que el derecho es bilateral, que implica relaciones intersubjetivas, y la moral es unilateral sólo implica a el hombre en su particularidad.

Una norma es bilateral cuando al mismo tiempo que impone deberes a uno o varios sujetos, concede facultades a otro u otros. Por lo tanto el carácter bilateral de la norma establece una correlatividad entre los deberes y las facultades. Frente a todo sujeto obligado habrá un sujeto facultado, por lo tanto para todo deber corresponderá una facultad.

Esta facultad podemos definirla, como la posibilidad normativa que corresponde a un sujeto llamado pretensor, para exigir una cierta forma de conducta a un sujeto obligado y de acuerdo con los términos de una cierta norma. Su ejercicio no depende del arbitrio individual, sino del sistema normativo al conceder autorizaciones a

efecto de que la posibilidad que un sujeto tenga para exigir de otro un acto de conducta, sea una posibilidad lícita, reconocida y autorizada por el sistema normativo.

El carácter unilateral de la moral supone que a determinados deberes en un cierto sujeto obligado, no corresponden facultades a otro sujeto, la moral al crear los deberes lo hace de manera impersonal, en cuanto a la posibilidad de que exista un sujeto interesado en exigir el cumplimiento del deber, es decir, se impone el deber sin facultar a nadie para exigir su observancia o cumplimiento. La observancia de este deber sólo interesa al destinatario de la norma. (17)

Por último la característica de imposición inexorable llamada también coactividad o coercitividad, es esencial al fenómeno jurídico, Como el derecho precisa los límites recíprocos y los enlaces de varios sujetos de un modo externo, en aquello que es esencial y fundamental para la vida en sociedad, se infiere que esa regulación no puede quedar a voluntad de los sujetos en cumplirse o no, el derecho trata de que un sujeto ponga aquello que es reputado como necesario e imprescindible para otro; luego la realización de esto no puede depender del querer de quien deba cumplirlo, sino que tiene que ser impuesto de modo incondicional a todo momento, esta dimensión de posición inexorable, consiste en que la norma jurídica a diferencia de otras normas no se detiene ante la voluntad de l sujeto dejando a esta que libremente decida, sino que por el contrario, trata de anular la voluntad adversa, trata de hacer imposible la realización de la rebeldía a la norma. Esta nota del derecho lo caracteriza entre las demás normas, significando que para el caso de que el sujeto a quien va dirigido no lo cumpla voluntariamente, el Estado intervenga y haga efectiva la imposición.

Por lo tanto, el derecho es el único sistema coactivo, por que sólo en el existen órganos capacitados para imponer las sanciones contra la voluntad del infractor.

(17) Rojas Villegas Rafael. Introducción al estudio del Derecho.

d) EL DERECHO Y LOS CONVENCIONALISMOS SOCIALES.

Ahora toca contemplar un tercer mundo de normas de conducta, nos referimos a las normas sociales llamadas también convencionalismos sociales. Estos se pueden definir como los mandatos que se imponen en una época y en un medio determinado a los miembros de un grupo social. Reflejan la naturaleza y las tendencias de las personas que viven en sociedad y rigen la conducta de cada individuo para el mismo y para con sus semejantes.

Estos preceptos se parecen tanto a los del derecho, que ciertos autores creen imposible establecer una distinción. La primera semejanza estriba en su carácter social. El convencionalismo se refiere a las acciones del hombre en su vida intersubjetiva, acciones para convivir, las reglas de trato social coordinan la actividad del hombre en sociedad de tal manera que la actividad social las hace convencionales, por lo tanto, el convencionalismo social, al coordinar la actividad subjetiva del hombre para su mejor convivencia, dirige las acciones del hombre hacia la felicidad del mismo.

Un segundo punto de coincidencia lo encontramos en el signo característico de la exterioridad, por lo tanto, el cumplimiento de la norma social no puede quedar en la sola intención, ya que se cumple plenamente en cuanto sus apariencias sean de cumplimiento. Dijimos que la intencionalidad no deja de tomarse en cuenta para ciertos casos de la norma jurídica, en cambio en el cumplimiento de las normas sociales la intención no juega el más mínimo papel.

En tercer lugar ambas normas, sociales y de derecho son heterónomas, por cuanto no es el obligado quien legisla sobre las reglas de la moda, o la etiqueta, que constituyen los cumplimientos sociales, sino la tradición social, las costumbres del lugar y los usos de la población que son los que dictan las leyes sociales.

Ahora bien, debemos diferenciar a las normas sociales de las normas jurídicas, en que las primeras son unilaterales, es decir, que no se puede dar el sujeto pretensor, pues existe únicamente el obligado, pero no el facultado para exigir la obligación.

Pero, la diferencia entre ambos debe buscarse en la naturaleza de las sanciones y, sobre todo en la finalidad que persiguen.

La sanción que trae el incumplimiento de una norma jurídica está previamente determinada o determinable, esto es, ante la falta de cumplimiento de una obligación legal, el precepto jurídico que la consigne establece claramente cual a de ser la sanción que produzca su falta de observancia, en cambio no ocurre lo mismo con la infracción a las normas sociales cuya sanción no esta ni determinada ni es determinable. Observamos también que la sanción en las normas legales debe ser impuesta por los órganos competentes y que, por el contrario no existen órganos competentes encargados de aplicar las sanciones a quienes violen los convencionalismos sociales.

Por último la finalidad de la sanción de los usos sociales tiende al castigo del infractor, más no al cumplimiento forzado de la norma; la jurídica en cambio persigue como finalidad la observancia del precepto. En el cumplimiento a las normas sociales, a quien las incumple se le impone una sanción, pero no la imposición de la observancia forzada; en cambio en el derecho existe la posibilidad de esa ejecución forzada de lo determinado en el precepto jurídico incluso por medio del poder físico.

II.) **QUE ES EL DERECHO PENAL.**

Quizá la expresión más antigua de la ordenación jurídica lo sea el derecho penal. Desde los inicios de la humanidad los hombres cansados de vivir en un estado de guerra continuo y con una libertad que podría ser inútil por la incertidumbre de conservarla, sacrificaron una porción de ella a cambio de gozar en un futuro de paz y seguridad, dando origen a las primeras leyes que rigieran la vida de los hombres y controlaran los hechos dañinos a la sociedad. Antes de crear tribunales administrativos o instancias de protección patrimonial, el hombre procuró instruir un peculiar sistema de reacción social destinada a poner un alto a los ataques dirigidos contra los bienes o intereses considerados como de valor primordial que en determinado tiempo y lugar son fundamentales para garantizar el orden social. Para lograr tal fin faculta y obliga al Estado a valerse de los medios adecuados, creando así el Derecho Penal que por su naturaleza punitiva, es capaz de crear y conservar el orden social. La calificación penal a un hecho se vincula a una serie de conductas que la colectividad ha estimado altamente dañinas o lesivas para la sociedad y que por lo tanto son merecedoras de una represión efectiva y contundente.

a) **REFERENCIAS HISTÓRICAS EN MÉXICO.**

El Derecho Indiano no rigió uniformemente para todos los pobladores del México Prehispánico, puesto que constituían agrupaciones diversas gobernadas por diferentes sistemas y aunque había cierto parecido, las normas jurídicas eran distintas.

El derecho era de tipo consuetudinario, oral y quienes tenían la misión de juzgar, lo transmitían de generación en generación..

El Derecho Penal Precortesiano fue rudimentario, símbolo de una civilización que no había alcanzado la perfección en las leyes . El maestro Carrancá y Rivas, citando a Kohler afirma: " El derecho penal mexicano es testimonio de severidad

moral, de concepción dura de la vida y de notable cohesión política. El sistema penal era casi draconiano". (18)

Sin embargo, para decretar los castigos y las penas, no bastaba únicamente la ejecución de ilícito penal, sino que se requería un procedimiento previo que lo justificara, siendo este de observancia obligatoria para los encargados de la función jurisdiccional.

AZTECAS :

De mayor importancia resulta el estudio del Derecho Penal de los Aztecas. Este pueblo no sólo dominó militarmente la mayor parte de los reinos de la altiplanicie mexicana, sino que además influyó las prácticas jurídicas de todos aquellos núcleos que conservaban su independencia a la llegada de los Españoles.

Dos instituciones que constituyeron el origen y fundamento del orden social, unían y protegían la vida de la sociedad azteca: la religión y la tribu. La religión penetraba en los diversos aspectos de la vida del pueblo y para el individuo todo dependía de la obediencia religiosa, amabas jerarquías el sacerdote y la autoridad civil se complementaban.

La sociedad Azteca existía para beneficio de la tribu debiendo contribuir cada uno de sus miembros a su conservación. Quienes violaban el orden social eran colocados en un status de inferioridad, aprovechándose su trabajo en una especie de esclavitud.

Mientras que el Derecho Civil de los Aztecas era objeto de tradición oral, el penal era escrito, pues en los códigos que se han conservado se encuentra claramente expresado, cada uno de los delitos se representaba mediante escenas pintadas, lo mismo que las penas.

El derecho penal azteca revela excesiva severidad principalmente en relación a los delitos considerados como capaces de hacer peligrar la estabilidad del gobierno o la

(18) Carranca y Rivas Raul. Derecho Penitenciario. Ed. Porrúa. México, 1981. pág. 12.

persona misma del soberano. Las penas, en verdad eran muy severas entre los aztecas, pero los encargados de administrar justicia y del gobierno invitaban al pueblo a no delinquir, queriendo evitar aquellos males que acarrearían otros mayores.

conocieron la distinción entre delitos dolosos y culposos, las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena, las excluyentes de responsabilidad, la acumulación de sanciones, la reincidencia, el indulto y la admistía, También es importante hacer notar que la suspensión y la destitución de empleo, así como las penas pecuniarias las conocieron los aztecas siglos antes que nosotros.

.LOS MAYAS.

la civilización maya presenta perfiles muy diferentes de la azteca, poseían una profunda concepción del mundo, más sensibilidad, un sentido de la vida más refinado y una delicadeza natural, que ha hecho de los mayas uno de los pueblos más interesantes y misteriosos de la historia.

Como es lógico, esos atributos se van a reflejar en su derecho penal, si se le compara con la Azteca, la maya es una represión mucho menos brutal y es que el pueblo maya, como lo afirman antropólogos e historiadores, es quizá el de más evolucionada cultura entre todos los que habitaban en el continente americano, antes del descubrimiento. El maestro Carrancá y Trujillo opina; "Las más serias investigaciones acreditan que el pueblo maya contaba con una administración de justicia, la que estaba encabezada por el Batab, el cual en forma directa y oral, sencilla y pronta, recibía e investigaba quejas y resolvía acerca de ella de inmediato, verbalmente también y sin apelación, después de hacer investigar expeditamente los delitos o incumplimientos denunciados y procediendo a pronunciar la sentencia, las penas eran ejecutadas sin tardanza por los tupiles y servidores destinados a esa función. (19)

(19) Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho penal mexicano. Porrúa, México, 1982, pág 20

El pueblo maya no usó como pena ni la prisión ni los azotes, se cuenta que no tenían casa de detención, ni cárceles bien construidas y arregladas, La verdad es que poco o nada las necesitaban, debido a la sumaria investigación y al rápido castigo de los delincuentes. Casi siempre el delincuente no aprehendido infraganti se libraba de la pena, por la dificultad de la prueba que era puramente oral, y jamás escrita; pero si se le sorprendía infraganti no se demoraban en aplicarle el castigo.

LOS TARASCOS.

Muy pocos datos se tienen sobre las instituciones legales y la administración de justicia entre los tarascos. No obstante la relación de Michoacán ofrece algo durante el "Ehuetaconcuaro", en el vigésimo día de las fiestas, el sacerdote mayor (petamutli), interrogaba a los acusados que estaban en las cárceles esperando ese día, y acto continuo, dictaba su sentencia. Cuando el sacerdote mayor se encontraba frente a un delincuente primario, y el delito era leve, sólo se le amonestaba en público, en caso de reincidencia, parece que la pena era de cárcel. Para el homicidio, el adulterio, el robo y la desobediencia a los mandatos del Rey, la pena era de muerte, ejecutada en público.

Es importante señalar que las cárceles entre los tarascos, servían exclusivamente par esperar el día de la sentencia, como entre los mayas.

A manera de síntesis de la breve ruta histórico-penal de las civilizaciones precortesianas, podemos concluir que éstas no lograron grandes conquistas jurídicas.

Muchas de las costumbres indígenas en materia de delitos y penas, supervivieron durante la colonia, a pesar de los castigos a que ello daba lugar. Sin embargo, el derecho Penal Precortesiano ha sido de nula influencia en el colonial y en el vigente. Esto no quiere decir, que los antiguos mexicanos vivían en un estado de anarquía y de absoluto desorden; al contrario, las civilizaciones indígenas se

caracterizaron por mantenerse en un ámbito de orden y seguridad social, factor que las impulsó hacia un increíble desarrollo cultural, social y económico.

Lo cierto es que las sociedades precortesianas poseían valores muy diferentes a los del mundo occidental, lo que determinó que su tradición jurídico-penal no penetrara en la colonia y mucho menos en nuestro tiempo.

EL DERECHO PENAL COLONIAL.

La colonia representó el trasplante de las instituciones jurídicas españolas a territorio americano. Al llevarse a cabo la conquista, los ordenamientos legales del derecho español y las disposiciones dictadas por las nuevas autoridades desplazaron el sistema jurídico indiano.

Diversos cuerpos de leyes como la Recopilación de las Leyes de Indias, Las siete partidas de Alfonso el Sabio, la Novísima recopilación y muchas otras más, establecieron disposiciones procesales, pero en realidad no existían normas bien organizadas para regular el procedimiento en materia penal. Por esto hay que entender que el Derecho de la colonia era eminentemente consuetudinario, de tal manera que las leyes de Indias no eran sino la constatación escrita de las diferentes costumbres que predominaban en las colonias españolas de América.

Durante la colonia el desenvolvimiento de la vida en sus diversos aspectos, requirió indispensablemente la adopción de medidas encaminadas a frenar toda conducta lesiva a la estabilidad social, y a los intereses de la Corona Española en su nuevo dominio. Para la persecución del delito y para aplicar las sanciones pertinentes se implantaron: el Tribunal del Santo Oficio, la Audiencia, el Tribunal de la Acordada, Tribunales especiales para juzgar a los vagos y muchos otros.

Las legislaciones de los grupos indígenas a pesar de la disposición del Emperador Carlos V en el sentido de respetar y conservar sus leyes y costumbres

siempre y cuando no se opusieran a la fe o a la moral, no influyeron en nada, siendo la legislación de la Nueva España netamente europea. La legislación colonial tendía a mantener la diferencia de castas, por ello no debe extrañar que en materia penal haya habido un cruel sistema intimidatorio para los negros, mulatos y castas.

En la administración de justicia penal en la época colonial, no vislumbramos algún adelanto sustancial, más bien notamos una crueldad innecesaria y un ambiente de arbitrariedad y corrupción, plasmado en sus instituciones jurídicas. Si algún juicio imparcial cabe sobre la colonia, es el que la descubre como una época que marcó la pauta de la actividad legislativa en México.

LA ETAPA INDEPENDIENTE

Al consumarse la independencia, en el año de 1821, las principales leyes de México eran: la Recopilación de Indias complementada con los Autos Acordados, las Ordenanzas de Minería, de Intendentes, de Tierras y Aguas y de Gremios. Como derecho supletorio estaban la Novísima Recopilación, las Partidas y las Ordenanzas de Bilbao. Ante la magnitud de los problemas con los que se enfrentaba la legislación de las primeras horas de la independencia, el gobierno tuvo que reconocer expresamente, la constante vigencia de la legislación colonial y de la metropolitana como legislación mexicana propia.

Sin embargo, los legisladores de las primeras épocas de la vida autónoma de México, influenciados por las doctrinas constitucionales derivadas de la Revolución Francesa y Montesquieu, e inspirados en la organización jurídica de los Estados Unidos, plasmaron en las constituciones que sucesivamente imperaron en nuestro país, principalmente en la de 1824, las teorías que en aquellos momentos estaban en boga, entre ellas las del humanismo del Derecho Penal.

Desde la independencia hasta la reforma, México vivió en un desorden social constante, por lo que las leyes eran el reflejo de ése desorden y de las necesidades surgidas del mismo. Un partido, una fracción en el poder encarcelaba por una pequeñez a sus enemigos, el procedimiento pecaba de poco técnico y politiquero.

Sin embargo, es evidente la evolución que tuvo el procedimiento penal en el México independiente, y que resumiéndolo de la siguiente forma fácilmente se constatará:

La Constitución de Cádiz, de 1812, trajo al derecho americano algunas instituciones novedosas y liberales. Apareció el Derecho Constitucional del México independiente, enriqueciendo los mandamientos sobre la materia, con un progresivo sentido de garantía a los gobernados. Fueron suprimidos los juicios por comisión y el tormento; se rodeó de seguridad al régimen de la detención; se reglamentaron los cateos y allanamientos; se proscribió el juramento del inculcado al declarar sobre hechos propios; se consagraron los derechos de audiencia y de defensa; se fijó la conciliación forzosa en caso de pleitos sobre injurias; se limitó el número de fueros, que a la postre se redujo a uno sólo: el militar; se regularon la declaración preparatoria y el auto de formal prisión; se fijaron recursos por inobservancia de trámites esenciales del procedimiento; se prohibió la retroactividad desfavorable y se reguló la garantía de ser juzgado por tribunal previamente establecido; se determinó la gratuidad de la justicia; se proscribió la prolongación de la prisión por falta de pagos de honorarios; se introdujo el careo, entre las garantías en favor del inculcado, etc.

b) DENOMINACION Y CONCEPTO.

El término Derecho Penal no es el único con el que se le ha designado a nuestra disciplina, se le designa también como derecho represivo, de castigar, sancionador o restaurador, determinador, reformador, de prevención, criminal, protector

de los criminales, así como derecho de defensa social. En México por razones de tradición y de fondo es más usual la denominación Derecho Penal, dado que la ley alude a delitos en general, comprendiendo en estos los que en otros países se denominan crímenes, así mismo porque el contenido y fin fundamental del sistema de normas que es objeto de nuestro estudio es la represión del delito mediante la pena. (20)

Existen muchas definiciones de nuestra materia de estudio como la que nos proporciona Jiménez de Asúa diciendo que el derecho penal "Es el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociado a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora".(21)

A su vez autores como Cuello Calón, dicen que el derecho penal, en sentido objetivo, es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquellos son sancionados. (22)

En México, Raúl Carrancá, estima que el derecho penal debe estudiarse desde el punto de vista objetivo y desde un punto de vista subjetivo. El derecho penal objetivamente considerado, es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas en los casos de incriminación.

En sentido subjetivo, el derecho penal se identifica con el *Ius puniendi*; es el derecho de castigar, consiste en la facultad del estado, mediante leyes de conminar la realización del delito con penas, y en su caso, imponerlas y ejecutarlas.(23)

(20) Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la parte General del derecho Penal. México, 1960.

(21) Jiménez de Asúa Luis. La Ley y el Delito. Ed. Sudamericana, S.A. Buenos Aires, 1967. pág 17

(22) Cuello Calón, Eugenio. Derecho penal I. barcelona, 1953. Pág. 8

(23) Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México, 1982. pág 17.

Donde el derecho penal objetivamente considerado, es el conjunto de normas jurídicas que regula el poder punitivo del Estado y que asocia al delito como antecedente determinadas consecuencias jurídicas.

c) CARACTERES.

El Derecho Penal tiene como características principales que es un derecho público, normativo, valorativo y finalista que tiene la norma y el bien jurídico y cuya naturaleza es eminentemente sancionadora..

Siendo que el derecho público es el conjunto de normas que rigen relaciones en donde el Estado interviene como soberano, por tanto, el derecho penal es un derecho público, no sólo por la capacidad que tiene el Estado para establecer delitos y señalar penas, imponer estas y ejecutarlas, sino también por la relación jurídica que se forma entre el delincuente y el Estado soberano en la comisión de un delito.

Por lo que el derecho penal es público, por normar relaciones entre el poder y los gobernados. (24)

El Derecho Penal como toda ciencia jurídica, es normativa dado que sólo en ese carácter de norma se halla su esencia científica, por que el derecho se encuentra dentro de la ciencia del deber ser, y en tanto exista la función ético-social del derecho penal, en relación a la protección de los valores elementales de la vida de la comunidad, y que al lado del interés jurídico individual está la misión de asegurar la validez real de los valores ético-sociales elementales, se afirma que nuestra disciplina es valorativa.

El derecho penal tiene carácter finalista, ya que se ocupa de conductas teniendo como fin buscar y alcanzar sus objetivos con un máximo de eficacia, asegurar el respeto a la dignidad de la persona humana y a los derechos fundamentales del

(24) Castellanos Teza, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Ed. Porrúa, México, 1987. pág 19-20

individuo, para lo cual el estado debe recoger y enfocar todos los intereses que constituyen la cultura dirigiéndolos al fin de la vida. ⁽²⁵⁾

d) FUNCION DEL DERECHO PENAL.

El fin del derecho en general es la protección de los intereses de la persona humana, o sea, de los bienes jurídicos, pero el derecho penal no tutela todos estos intereses, sino sólo aquellos que dada su jerarquía son especialmente merecedores y necesitados de protección, su jerarquía se otorga en base a la amenaza y ejecución de la pena.

Al derecho penal corresponde el empleo de los medios para la protección de la defensa social, frente a un daño no sólo individual sino también social, y a la reparación particular de un interés de valoración y jerarquía especial (la vida, integridad corporal, honor, libertad, etc.).

El derecho debe regir las relaciones de los hombres entre sí y limitar el círculo de la actividad de cada uno, impidiendo obstaculizar el derecho de los otros, tal es el fin que se propone la voluntad general al coaccionar a la individual; de ello deriva el orden jurídico determinando lo que está permitido o prohibido y sancionando tales prohibiciones y ordenes. Por lo que al derecho penal se le asigna un fin ético-social, esencial para asegurar a los ciudadanos la permanente protección a los valores elementales de la vida de la comunidad, esto es, el respeto al Estado, a la persona, a su vida, su libertad, su salud, a sus bienes y a su honor..

El fin del derecho penal según Antolisei es "impedir la comisión de los delitos"; en otros términos, combatir el triste fenómeno de la delincuencia o criminalidad que "exclusivamente a éste fin son dirigidas las normas penales". ⁽²⁶⁾

⁽²⁵⁾ Jiménez de Asúa Luis. La ley y el Delito. Ed. Sudamericana, S.A. Buenos Aires, 1967.

⁽²⁶⁾ Romo Medina, Miguel. Criminología y Derecho. UNAM. México, 1979.

e) LA NORMA JURIDICO PENAL.

Definir la estructura del precepto penal con arreglo a un criterio histórico o valorativo puede conducir a confusiones, dado que las diversas normas del derecho penal no son, sino posibilidades históricas determinadas por un contenido específico, enteramente cambiante. Por lo que es imperativo reconocer que al margen de sus posibles contenidos, la norma Penal es también como toda norma jurídica, un juicio de estructura hipotética. El primer polo de esta proposición se denomina hecho condicionante y es el supuesto de cuya realización se hace depender una consecuencia condicionada: la sanción, en este caso la pena. Ambos extremos del juicio normativo se hallan lógicamente vinculados por un nexo específico a la juricidad, la imputación, la teoría penal a denominado al hecho condicionante como delito.

Por consiguiente una norma penal, es aquella disposición jurídica que determina el delito y la sanción respectiva, esto es, que la norma penal se estructura con dos elementos 1) el precepto y 2) la sanción.

1) El precepto, es la descripción de un hecho o conducta considerado delictivo, esto es, lo que se castiga.

Este contiene la figura delictiva y puede funcionar de dos maneras ya sea en forma positiva, es decir, mandando, ordenando o bien en forma negativa, o sea conteniendo una prohibición.

2) La sanción es la consecuencia penal que esta prevista para imponerla a quien transgrede la norma jurídico-penal; contiene la penalidad correspondiente.

Ahora bien, si los destinatarios de la norma penal son todos aquellos individuos sin distinción, que tienen obligación de acatar, de obedecer las leyes penales, se desprende la existencia del elemento humano como componente del derecho penal. ⁽²⁷⁾

(27) Porte Petit Celestino. Apuntamientos de la parte general del derecho Penal. Porrúa. México, 1960.

7) ELEMENTOS DEL DERECHO PENAL.

Sobre este particular existen leyes antiguas en las que las penas se asocian a los delitos, esto es, que consideran como elementos fundamentales al delito y a la pena; o sea el precepto y la sanción.

Así el Maestro Porte Petit cita que desde autores como Garraud se ha dicho que "toda ley penal contiene dos elementos necesarios: una prescripción o precepto y una sanción o pena".

Otros penalistas son Eugenio Cuello Calón señalan como elementos substanciales de la disciplina penal, al delito, la pena y las medidas de seguridad. ⁽²⁸⁾

Por último otra posición, compuesta por José Rafael Mendoza, Del Rosal y Jiménez de Asúa, incluyen además un tercer elemento, diciendo que al lado de los dos elementos delito y pena aparece otro elemento; la persona del delincuente.

Jiménez de Asúa nos aclara que "cuando un código positivista o de índole político-criminal, como lo son casi todos los de fecha moderna, incluye en su texto el estado peligroso, nos da material bastante para construir un título nuevo en la parte general: el delincuente. Es lícito hacer dogmática sobre el sujeto del delito, con cierta independencia del hecho que cometió y que asume la calidad de ente jurídico."⁽²⁹⁾

De la propia definición del Derecho Penal se desprende la existencia de los tres elementos fundamentales; delito, delincuente y pena. Procedamos a su análisis.

DELITO: Delictum, proviene de la raíz latina "delinquere" que significa "abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley"⁽³⁰⁾

Este ente jurídico ha sido estudiado a lo largo del tiempo como una relación jurídica entre gobierno y gobernados, cuyo origen y surgimiento es la actividad humana

pág 23

(28) Ibidem pág 9

(29) Jiménez de Asúa Luis. La ley y el Delito. Ed. Sudamericana, S.A: Buenos Aires. 1967.

(30) Castellanos Tena Fernando. Lineamiento Elementales de Derecho Penal. Porrúa, México, 1987. Pág 125.

estimada legislativamente como contraria al orden ético-social. El delito como ente jurídico sólo es inculparable en cuanto una ley anteriormente dictada lo define y sanciona.

El devenir histórico nos muestra como en los pueblos primitivos existió una preocupación por guardar un orden haciéndose indispensable el uso del poder para su logro y conservación, de donde derecho y poder no son incompatibles, sino complementarios, donde el derecho como concepto abstracto necesita de la fuerza indispensable que permita su aplicación, a ese poder aplicado por los pueblos antiguos le llamaríamos fuerza bruta, actualmente la traducimos en coercibilidad, esto es que el derecho admite un cumplimiento no extemporáneo. ⁽¹⁾

El delito es un hecho dañoso realizado por el hombre, que se considera lesivo para el bien jurídicamente protegido, de lo anterior se desprende que la verdadera medida del delito se encuentra en el daño que este hace a la sociedad.

OBJETO DEL DELITO.

Según los tratadistas respecto al objeto del delito se pueden distinguir dos; objeto material que es la persona o cosa sobre la que recae el daño o peligro; la persona o cosa sobre la que se concreta la acción delictuosa, esto es, que lo son cualesquiera de los sujetos pasivos o bien las cosas animadas o inanimadas y, el objeto jurídico, es el bien o interés jurídico protegido por la ley, objeto de la acción inculparable. Donde la vida, la integridad corporal, la libertad sexual, la reputación, la propiedad privada, etc. son objetos jurídicos del delito. ⁽²⁾

Como ya hemos dicho, el delito, en su sentido amplio puede definirse como una "perturbación consciente del derecho", en una acepción más estricta, se da tal nombre al "acto injusto de la voluntad en cuanto se manifiesta en efectos exteriores".

⁽¹⁾ Romo Medina Miguel. Criminología y Derecho. UNAM, México, 1979.

⁽²⁾ Castellanos Teza Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Porrúa, México, 1987. pág 152

Nuestro ordenamiento jurídico penal no nos proporciona una definición clara de lo que es el delito, estableciendo que delito es un acto u omisión que sancionan las leyes penales. (art. 7 C.P.), así mismo, establece distintas clases de delitos, cuya clasificación es la siguiente:

Delitos contra la seguridad de la nación: Traición, espionaje, motín, rebelión, terrorismo, sabotaje, conspiración.

Delitos contra el Derecho internacional: Piratería.

Delitos contra la humanidad: Violaciones de los deberes de la humanidad, genocidio.

Delitos contra la seguridad pública: Evasión de presos, armas prohibidas, asociaciones delictuosas.

Delitos en materia de vías de comunicación: Ataques a las vías de comunicación y violación de correspondencia, uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo.

Delitos contra la Autoridad: Desobediencia y resistencia de particulares, oposición a las obras públicas, quebrantamiento de sellos, ultraje a las insignias nacionales.

Delitos contra la salud: De la producción, tenencia y tráfico de estupefacientes.

Delitos contra la moral pública y las buenas costumbres: ultrajes a la moral pública, corrupción de menores, lenocinio y trata de personas.

Delito de funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos: Ejercicio indebido de servicio público, abuso de autoridad, coalición de servidores públicos, intimidación, cohecho, ejercicio abusivo de funciones, peculado y enriquecimiento ilícito.

Delito de falsedad: Falsificación y alteración de moneda, billetes de banco, sellos, llaves, pesos, medidas, documentos de crédito y documentos en general, usurpación de funciones públicas o profesión, variación del nombre y domicilio.

Delitos sexuales: Atentados al pudor, raptó incesto, adulterio, estupro y violación.

Delitos contra el estado civil y bigamia.

Delitos contra la paz y seguridad de las personas, Amenazas, allanamiento de morada.

Delitos contra la integridad corporal: lesiones, homicidio, parricidio, infanticidio, aborto y abandono de personas.

Delito contra el honor: Calumnia y difamación.

Delitos contra la libertad: Privación de la libertad y de otras garantías.

Delitos en contra del patrimonio de las personas: Robo, abuso de confianza, fraude, extorsión, despojo y daño en propiedad ajena.

Delitos electorales y en materia de Registro Nacional de Ciudadanos: Este título vigésimo cuarto adicionado por el artículo segundo del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el día 16 de agosto de 1990. contiene diversas disposiciones orientadas a garantizar la celebración de elecciones libres y auténticas para que todas las etapas del proceso electoral se apeguen al principio de legalidad. Así mismo, establece los delitos que pueden llegar a cometer, ciudadanos, funcionarios electorales, funcionarios partidistas, servidores públicos, diputados y senadores, así como las penas que en cada caso se pueden imponer.

De lo anteriormente señalado podemos darnos cuenta que el Código Penal vigente, establece diferentes especies de delitos, unos que van dirigidos directamente a la destrucción de la sociedad o del que la representa, otros que perjudican a la seguridad

particular de los ciudadanos, dirigiéndose contra la vida, sus bienes o su honor, y otros que son acciones contrarias a lo que la ley prescribe o prohíbe en consideración al bien público. Asimismo, enumera los diversos modos de castigarlos estableciendo una penalidad determinada.

DELINCUENTE. Es el sujeto que realiza el hecho dañoso (el que se sale del buen camino).

El sujeto activo, ofensor o agente del delito, es quien lo comete o participa en su ejecución.

Sólo la persona humana es sujeto activo de la infracción, pues sólo ella puede actuar con voluntad y ser imputable.

En otros tiempos según nos muestra la historia se llegó a considerar a los animales como delincuentes. La evolución de las ideas al respecto ofrece tres periodos: fetichismo (se humaniza a los animales equiparándolos a las personas); simbolismo (se entendía que los animales no delinquant pero se les castigaba para dar ejemplo); y, por último se sanciona solamente al propietario del animal dañoso.⁽³³⁾

Desde la Revolución Francesa el espíritu individualista hace ya indiscutible el principio de que la responsabilidad penal es personal.

Solo la conducta humana tiene relevancia para el derecho penal, el acto y la omisión deben corresponder al hombre, porque únicamente es posible sujeto activo de las infracciones penales; es el único ser capaz de tener voluntad. Así nuestro derecho penal se sustenta sobre el principio universalmente consagrado que reconoce a la persona humana como único sujeto activo.⁽³⁴⁾

Ahora bien, el delito suele ser conducta de un sólo hombre, más sin embargo, la infracción criminal no siempre es obra de una persona, esta puede ser

⁽³³⁾ Carrascá y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Porrúa, México, 1982. pág 249
⁽³⁴⁾ Art. 7, 8, 9 y ss del Código Penal para el Distrito federal.

cometida por varios individuos que aparecen cooperando en la ejecución de acciones criminales que el tipo legal no requiere, estos son llamados *codelincuentes*.

Más por una parte, no todo el que contribuye con su aporte a formar la causa del resultado, es *delincuente*, ni necesariamente todos los que resulten *codelincuentes* tienen la misma responsabilidad, se requiere examen de las conductas concurrentes para establecer diferencias entre ellas y adecuar los tratamientos y las sanciones de modo personal. ⁽³⁵⁾

Se distinguen varias formas de participación:

Responsable principal.- Es el que concibe, prepara o ejecuta el acto delictuoso.

Delincuentes accesorios, o cómplices.- Son aquellos quienes indirectamente cooperan para la producción del delito.

Llámesse *autor*, al que pone una causa eficiente para la producción del delito, es decir, al ejecutor de una conducta física y psíquicamente relevante.

Asimismo, es suficiente para adquirir tal carácter, la contribución con el elemento físico o con el anímico de donde resultan los autores materiales y los autores intelectuales.

Cuando alguien por sí sólo ejecuta el delito, se le llama *autor*, si son varios los que lo originan, reciben el nombre de *coautores*, los auxiliares directos son denominados *cómplices*, quienes aún cuando contribuyen secundariamente, su intervención resulta eficaz en el hecho delictuoso.

Puede darse el caso de que también se denomine *autor mediato* al que produce el resultado típicamente antijurídico, con dolo o con culpa, valiéndose de otro sujeto que es *inimputable*, utilizando para ello la violencia o fuerza física o la coacción

⁽³⁵⁾ Jimenez de Asúa Luis. *La Ley y el delito*. Ed. Sudamericana, S.A. Buenos Aires, 1967. pág 621-628

moral. El autor mediato no delinque con otro, sino por medio de otro adquiere el carácter de mero instrumento. (26)

LA PENA. Se da el nombre de pena a todo castigo o sanción física o moral que el poder social impone y hace cumplir a un individuo a quien, por una decisión judicial, se ha declarado culpable de una infracción de la ley (delito o falta). Siendo esta legítima consecuencia de la punibilidad como el elemento del delito e impuesta por el Estado al delincuente, ante la necesidad de reprimir el delito y dar satisfacción a los intereses lesionados por él y legítimamente protegidos. La noción de pena deber estar relacionada con el derecho de castigar o Ius puniendi y con las condiciones de la imputabilidad, pues si ésta se basa en el libre albedrío la pena será retribución del mal por mal, expiación y castigo; si por el contrario se basa en la peligrosidad social acreditada por el infractor, entonces la pena será medida adecuada de defensa y aplicable a los sujetos según sus condiciones individuales.

El fin de toda pena es el restablecimiento del orden jurídico que ha provocado la infracción cometida mediante la reforma de la voluntad viciosa o pervertida, por lo que se dice que el fundamento de la pena debe ser siempre correccional.

Señala Castellanos Tena, que es indudable que el fin último de la pena es la salvaguarda de la sociedad, para conseguir tal fin ésta debe ser intimidatoria, esto es, que evite la delincuencia por el temor de su aplicación ; ser ejemplar, al servir de ejemplo a los demás y no sólo al delincuente, para que todos adviertan la efectividad de la amenaza estatal; y ser correctiva, al producir en el penado la readaptación a la vida normal mediante los tratamientos curativos y educacionales que impidan la reincidencia; eliminatoria, ya sea temporal o definitiva; y justa, pues la injusticia acarrearía males

(26) Castellanos tena Fernando. lineamientos Elementales de Derecho Penal. Porrúa, 1987. pág 293-298

mayores para toda la colectividad al esperar que el derecho realice elevados valores entre los cuales destacan la justicia, la seguridad y el bienestar social,

Se llama pena principal, la que la ley señala especialmente para castigar algún delito, y pena accesoria, la que se impone según la ley como inherente en ciertos casos a la principal, como son la interdicción civil, inhabilitación, suspensión de cargo público, etc. Se llama pena grave cualesquiera de las de mayor severidad señaladas en los códigos para castigar los delitos, y pena leve, las de menor rigor, como son la represión privada, arresto menor, multa, etc. las de mayor gravedad entre las graves reciben el nombre de penas afflictivas, la más grave de todas es la pena de muerte, llamada pena capital, esta ha ido desde comienzos del siglo XIX, aboliéndose sucesivamente en todos los países del mundo. Las otras penas graves consisten en privación de la libertad en establecimientos penitenciarios, son llamadas penas de reclusión, presidio o prisión.

g) FUENTES DEL DERECHO PENAL.

Inquirir la fuente de una disposición jurídica, es buscar el sitio de donde ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie del derecho.

Cuando hablamos de fuentes del derecho se hace la distinción entre fuentes reales que son el conjunto de razones determinantes del contenido de las normas jurídicas, esto es, las causas que impulsaron al legislador a darles vida; fuentes formales, entendiéndose como el proceso histórico de manifestación de las normas jurídicas, son aquellas por las cuales se concreta la regla jurídica y se señala su fuerza obligatoria, es decir los modos por los que se nos hacen palpables las normas; y por último fuentes históricas son los medios materiales que nos permiten conocer el derecho vigente en el pasado. (7)

(7) Garcia Maynes, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Ed. Porrúa, México, 1985. pág 45-97.

Las fuentes formales del derecho en general son; la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. En derecho penal no.

Las costumbres no pueden ser fuentes del derecho penal en un sistema liberal como el nuestro, dado que la Constitución Política en su artículo 14 establece la prohibición de imponer pena alguna por simple analogía o aún por mayoría de razón, si no está decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate; luego para la existencia del delito se requiere una ley que lo establezca.

La jurisprudencia, según la Ley de Amparo, sólo es obligatoria si emana de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o de los Tribunales Colegiados de Circuito, se forma mediante cinco ejecutorias en el mismo sentido y no interrumpidas por una en contrario, aprobadas por unanimidad.

Por lo tanto, la jurisprudencia a pesar de su obligatoriedad, no constituye propiamente una fuente formal del derecho, sino solamente una simple interpretación de los principios legales en vigor. Según nuestro sistema Constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es la genuina interprete de las leyes, al corresponderle determinar su sentido.

Si la jurisprudencia no puede ser fuente formal del derecho penal, menos aún la doctrina, la cual ni siquiera tiene reconocido su carácter como fuente del derecho en general, salvo los casos en que la ley se lo confiera.

Como en materia penal no puede aplicarse pena alguna sin establecerla la ley, es requisito sine qua non la existencia de un precepto penal que describa el delito y señale su sanción, por lo que debemos concluir que sólo es fuente del derecho penal directa, inmediata y principal la ley.

El principio de que la ley es la única fuente del derecho penal, no debe entenderse en el sentido de identificarla con el Código Penal, pues sin duda está es la

más importante pero no la única, ya que existen diversas disposiciones penales, en otras leyes llamadas especiales.

III.) QUE ES LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL.

Para poder comprender este punto primeramente debemos entender el concepto y definición de ciencia, la palabra Ciencia deriva del latín *Scientia*, de *Sciens* que significa instruido.

Casi todos los autores coinciden en señalar que la ciencia es " conocimiento cierto de las cosas por sus principios y causas, cuerpo de doctrinas metódicamente formado y ordenado, que constituye un ramo particular del humano saber.

Ciencia: "conocimiento exacto y razonado de ciertas cosas". (38)

José Ferrater Mora, nos dice en su diccionario de filosofía que la ciencia del sustantivo "*scientia*" procede del verbo latino "*Scire*" que significa " el saber", etimológicamente, ciencia equivale a saber, sin embargo el mismo autor nos dice más adelante que no es recomendable atenerse a esta equivalencia , ya que existen saberes que no pertenecen a la ciencia, por ejemplo el saber que a veces se califica de común ordinario y vulgar. Se sabe en efecto, muchas cosas que nadie osaría presentar como si fueren enunciados científicos, a menos que tomemos el término de ciencia en un sentido muy amplio, no podemos hacer sinónimo de saber.

De lo anteriormente expuesto se desprende la necesidad de determinar que tipo de conocimiento es el saber científico.

Desde la más remota antigüedad, los griegos se habían preocupado ya, por distinguir el simple saber, del saber como conocimiento científico.

.Platón determina el saber como un definir, sosteniendo el criterio de que no sólo consiste en distinguir lo que es y lo que parece ser, sino que es averiguación de aquello en que consiste lo que es, es decir, su esencia.

Por otro lado, Aristóteles, manifiesta que "saber es un conocimiento", porque saber es para él en tal caso conocimiento, no sólo de la idea sino de la causa

(38) pequeño Larousse Ilustrado. Ciencias y técnicas Ed. Larous. México, 1975. pág 216- 226.

formal, es decir, conocimiento de la esencia no sólo como contenido de la definición, más como lo que esencialmente constituye la cosa. Define a la ciencia como "el conocimiento de las cosas por sus causas".

Sostiene que solamente conociendo las causas de las cosas podemos conocer la esencia de las mismas, el simple conocimiento de las cosas sin su causa, es un conocimiento trunco, con excepción claro de la primera causa, es decir, el principio básico Aristotélico, aquel que dice: Causa Cause Causa Causati est. (39)

a) NOCION GENERICA DE CIENCIA

En el sentido más amplio ciencia significa un sistema de conocimientos intelectuales verdaderos, evidentes, comprobados o demostrados sobre un objeto, sector o área de la realidad. Es decir se trata de un cuerpo o unidad de saberes intelectuales, de un conjunto de juicios encadenados o relacionados lógicamente sobre un objeto de conocimiento.

Ciencia: Sistema o conjunto de proposiciones evidentes, ciertas, necesarias, universales, sistemáticamente organizadas deducidas mediata o inmediatamente de los elementos esencialmente constitutivos del objeto. Y que dan razón intrínseca de sus propiedades y operaciones. (40)

Ciencia: Conjunto de conocimientos sistemáticamente ordenados, dentro de un cuerpo lógico de doctrina, acerca de hechos y fenómenos de diversa índole, de los principios y leyes que lo rigen y los métodos propios y específicos que, a partir de los hechos conocidos, permiten alcanzar nuevas verdades o interpretar aquellas de un modo más acertado. (41)

(39) Rodríguez Manzanares, Criminología. Ed. Porrúa. México 1973.

(40) La Ciencia. Enciclopedia Universal Ilustrada, Europeo- Americana. Ed. Espasa Calpe. Tomo XII 1972 pág 135.

pág 135.

(41) Dicionario Enciclopedico UTEHA Ed. Unión Tipografica Hispano Americana. 1953. Tomo III pág 115.

b) EL DERECHO Y LA CIENCIA.

Para poder determinar si el derecho existe dentro de la cultura como un contenido científico, en primer lugar conviene considerar los rasgos característicos de la ciencia y después examinar si los objetos jurídicos tienen o no estos rasgos. Las reglas del derecho son normas; pero los principios y los conocimientos no tienen estructura normativa. La noción de Ciencia en sentido estricto, es un conjunto de conocimientos conceptuales, fundados metódicamente según la índole de sus objetos sistematizados y cuyo contenido es de certeza constructiva.

De lo expuesto anteriormente, se desprende que como el operador racional "ciencia" ocurre en la expresión Ciencia del Derecho, esta expresión indica que 1) Existen ciertos hombres llamados jurisconsultos que se ocupan del estudio, análisis, investigación o descripción de algo, donde ese algo es denominado "Derecho"; y 2) que existe un conjunto de enunciados resultado de la labor de los juristas los cuales versan sobre algo que, de igual modo, es designado por la palabra derecho.

De acuerdo con lo anterior resulta que cuando primeramente podamos determinar la existencia de una cierta actividad por la cual los juristas estudian, investigan, analizan el derecho, en segundo lugar establezcamos la existencia de un conjunto de enunciados que versen sobre el derecho y, por último determinemos que ese conjunto de enunciados sean resultados de la actividad de los juristas mencionados; entonces hemos satisfecho las condiciones para el uso del operador "Ciencia" para la expresión Ciencia del Derecho.

Esto no quiere decir, claro está, que el derecho sea una ciencia, porque la ciencia no está en el objeto de estudio, sino en el modo como se estudia; el derecho es un instrumento para provocar en la realidad social ciertos resultados, claro que, sin duda

existe una ciencia del derecho, a saber, la ciencia que estudia ese instrumento práctico que es el derecho ⁽⁴²⁾

Ahora bien, la ciencia del derecho es el conocimiento del derecho con un fin teórico, considera las normas de las leyes en las que se compendia un ordenamiento jurídico, no para valorar actitudes humanas, sino sólo para revelar mejor y coordinar los conceptos que las presiden, a través del examen de ciertas notas comunes induciendo y generalizando, se llega a la formulación de las nociones directivas de un ordenamiento jurídico de un lugar y tiempo determinado. La ciencia del derecho pone en orden aquellas nociones, procediendo a su sistematización según un criterio que precisamente se llama científico. Se concreta en sus nociones como entidades existentes por sí, organizándolas en un orden puramente lógico y nada más.

Las ciencias del derecho estudian sistemas o formas normativas, no es formular nuevas normas, sino juicios acerca de proposiciones normativas, por ejemplo los principios generales del derecho son fundamentales para el sistema normativo y son también normativos; pero el estudio científico de estos principios no establece nuevos principios de derecho.

Conviene tener presente esta estructura, porque cuando se dice que la ciencia del derecho es normativa, se cree que dicta normas, más no es así; las ciencias del derecho son normativas, no porque se componen de normas, sino porque estudian sistemas de normas, es decir, son normativas no por su método o por su forma de construcción, sino por su objeto. Por su método la ciencia del derecho es tan teórica como cualquier otra ciencia.

Una vez determinada la científicidad de nuestra materia de estudio podemos definirla en forma sintética de la siguiente manera: La ciencia del derecho, es la ciencia cuyo objeto es el derecho. ⁽⁴³⁾

⁽⁴²⁾ Recasén Siches Luis. Introducción al Estudio del Derecho. porra, México, 1982. pág 211

c) OBJETO DE LA CIENCIA DEL DERECHO.

Ya establecimos que la Ciencia Jurídica, es la ciencia del derecho, la ciencia cuyo objeto es el derecho. Esto puede entenderse en un sentido más o menos amplio, desde el momento mismo que se admita la posibilidad de un conocimiento científico del derecho, se admite la existencia de una ciencia jurídica, la cual en sentido lato podría considerarse como la universalidad de la cultura jurídica.

La ciencia del derecho tiene un objeto puramente humano, esta humanización es el supuesto para que se produzca un hecho decisivo en la historia del pensamiento jurídico. Por ello establecemos el principio supremo de la ciencia del derecho; el objeto de estudio de la ciencia jurídica son las normas positivas, las cuales pueden caracterizarse como un mandato general del soberano dirigido a los súbditos en una determinada sociedad, constituyen el objeto propio de la ciencia del derecho.

Expresamente John Austin dice:

El objeto de la ciencia del derecho, es el derecho positivo; derecho simple y estrictamente así llamado, o derecho establecido por superiores políticos o inferiores políticos.

El objeto de esa ciencia en definitivo, son las leyes y las normas, y que estas aunque se consideren prescindiendo de su valor instrumental, de hecho son medios para la acción en cuanto que nacidas para la acción, para ello sirven.

Es decir, lo que interesa a los científicos del derecho, no son las normas en cuanto tales, sino el conocimiento del sentido jurídico que invisten ciertos comportamientos humanos cuando se le enfoca a la luz de los conceptos normativos.

(43) R. Oñalión, Enrique, Fernando García Olano. *Introducción al estudio del derecho*. Ed. Buenos Aires, 1960. pág 66-69.

d) CIENCIA DEL DERECHO PENAL.

Ya establecido en el punto anterior que la sociedad en su lucha contra la prevención del delito y para garantizar el orden social por medio del Estado, organiza jurídicamente la represión con fines adecuados, dando origen y nacimiento al derecho penal. Ahora bien, cuando este conjunto de normas penales son estudiadas por medio del pensamiento científico, este sistematiza la investigación de los fenómenos relacionados con el delincuente, el delito y la pena, surgiendo así, la ciencia del derecho penal o ciencias criminológicas.

Aunque por su naturaleza la Ciencia del derecho Penal es esencialmente normativo; y su objeto lo constituye de modo esencial, el estudio del derecho penal en forma ordenada, sistemática y racional, implicando que este es necesariamente positivo, independientemente de que sea o no reconocido y aceptado por todos aquellos a los cuales rige; su positividad proviene de que detrás de él esta el Estado y también, lo que llamaríamos su voluntad de imponerlo, de sujetar coactivamente bajo la ley, a toda la sociedad.

CONCEPTO.

Eugenio Cuello Calón dice "La ciencia del derecho penal es el conjunto sistemático de principios relativos al delito, a la pena y a las medidas de seguridad" (44) tratándose de una sistematización cuyo objeto lo constituyen las normas jurídicas que definen los actos que perturban el orden social y las medidas adecuadas para su prevención y represión.

José Rafael Mendoza, nos dice "La ciencia del derecho penal, es el conjunto sistemático de principios relativos al delito, al delincuente y a las sanciones".

(45)

(44) Cuello Calón Eugenio. derecho penal I. Ed. Barcelona, 1953. pág 12.

(45) Mendoza Jose Rafael. Curso de derecho penal venezolano. 2da ed. Caracas, 1955.

Liszt; define a la ciencia del derecho penal como la generalización ideal del delito y de las prescripciones particulares de la legislación y penetrando hasta sus últimos principios para formar un sistema cerrado.

Descubre de esta ciencia dos atributos; es práctica porque trabaja para satisfacer las necesidades de la administración de justicia y es sistemática, porque así garantiza el dominio sobre todas las particularidades. (46)

Por su parte, **Cavallo**, enseña que la ciencia del Derecho Penal estudia la realidad jurídico-penal y mira a la construcción, elaboración y organización de los conceptos deducidos de las normas penales para comprenderla, valorarla e iluminarla, a los fines de dirigir la actividad humana, indicando los hechos que no deben ser ejecutados porque constituyen delitos, y amenazando con penas a los autores de tales delitos. (47)

Así sostiene que el objeto de la ciencia penal, es el ordenamiento jurídico penal positivo o derecho penal positivo, sea en sentido de organización social de los órganos que crean el derecho, o bien en el sentido de conjunto de las normas mediante las cuales el estado tiende a su fin, es decir, tutelar la sociedad contra los atentados que se cometan mediante delitos.

De la exposición anterior, nos damos cuenta que con relación al concepto ciencia del derecho penal, no hay un criterio único existiendo autores que equiparan "la ciencia del derecho penal" al estudio del derecho penal, como ordenamiento jurídico o bien, que equiparan a la ciencia del derecho penal con la dogmática jurídico penal.

Al respecto cabe decir que, en tanto que el derecho penal posee un carácter histórico positivo y estudia estos objetos como entidades jurídicas, mientras que la

(46) Carrascá y Trujillo Raúl. Derecho penal mexicano. Porrúa, México, 1982. pág 24-25.

(47) Porte Petit Celestino. Importancia de la Dogmática jurídico-penal. Ed. Grafica Panamericana. México, 1954.

ciencia del derecho penal pregunta por las razones últimas de estos objetos, con lo que la ciencia del derecho penal es de naturaleza filosófica.

Así mismo, la ciencia jurídico penal es un conjunto sistemático de los principios y conclusiones jurídicas relativas al delito, a la pena, al delincuente y medidas de seguridad y, por medio del método científico, abarca al delito como fenómeno humano social y jurídico y a la pena como una consecuencia política y social del delito, aplicada según los fines que con ella se persiguen, en tanto que el ordenamiento jurídico-penal es un conjunto de normas jurídicas emanadas por un legislador y provistas por el mismo de una pena para quien las transgrede. Además, la Ciencia del Derecho Penal, tiene validez universal, siendo sus principios ideales inspirados de las disposiciones establecidas en los códigos, en cambio el ordenamiento jurídico penal tiene validez restringida a un espacio y tiempo determinados.

Por otra parte, la dogmática jurídico penal, es la disciplina cuyo objeto consiste en descubrir, construir y sistematizar los principios rectores del ordenamiento penal positivo.

Por lo tanto, la ciencia del derecho penal, es mas amplia integrándose por principios cuyo objeto es, el estudio de las normas positivas, que fijan la naturaleza del delito, las bases, la naturaleza y los alcances de la responsabilidad y de la peligrosidad, así como la adecuación y los límites de la sanción. ⁽⁴⁸⁾

SISTEMATICA Y METODO.

Dado el carácter y la naturaleza de la ciencia penal, el método que se sirve para comprender sus características, naturaleza y alcance de sus normas, no puede ser otro que el método jurídico, consistente en la aplicación ordenada de aquellos medios que, partiendo de las condiciones sociales y políticas en las cuales un ordenamiento se ha

⁽⁴⁸⁾ Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Porrúa. México, 1987. pág 24

formado y obra tomando en cuenta la finalidad a la cual se dirigen cada una de las normas jurídicas o el objeto de su tutela, nos permite llegar al conocimiento completo de su contenido.

La sistemática habrá de cumplir con la misión de ofrecernos un mundo ordenado de los conocimientos jurídicos penales, de todo punto necesario, tanto por lo que hace al descubrimiento del enlace y rigor lógico de los conceptos, como en cuanto a la utilidad que nos reporta su fácil manejo, una vez que están encuadrados en un sistema.

Siendo el derecho obra del hombre, puede acontecer que el legislador no únicamente se limite a dictar normas, sino proceda además a ordenarlas, a organizarlas, suministrando un método de ordenación para convertir en totalidad unitaria los materiales normativos que integran la regulación jurídica de cualquier Estado en un cierto momento. Esa obra de organización y sistematización que no es otra cosa que articularlos con un propósito científico, facilita la función del jurista dando la razón de validez formal de cada una de las normas. ⁽⁴⁹⁾

⁽⁴⁹⁾ Porte Petit Celestino. Importancia de la Dogmática Jurídico-Penal. Ed. grafica panamericana. México, 1954.

CAPITULO II.**TEORIA DEL DELITO**

1.) LOS DELITOS EN GENERAL

Entraremos a la exposición de este capítulo haciendo una breve referencia histórica de la expresión "delito". En el antiguo derecho Romano, el acto delictivo en general se designó con una palabra que no era exclusiva de un delito en particular, ya que comprendía tanto la esfera pública como la privada llamada "noxia" ⁽⁵⁰⁾ evolucionando hasta la forma "noxia" y que significa "daño". En las fuentes romanas se emplearon diversas expresiones, predominando "delicto" o "delictum", que significan desviarse, resbalar, abandonar o abandono de una ley; así mismo, encontramos el uso de la palabra "malefictum". Las voces "crimen y delictum" también fueron adoptadas en el derecho penal de la edad media y en la práctica forense, los códigos modernos, desde el francés de 1818, han empleado las expresiones "crimen y delito". En Italia desde el código napolitano de 1819, se utilizó la expresión "reato" para crímenes y delitos.

Puede decirse que fue hasta la Edad Media que predominó la valoración objetiva al delito, observándose sobre todo el resultado dañoso. Es con el Renacimiento y específicamente con la Revolución Francesa, cuando toma forma la valoración del delito, considerando fundamentalmente, sus elementos subjetivos, esto desde luego es un gran adelanto porque permite la graduación de la pena en una forma más adecuada, para una mayor eficiencia y mejor defensa de los principios superiores de la sociedad.

a) CONCEPTO DEL DELITO

"Delito": palabra que se deriva del supino "Delictum" del verbo "delinquere", a su vez compuesto de "linquere" (dejar) y el prefijo "de" (abandonar el buen camino); "linquere viam" o rectam viam") ⁽⁵¹⁾ Esta es la explicación de que Carrara dijera que " el delito es esencialmente una infracción, separación del camino, de

⁽⁵⁰⁾ Jiménez de Asúa Luis. Tratado de Derecho Penal Tomo III. Buenos Aires. 1965. pag 21

⁽⁵¹⁾ Villalobos Ignacio, derecho Penal mexicano. 1a Ed. México, 1960

la disciplina trazados por el derecho, transgresión de las disposiciones que regulan el orden social".

Siendo el delito una realidad social y humana debe adaptarse y de hecho se adapta ; a las distintas épocas y costumbres de los pueblos.

Así, lo que en algunas partes es un delito, en otras no tiene tal carácter, o bien han dejado de serlo, apareciendo nuevas formas del mismo, es pues, el cambio moral, sociológico, jurídico y político de cada tiempo y grupo social humano, el que determina la tipificación de la conducta humana como delictiva. Es por ello que la noción de delito debe buscarse en la ley misma, y según nos dice Cuello Calón, han sido nulos los intentos para dar un concepto del delito en general y con independencia de las épocas y lugares.

El delito, según nos dice Jiménez de Asúa, " no infringe la ley, sino antes al contrario hace posible su aplicación".

El delito debe verse desde el punto de vista formal y material. Nuestra legislación penal sigue el sistema de considerar al delito objetivamente y subjetivamente; objetivamente porque al decir que el delito " es un acto u omisión que sancionan las leyes penales" se mantiene el principio de que " la ignorancia de la ley a nadie aprovecha". La ley penal protege los bienes jurídicamente tutelados, enumerando los tipos de delitos, siendo para los efectos penales los únicos punibles; subjetivamente porque se refiere a la culpabilidad, ya que interviene la voluntad libre del autor, y lo objetivo como garantía y respeto a la persona humana..

Debemos buscar una definición jurídico penal del delito y con ella elaborar la dogmática. Indudablemente que no todos los autores han tenido presente, al definir jurídicamente al delito, la función de garantía individual y social que representa el asegurar las libertades de los Estados de Derecho, como presupuesto del derecho penal..

Hace siglos que el delito se considera como un acto humano, palabra o escrito, con dolo o culpa. prohibido por la ley vigente, sancionado con una pena, pero " tal cosa no es una definición sino un error inventado, consecuente ahora con otro error ya consagrado por los técnicos y que consiste en afirmar que la punibilidad es elemento del delito, pues el que un acto esté sancionado por la ley con una pena no conviene a todo lo definido; como se requiere una definición, puesto que hay delitos que gozan de una excusa absolutoria y no, por ello pierden su carácter delictuoso, no conviene sólo a lo definido, ya que abundan las infracciones administrativas, disciplinarias o que revisten el carácter de meras faltas, las cuales se hayan sancionadas por la ley con una pena sin ser delitos, y porque no señala elementos de lo definido (esenciales o descriptivos), puesto que el estar sancionado con una pena es un dato externo usual de nuestro tiempo para la represión y por el cual se podrá identificar al delito como más o menos aproximación, pero sin que sea inherente al mismo, ni por tanto útil definirlo" (52)

El maestro Jiménez de Asúa, nos dice que el delito se centra conforme a estos elementos " delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal (53) , las características del delito serán por lo tanto : actividad, adecuación típica, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad y penalidad, y en ciertos casos, condición objetiva de punibilidad.

El delito se define através del análisis de los diversos elementos esenciales o constitutivos, y eventuales o accidentales; los primeros integran la noción de delito, los accidentales son aquellos cuya presencia o ausencia no influyen sobre la existencia del

(52) Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano. 2da ed. México, 1960 pág 193.

(53) Jiménez de Asúa Luis. La Ley y el delito. Ed. Sudamericana. Buenos Aires, 1967.

delito o de un determinado delito, sino sobre su gravedad, y más en general sobre la entidad de la pena..⁽⁵⁴⁾

Nos dice el maestro **Fernando Castellanos Tena**, "para nosotros , los elementos esenciales del delito son : conducta, tipicidad, antijuricidad (o antijuridicidad) y culpabilidad, más esta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario. Desde el punto de vista cronológico, concurren a la vez todos estos factores, por eso suele afirmarse que no guardan entre sí prioridad temporal, pero si una indiscutible prelación lógica, ya que al realizarse el delito, se integra con todos sus elementos constitutivos". Más en un plano estrictamente lógico procede observar su amoldamiento al tipo penal; tipicidad, después constatar si dicha conducta típica está o no protegida por una justificante, y en caso negativo, llegar a la conclusión de que existe la antijuricidad; en seguida investigar la presencia de la capacidad intelectual y volitiva del agente; imputabilidad y finalmente, indagar si el autor de la conducta típica y antijurídica, que es imputable obró con culpabilidad. ⁽⁵⁵⁾

b) TEORIAS QUE ESTUDIAN EL DELITO

Corrientes contemporáneas. El siglo XX tiene grandes modificaciones en la ciencia Penal Alemana; se reconocen nuevamente los valores con **Windelband**, **Rickert** y **Max Ernesto Mayer (1921)**, sin embargo, se vuelve a la antigua fundamentación del derecho de castigar, se reconoce la antijuricidad (antijuridicidad) y tiene la misma tendencia en cuanto a la formación de conceptos jurídicos, **Mezger** y **Eberhard Schmidt**, expresan una comprensión más profunda de los límites que la misma naturaleza impone a la ley positiva; **Mezger** considera "que la Ciencia Jurídico Penal, tiene como objeto las normas legales del derecho positivo" ⁽⁵⁶⁾

⁽⁵⁴⁾ Antolisei Francisco. Estudio Analítico del delito. Trad. Ricardo Franco Fuzman. Anales de Jurisprudencia No. 144

⁽⁵⁵⁾ Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho penal. México, 1965. págs 168 y ss.

⁽⁵⁶⁾ Mezger, Edmundo. tratado de derecho Penal. Tomo I Trad. Jose Rodriguez Muñoz, pág 65.

Ernesto Von Belling. Para este autor, delito "es una acción típica, antijurídica, culpable, subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las condiciones objetivas de la punibilidad" ⁽⁵⁷⁾, critica las definiciones anteriormente conocidas por faltarles el elemento "tipicidad" y considera la enumeración de los demás elementos del delito (antijuricidad y culpabilidad), como una repetición que resulta innecesaria; la "pena" no es un elemento del delito, pero ha de estar previsto en la ley como una consecuencia de la acción que reúna los elementos esenciales enumerados, para que haya delito.

En 1930 Belling modifica su doctrina y es traducida al español, en Argentina, por **Sebastián Soler**; como doctrina del tipo en esa publicación cambia la definición del delito y nos dice: "acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable" ⁽⁵⁸⁾, siempre que no se dé una causa legal de justificación de la pena. Belling mismo reconoce que el delito no es un hecho típico antijurídico y culpable, sino que es "un hecho típicamente antijurídico y culpable"; para Belling, la característica esencial para distinguir las acciones punibles, por no conducir a una pena, es precisamente la "tipicidad", por ello, sólo las acciones punibles son típicas. El delito sólo existe cuando puede adecuarse a un tipo penal.

Doctrina de Max Ernest Mayer.- hace un estudio, pero únicamente hace referencia a las figuras de delito culposo, separándolas de las formas dolosas, y nos dice del delito: "acontecimiento típico, antijurídico e imputable"; el vocablo "culpabilidad" lo reemplaza por el de "imputabilidad", dándole la misma categoría del término "culpabilidad", y suprime las "condiciones objetivas de punibilidad y la necesidad de que el hecho esté sancionado con una pena adecuada" ⁽⁵⁹⁾; Mayer ve en la tipicidad un

⁽⁵⁷⁾ De P. Moreno, Antonio. Curso de derecho Penal Mexicano. Parte especial delitos en particular. México, 1944. pág 25.

⁽⁵⁸⁾ Mezger, Edmundo. Tratado de derecho penal, tomo I, Trad. José Rodríguez Muñoz. Madrid 1956 pag 156.

⁽⁵⁹⁾ Jiménez de Asúa Luis, Tratado de Derecho penal. Tomo III. Buenos Aires, 1965. pág 58.

indicio de la antijuricidad, niega que la tpicidad únicamente describa tipos penales, ya que estos tienen otros elementos, y considera que quien deba juzgar los hechos debe hacer una valoración sobre la figura contenida en la ley.

Posteriormente, considera que su definición del delito era formal y la modifica por un "definición real"; "delito es un acontecimiento imputable que corresponde a un tipo legal y que es materialmente contrario a una norma de cultura reconocida por el estado".

Doctrina de Edmundo Mezger.- Elaboró una definición de delito jurídico sustancial: "delito es la acción típicamente antijurídica y culpable"⁽⁶⁰⁾; en su teoría la tipicidad califica la antijuricidad, por esto trata la tipicidad como parte de la antijuricidad. La acción se estudia bajo un tipo jurídico penal; que no concorra ninguna causa de exclusión del injusto que sea imputable al agente; los elementos del delito deberán ser considerados y relacionados por el juez para la imposición de la pena. El tipo debe encontrarse descrito por la ley en sus diversos artículos; el tipo es fundamento real y de validez de la antijuricidad, sólo que la ley prohíbe puede ser delito. Mezger no considera la pena, al igual que Mayer, como elemento del delito. La obra cumbre de Mezger es su tratado de derecho penal en dos tomos: *Dogmática jurídico-penal*, en la que encontramos la teoría del delito, y éste, en sentido amplio, es la acción punible contenida como el conjunto de los presupuestos de la pena; la palabra "delito" significa, ante todo, en Derecho Civil, en Derecho Penal y en Derecho Público (Político) la acción prohibida que contradice al derecho. Teorías que ven en la pena una retribución, Manuel Kant (1724-1804).¹ "El deber de castigar un delito es un imperativo categórico; la pena es la expresión de la justicia al retribuir el mal inferido en el delito" ⁽⁶¹⁾

⁽⁶⁰⁾ Mezger Edmundo, *Tratado de Derecho penal*, Tomo I. Trad. de la 2da ed. Alemania 1963. pág 161.

⁽⁶¹⁾ Pavón Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. 2da. Ed. México, 1967. pág 46.

Federico Hégel (1770'1831). Sostuvo que el ordenamiento jurídico dictado por el Estado persigue un orden aparente alterado por el delito, por ello: "la infracción a la ley penal es negación del derecho, y como la pena tiende a restaurar la supuesta alteración de tal orden, causada por el delito, viene a constituir la negación de éste, o sea; la negación de la negación del derecho". (62)

Teorías según las cuales la pena tiene especial carácter intimidatorio.- Su fin: la prevención del delito. Según Grolmann "la pena pretende evitar que el delincuente cometa nuevos delitos".

Jeremías Bentham (1748-1832) jurisconsulto y filósofo Ingles, su teoría de "las penas y su responsabilidad", define al delito como una "mera contradicción a la ley".(63)

Teorías que consideran al delito como lesivo a la justicia.- **Juan Domingo Romagnos; (1761-1835)**, filósofo y jurisconsulto Italiano, define al delito como "el acto de una persona libre e inteligente, dañoso a los demás y a la justicia"; afirma que la legítima potestad de castigar tiene origen en la necesidad de usar de la pena para conservar el bienestar social: "la sociedad no solo debe reprimir el delito, sino prevenirlo".(64)

Juan Pablo Anselmo Feuerbach (1775-1833) criminalista Alemán.- Su doctrina es de intimidación a la colectividad y da nacimiento a la teoría de la "prevención general", apegado al principio de "la legalidad"; define el delito como: "una acción contraria al derecho de otro conminada por una ley penal".(65)

(62) *Ibidem* pág 47

(63) Jiménez de Asua Luis. Tratado de derecho penal, tomo III. Buenos Aires, 1965. pág 46.

(64) Pavón Vasconcelos Francisco. Manual de Derecho penal Mexicano, México, 1967. pág 45.

(65) *Ibid.* pág 43.

Carlos Roeder (1806'1897). jurisconsulto y filósofo Alemán, para quien la pena es un tratamiento correccional o tutelar, añade a la noción antijurídica del delito la característica subjetiva de "voluntariedad", en que encontramos lo "culpable" ⁽⁶⁶⁾

Teoría tetratómica.- El estudio analítico del delito de la tripartición tiene gran apoyo en la doctrina italiana, con autores como Delitata, Magglore, Petrocelli Santur, Frosall, Bettiol y Demarsico, Alimena, Bellavista, Mussotto y Grispigni. Magglore en su tratado escribió que la teoría tripartita "es lo mejor que la ciencia ha sabido dar hasta ahora y no está superada"; " la sistematización de las causas de justificación de la doctrina clásica tenía un carácter autónomo e independiente" ⁽⁶⁷⁾ ; la teoría de la tripartición fue enunciada inicialmente en términos genéricos por Von Liszt.

Para los efectos de este trabajo seguire las ideas que acerca del delito plasma en su libro el maestro Castellanos Tena, realizando un estudio jurídico sustancial de los elementos positivos y negativos del delito.

Antes de hacer este estudio diremos que la doctrina ha recurrido a dos concepciones o sistemas distintos para realizar el estudio jurídico del mismo, las cuales son: totalizadora o unitaria y analítica o atomizadora; para la primera, el delito no puede ser dividido ni para su estudio, diciendo sus sostenedores, que es un todo orgánico, un bloque monolítico imposible de escindirse en elementos, que pueden presentar aspectos diversos, pero no es modo alguno fraccionable. La segunda de las concepciones enunciadas considera necesario estudiar el delito mediante el conocimiento estricto de sus partes, sin perder de vista la íntima relación que existe entre los elementos que integran el ilícito penal, y sin negar, en modo alguno su unidad. Los elementos del delito los divide la doctrina en esenciales o constitutivos y accidentales. Porte Petit, piensa que son elementos esenciales y generales de todo delito: la conducta o el hecho la

(66) Jiménez de Asúa Luis, Tratado de Derecho penal. Tomo III. Buenos Aires, 1965. pág 35.

(67) Antolisei Francisco. Estudio Analítico del delito. Trad. Franco Guzmán. Anales de Jurisprudencia.

tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad; la imputabilidad es considerada como presupuesto de la culpabilidad, y la punibilidad consecuencia del delito; las condiciones objetivas de punibilidad son anexos del tipo. El mismo autor nos dice que "antes de comenzar el estudio de los elementos del delito y de sus aspectos negativos, se deben precisar ciertos conceptos, como son los presupuestos y circunstancias, existen dos corrientes sobre el tema de los presupuestos: Una que los niega y otra que los acepta y algunos autores admiten una clasificación de éstos en presupuestos del delito y presupuestos del hecho "en consecuencia, los presupuestos del delito son aquellos antecedentes jurídicos previos a la realización de la conducta o del hecho descritos por el tipo y de cuya existencia depende el título de delito respectivo" (68)

La desorganización para el estudio del delito se debe al mal empleo del método analítico, ya que se ha despedazado el delito en partes o fragmentos, y considera a estos como entidades "autónomas e independientes", creando dificultades y problemas que no tienen razón de ser; así se ha considerado al delito como una suma de elementos distintos, como el resultado de una suma. Esta concepción, considerada por Antolisei (69), como mecánica o atómica, es completamente equívoca porque el delito es un todo orgánico, es un bloque monolítico, el que puede presentar diversos aspectos, pero no es fraccionable; la verdadera esencia del delito no ésta en sus elementos, ni en su suma, sino en el todo, en su "intrínseca unidad".

Concepciones Totalizadora y Concepción Analítica del delito.- Concepción totalizadora o unitaria, ve en el delito un bloque monolítico, imposible de escindir en elementos; el delito es un todo orgánico y como tal debe ser estudiado para comprender su verdadera esencia; la concepción analítica o atomizadora, estudia el delito através de

(68) Porte Petit Candaup, celestino. Apuntamientos de la parte general del derecho penal. V. I Porrúa México, 1960 pág 135 y ss.

(69) Antolisei Francisco. estudio Analítico del delito. Trad. Franco Guzmán. Anales de Jurisprudencia pág 7.

sus elementos constitutivos y sus relaciones entre sí; no niega su unidad, pero fracciona sus elementos para su mejor análisis ⁽⁷⁰⁾ . el estudio analítico del delito es necesario; análisis significa descomposición; el concepto del delito debe ser descompuesto en sus rasgos característicos, en sus notas esenciales. Se denomina elementos del delito a sus notas esenciales.

Porte Petit precisa la existencia de prioridad temporal entre los elementos del delito, ya que estos concurren simultáneamente; aunque también niega la "prioridad lógica" pues para la existencia del delito se requiere la de sus elementos, y "aunque ellos guardan entre sí un orden Lógico no hay ninguna prioridad lógica"; lo correcto es hablar de "prelación lógica", habida cuenta de que nadie puede negar que, para que concurra un elemento del delito, debe antecederle el correspondiente, aún cuando sí es necesario para que el otro elemento exista. ⁽⁷¹⁾ . Así dentro del sistema analítico encontramos las concepciones bitómicas, tritómicas, tetratómica, pentatómica, hexatómica y heptatómica según sea el número de elementos que se consideren componentes del delito.

c) ASPECTO OBJETIVO Y SUBJETIVO.

Según el sistema de tripartición, siendo el delito un hecho humano antijurídico y culpable, el estudio del delito debería repartirse en tres investigaciones distintas: una dedicada al delito como ente de hecho, otra a la antijuridicidad, y la tercera a la culpabilidad; entre el hecho y la culpabilidad, se pondría como requisito autónomo la antijuridicidad objetiva que se indica con la expresión de " injusto"; dicha "tricotomía" surgió en Alemania, donde predomina actualmente y sólo en estos últimos tiempos ha sido criticada. Recientemente se han opuesto a ella autores como **Carnelutti** y **Battaglini**; el primero ha expuesto que el delito, como otros actos jurídicos, resulta de dos notas subjetivas: la capacidad y la legitimación, y de tres requisitos objetivos: la

⁽⁷⁰⁾ Pavón Vasconcelos Francisco. Manual de derecho Penal Mexicano, Porrúa, México, 1967. pág 141.

⁽⁷¹⁾ Ibid. pág 143.

causa ilícita, la voluntad culpable y la forma prohibida. Battaglini ha sostenido que en el derecho positivo italiano la punibilidad debe considerarse el elemento constitutivo del delito, llegando así a la tripartición : hecho (típico), culpabilidad y punibilidad. Estos autores han sido criticados, ya que a la innovación de Battaglini se le puede objetar fácilmente la "punibilidad", la que se constituye en característica general del delito; su tesis se funda también sobre la extinción del delito; también confunde "fenómenos Jurídicos" que son muy distintos, como son las causas de justificación que impiden que surja el delito, y las causas de extinción, que presuponen que un delito existe.

La innovación principal de Carnelitti, es la introducción del requisito de la causa en lugar de la antijuridicidad; la causa sería el interés que motive al autor del delito: " interés objetivo"⁽⁷²⁾

Hemos visto que, según los diversos penalistas, el delito esta integrado por determinado número de elementos, de esta suerte, adhiriéndonos a la definición que sustenta el maestro Castellanos Tena, aceptamos que el delito se integra por una conducta típica, antijurídica y culpable, es decir que partimos de la teoría tetratómica así, pues, nos dice que los elementos esenciales del delito son " Conducta, Tipicidad, Antijuridicidad y Culpabilidad, más esta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario"...al realizarse el delito se dan todos sus elementos.....procede inicialmente si hay conducta; luego verificar su amoldamiento al tipo legal: tipicidad; después constatar si dicha conducta típica esta o no protegida por una justificante y, en caso negativo, llegar a la conclusión de que existe la antijuridicidad; en seguida investigar la presencia de la capacidad intelectual y volitiva del agente: imputabilidad y, finalmente indagar si el autor de la conducta típica y antijurídica, que es imputable obró con culpabilidad"⁽⁷³⁾ Así pues, siguiendo el sistema analítico, admitimos el delito, como un

(72) Antolisei Francisco. estudio analítico del delito. Trad. Franco Guzmán pág 15 y ss

(73) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal. porría México, 1965. pág 168.

todo indisoluble aceptando la conveniencia de estudiarlo, dividiendo los diferentes elementos que presenta, postura que en nada perjudica su unidad y sí ayuda a captar y a conocer el concepto del mismo.

II.) .DE LOS DELITOS ESPECIALES.

Hasta antes del Código Penal de 1871, no existía una legislación penal mexicana agrupada o codificada y en esa época se hacía patente la necesidad de la codificación penal, lo que pondría fin a un caos legislativo existente; esto se resolvió con la publicación del Código Penal de 1871, el cual fue un adelanto positivo en las instituciones jurídicas mexicanas.

Después de la revisión al Código del 71, en el año de 1929, se promulga un segundo ordenamiento penal, conteniendo algunos cambios para las instituciones penales, dando lugar a que los juristas mexicanos tuvieran el anhelo de reformar las instituciones jurídico penales, nombrando una comisión que se encargara de formular una revisión a fondo del ordenamiento penal, dando nacimiento al Código Penal de 1931, vigente, mismo que en la actualidad parece ser insuficiente para contener con los impresionantes cambios de la sociedad, es por ello que han surgido infinidad de leyes llamadas especiales, que regulan delitos que no contempla el Código Penal.

Es cuestión sabida que los Códigos resultan insuficientes para regular la convivencia social y que esto se debe a que las leyes especiales han adquirido un lugar preponderante en el ámbito del derecho, por lo que existe una tendencia hacia la especialización de las leyes, cuestión que se manifiesta en casi todas las ramas del derecho, tanto a nivel nacional, como internacional.

Siguiendo este orden de ideas, y en cuanto a la materia penal, se ha dejado señalado, que existe una gran variedad de leyes especiales que regulan diversos delitos, que están fuera del contenido del Código Penal. Para comprender mejor este fenómeno, debemos analizar lo que el derecho penal califica como delito; y, conforme al Código Penal, delito es el acto u omisión sancionado por las leyes penales, de donde, la ley

penal es aquella cuyo objetivo fundamental de regulación es el delito y las instituciones conexas con el.

Ahora bien, también existen leyes administrativas cuyo objetivo fundamental de regulación no es el delito, por lo que no pueden calificarse de leyes penales, pues desde el título mismo de estas y la materia que regulan, no se refieren específicamente al derecho penal, pero en las que, por una tendencia que se ha venido agudizando desde la década de los años treinta, se ha incorporado siempre un capítulo al que denominan de " infracciones y sanciones" o de "delitos", siendo esto un hecho importante que debemos resaltar , tanto desde el punto de vista sociológico, como desde el punto de vista jurídico.

Dado que existe una legislación paralela al Código Penal, que prevé más delitos de los contenidos en el propio Código, en donde además se establecen a veces instituciones que rompen con la doctrina y las instituciones jurídicas penales diferentes a las que contempla el mismo, por lo que se considera pertinente analizar en este capítulo, cuales son las leyes especiales, y que son los delitos especiales , de la siguiente manera:

A la materia o leyes que estudian o definen delitos especiales, se les conocen con los nombres de *Ley Especial*, *Ley Penal Especial* o *Derecho Penal Especial* pero la doctrina a considerado más apropiado el de delitos especiales, ya que así puede comprenderse cualquier delito previsto en las diferentes leyes, en cambio la ley especial o ley penal especial, dan una concepción gramatical más abundante, comprendiendo estos términos, aquel ordenamiento jurídico con una jurisdicción propia y limitada y con sanciones determinadas en la propia ley.

En el sistema jurídico mexicano existe un enorme número de normas fuera de orden, en relación con el Código Penal, los cuales constituyen un complejo heterogéneo al que se suele denominar delitos especiales.

Dentro de ese universo de normas hay algunas que ofrecen ciertas variantes, particularidades, especialidades, modalidades o excepciones, si se les analiza a la luz de los principios del derecho penal, aunque algunas veces estas normas sólo duplican innecesariamente las disposiciones generales del código, o bien, establecen nuevos tipos que en la realidad, no contienen ninguna característica especial o excepcional e incluso, algunas no son sino meras repeticiones de los contemplados en el Código Penal.

A partir de la realidad legislativa, suele considerarse que el derecho penal está integrado por una serie de órbitas de especialidad jurídica, cuya necesidad nace de exigencias prácticas y teóricas que representan modalidades de los principios generales del derecho penal. Por consiguiente, se dice, que las diversas áreas que existen en este campo vienen a ser ramas especiales del derecho penal, es decir, que se está en presencia de singulares derechos sancionadores, con particularidades sui generis, áreas susceptibles de tratamiento singular.

Sin embargo, los delitos tipificados en los capítulos relativos de las distintas leyes administrativas constituyen lisa y llanamente delitos de naturaleza substancialmente idéntica a los incorporados en el código penal. El hecho, de que estos ilícitos y las sanciones inherentes a ellos se contengan en leyes administrativas no altera la validez de la afirmación anterior, pues no debe confundirse la naturaleza de las normas con la denominación de las leyes. Se trata de un área del derecho penal que aún no ha emigrado de la legislación administrativa al código penal, pero que no deja por ello de ser constitutivamente derecho penal.⁽⁷⁴⁾

a) CONCEPTO

los delitos especiales son aquellas disposiciones normativas penales que no forman parte del Código Penal y que tipifican un delito, o bien pueden ser aquellas disposiciones en las que el sujeto activo o el autor del delito se encuentra en un plano

(74) García Domínguez Miguel Ángel. Los Delitos Especiales Federales. Trillas, México, 1987. pág 31

diferente, en relación a cualquier otro sujeto del delito, es decir, se requiere una calidad específica, señalada por el legislador, siendo éste el único que puede cometer el mismo.

Al respecto el Código Penal para el Distrito Federal establece lo siguiente:

" Cuando se cometa un delito no previsto en este código, pero si en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del libro primero del presente código y, en su caso, las conducentes del libro segundo.

Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general". (75)

De lo anterior podemos manifestar que el legislador mexicano, tomo en cuenta el criterio de que existen delitos tipificados que no se encuentran tipificados en el código penal, sino en una ley de diferente materia, y que esto ocurre porque, el delito tiene relación a su origen por su nacimiento repentino derivado de la necesidad de regular una situación jurídica concreta que debido a una circunstancia en ese momento requiere reglamentación.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido lo que se debe entender por Delitos Especiales en las siguientes Jurisprudencias:

"No es exacto que la ley penal esta constituida exclusivamente por el código de la materia, sino que al lado del mismo se hallan muchas disposiciones dispersas en diversos ordenamientos y no por ello, estas normas pierden su carácter de penales, pues basta con que se establezcan delitos e impongan penas para que juntamente con el Código Penal del Distrito y Territorios Federales de 1931, que es la ley sustantiva penal federal integren en su totalidad la ley penal".

(75) Código Penal para el Distrito federal. Artículo 60. Porrúa. México, 1991.

"las leyes penales no se circunscriben al contenido del código de la materia, sino que hay muchas disposiciones de carácter específico, dispersas en la codificación general, que por su naturaleza o por la calidad de los infractores o por su objeto, no pueden ser incluidas en una ley general, sino en disposiciones especiales, debiendo agregarse que así lo reconoce el artículo sexto del Código Penal Federal, en el cual se expresa que cuando se cometa un delito no previsto en dicho Código, pero sí en una ley especial, se aplicara ésta, observando las disposiciones conducentes del mencionado Código Penal".

Esto es, que los hechos dañosos realizados por el hombre que son considerados como delitos, en términos generales, se encuentran contenidos en el código penal, sin embargo también existen muchas otras que se contemplan en diferentes ordenamientos no penales (tratados internacionales y leyes especiales), mismas a las que se les ha denominado como "delitos especiales". Estos, aceptados por el artículo sexto del propio código penal, se refiere a situaciones jurídicas abstractas determinadas, contenidas en leyes no privativas, ni prohibidas por el artículo 13 constitucional; es decir, son impersonales, generales y abstractas, mismas que podrían llegar a constituir un derecho penal especializado con ciertos atributos derivados de la naturaleza de las leyes administrativas, o bien de delitos que están matizados por circunstancias agravantes de responsabilidad o penalidad, en función de los intereses jurídicos que pretenden proteger dichas leyes al tipificar esos delitos. (76)

b) LOCALIZACION LEGISLATIVA.

Los delitos especiales podrían, en principio, estar localizados legislativamente de dos maneras distintas; esto es continuar ubicados en el capítulo particular de la ley especial o insertos en el Código Penal.

(76) Acosta Romero Miguel, Lopez Betancourt. Delitos Especiales. Porrúa. México, 1987, pag 11

Se justifica la existencia de delitos en las leyes administrativas, por una parte, porque ello permite una detallada regulación de las conductas constitutivas de delitos especiales y de sus presupuestos y, por otra parte, que la presencia de los delitos especiales en el código penal, pondría al descubierto peculiaridades que no resultan tan chocantes en una ley especial. ⁽⁷⁷⁾

c) EFICIENCIA DE LOS DELITOS ESPECIALES.

A pesar de la justificación legislativa para la existencia de los delitos especiales, existe un gran número de capítulos del derecho penal especial, que se aplican rara vez, algunos sólo en ocasiones o de plano que no se aplican en lo absoluto.

Quizá algunas de las causas de la falta de aplicación de una gran parte de las normas que tipifican delitos especiales lo sea, que no se han realizado nunca las conductas tipificadas, en cuyo caso, tal tipificación es innecesaria e inútil, o bien se han cometido esos delitos, pero la Secretaría de Estado respectiva carece de la capacidad administrativa para detectarlos o de la voluntad política para denunciar.

A pesar de lo anterior, los delitos especiales en México se han desarrollado, sin una planeación general, ni programas específicos, ni reglas uniformes de técnica legislativa.

Debido a que muchas Secretarías han aprovechado la facilidad concedida por el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, que establece: "Cada Secretaría de Estado o Departamento Administrativo formulará respecto de los asuntos de su competencia, los proyectos de leyes, reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes del Presidente de la República", es que existen delitos especiales en 46 leyes federales, demostrando con ello hasta que punto puede la regulación jurídica de una materia tener una extensión tan grande que resulta atentatoria contra la seguridad y la

⁽⁷⁷⁾ García Domínguez Miguel Ángel. delitos especiales federales. Trillas. México, 1987. pág. 31

justicia, por la dificultad del ciudadano de conocer y de comprender ese universo de normas, tan prolifera como irracional.

d) PRINCIPIOS APLICABLES.

En el plano legislativo la Constitución Política contiene los principios fundamentales de carácter penal, principio de legalidad, legitimidad, jurisdiccional, de bien jurídico, de acto, etc., orientadores del sistema penal y de la actividad de los órganos estatales en el ejercicio de su poder punitivo.

Estos principios no siempre son debidamente respetados en el capítulo de delitos de las leyes administrativas, aunque podemos considerar que existen cuatro principios de técnica operativa aplicable en materia de delitos especiales; sistematización, congruencia, de transparencia y de eficacia.

Según el principio de sistematización, los capítulos de las leyes administrativas reguladoras de delitos especiales no deben tener huecos, ni existir contradicciones, ni en su estructura ni en su composición, en relación con el código penal, que constituyan obstáculos a sus fines fundamentales y principios esenciales, tampoco debe haber duplicidad de normas.

Debe considerarse que el Código Penal y los delitos especiales constituyen una sola estructura sistemática, pero, además, que cada capítulo de delitos especiales es un subsistema cuya estructura debe ser paralela al sistema.

Por lo tanto, no deben repetirse en las leyes especiales las disposiciones existentes tanto en la parte general como en la especial del Código Penal, porque ello es innecesario e inútil. La repetición no se debe dar, incluso cuando la norma de la ley especial tuviera una mejor redacción que la del código penal; en todo caso deberían proponerse las reformas pertinentes a dicho código.

En relación con la parte general, las leyes especiales sólo deben contener normas que ofrezcan verdaderas variantes, especialidades o excepciones a las reglas generales del código penal.

Conforme al principio de congruencia, los capítulos de delitos especiales deben atender fundamentalmente a la consecución de las finalidades esenciales de derecho penal, es decir, alcanzar la institucionalización de los valores sociales y la protección de los bienes jurídicos individuales y colectivos, por medio de la prevención lograda esencialmente por la amenaza del castigo y mediante la represión constituida por la imposición retributiva de la pena.

Cada una de las figuras delictivas especiales deben ser pertinentes e idóneas para alcanzar esas finalidades, no debiendo utilizarse para llenar aquellos vacíos existentes en el instrumental administrativo que producen ineficacia.

De acuerdo con el principio de transparencia, las normas que establecen delitos especiales deben ser inteligibles, claras y precisas, para que se excluya toda duda tanto en los miembros de la colectividad como en los funcionarios administrativos y en los de procuración y administración de justicia, para que pueda derivarse de estos una amplia seguridad jurídica para los ciudadanos.

Debiendo contener las leyes especiales sólo delitos que no estén tipificados en el Código Penal.

De conformidad con el principio de eficacia, los delitos especiales deben ser invariablemente detectables por la administración pública y no pueden dejar de ser perseguibles por los órganos de procuración de justicia y sancionados por los tribunales.

De lo anteriormente señalado, podemos concluir que deberían ser suprimidos de las distintas leyes los delitos especiales que duplican innecesariamente los ya existentes en el Código Penal.

Si tomamos en consideración la modernización del derecho penal especial, este debe consistir inicialmente, en la eliminación de normas generales innecesarias, de delitos superfluos y de tipos incorrectos, para finalmente, incorporar todos los delitos al Código Penal.

Con referencia a los delitos electorales, materia de este trabajo, es desde la Constitución de Apatzingan, en donde aparece la primera norma de derecho penal electoral, aunque su antecedente inmediato y directo, y, realmente fuente de nuestro derecho electoral, lo es la constitución de Cádiz de 1812, mismas que aunque tratan con detalle, generosidad y holgura el tema electoral, no provienen infracciones penales.

A partir de entonces, las diversas constituciones que han regido al país, 1824, 1857 y 1917, así como diversas leyes en la materia, al menos media docena durante el siglo XIX, específicamente del orden comicial, al lado de innumerables documentos públicos de esa época. componen con la actividad legislativa del siglo XX, el Derecho Electoral Mexicano.

El periodo histórico mexicano, que corre, aproximadamente, de 1830 a 1855, compone el cuarto de siglo más complejo y confuso del devenir patrio, bajo el yugo y capricho de un hombre fuerte, perdiendo la mitad del territorio nacional y soportando la intervención de 1847, muy a pesar de todo hubo una gran actividad jurídica, especialmente en cuestiones electorales, ya no preocupándose el legislador tan sólo de la probidad de los funcionarios electorales, sino también y de modo muy señalado, la conducta de los electores y el fraude comicial. Siendo hasta entonces donde se prevén los gérmenes fundamentales del moderno derecho penal electoral.

Es a partir de febrero de 1857, fecha en que se expide la primera "Ley Orgánica Electoral", cuyo fundamento magnífico es la Constitución Política de la República del mismo año, en donde se establece en un capítulo intitulado "de las causas

de nulidad en las elecciones*, normas que tienen una clara connotación penal, que la misma ley les da.

Aunque sobreviene algunas reformas a la misma, en el año de 1871, se destaca el más completo catálogo de delitos electorales, sin embargo a pesar de ser el germen del Derecho Penal Electoral, este catálogo no es colocado en el primer Código Penal Mexicano, expedido en el mismo año.

Siendo este catálogo y las demás disposiciones contenidas en las subsecuentes leyes en materia comicial, fundamento y parte del derecho penal electoral, este es incorporado, por cierto al derecho penal especial, como su naturaleza lo exige y como la necesidad informativa de toda ley lo reclama.

Como vemos, el derecho penal electoral, nace en la época postrevolucionaria, como Ley Penal Especial, característica que conservo por casi 180 años, siendo ahora preferible por el legislador de 1990, llevar los nuevos tipos penales de naturaleza electoral, al cuerpo mismo del Código Penal Federal, como un título más del mismo y que reconoce al Código Federal de Instituciones y Procesos Electorales, como su legislación sustantiva originaria para regir los procesos electorales, como lo exige la época, llena de complejidades y demandante de un mínimo del mínimo ético, que la enmarque.

III.) DE LOS DELITOS ELECTORALES

a) MARCO CONCEPTUAL DE LA DEMOCRACIA.

En la antigüedad clásica griega encontramos la exaltación de la democracia en la vieja polémica que narra Herodoto en sus historias sobre cual debía ser la mejor forma de gobierno para el reino de Persia en el siglo VI AC, y después de la muerte de Cambises. Enfrentados Otames, Megavises y Darfo, defienden respetuosamente la democracia, la aristocracia y la monarquía, presentándonos el contenido de la forma de gobierno democrática en labios de Otames, cuando dijo " creo que de ahora en adelante no se debe confiar la administración del Estado en una sola persona, porque el ejemplo de los tiranos, lo mismo en Persia que en otros pueblos, demuestra que el pueblo debe gobernarse directamente"⁽⁷⁸⁾ . Al gobierno democrático se le llamaba antiguamente "Isonomía", que quiere decir igualdad de las leyes para todos e igual distribución de la justicia. En ella todas las deliberaciones se hacen en común y los magistrados elegidos eran responsables por su administración.

Más sin embargo, no todos los pensadores de la antigüedad aceptaban plenamente la democracia.

En nuestros días esta cuestión ha adquirido una enorme complejidad, ya no se pone en duda la conveniencia de aceptar, los ideales democráticos, ya que todos comulgan con ellos, ahora el problema es llegar a comprender el contenido que el término democracia implica, pues es allí donde las ideologías y las posturas políticas imprimen un carácter intensamente polémico al asunto, a tales razones obedece el que sea una tarea problemática esbozar el marco teórico en que la democracia debe conceptualizarse, pues implica la multiplicidad de aspectos que integran la vida del hombre y de su organización política, surgiendo, así el concepto de la democracia como

⁽⁷⁸⁾ De la Cueva Mario. Apuntes de Teoría general del estado. México, 1960. pág 442

idea, como forma de vida, como técnica gubernamental, como régimen público y como principio de legitimación del poder.

Como idea la democracia implica el auto gobierno del pueblo, concibe al hombre y a la sociedad dentro de un supuesto racional que lo hace convivir en un orden previamente establecido, cuya esencia radica en la libertad e igualdad; es también una forma de vida afianzada por la comprensión, cooperación y solidaridad de todos los hombres que pretenden realizar su destino dentro de esta forma política de ser; como técnica es la organización del poder para crear mecanismos institucionales a través de los cuales el pueblo asegura su participación y control sobre quienes ejercen el poder político, y finalmente la democracia, resulta ser en el mundo contemporáneo, un principio que legitima el poder dentro de cualquier tipo de gobierno.

De tal forma la mayoría de los tratadistas políticos que han tratado de dar una noción definitiva de democracia toman como punto de partida su significado etimológico el cual tiene su origen en "demokratía", compuesta de dos vocablos griegos; demos - pueblo y kratos- autoridad, que equivale al gobierno del pueblo, sin embargo, un análisis de este significado de "auto gobierno" es difícil de presentarse en la vida del Estado, ya que el gobierno es ejercitado por una minoría, por lo que el pueblo considerado siempre como un todo, no puede asumir el poder, pero si en cambio influir en su ejercicio.

Por lo tanto podríamos decir que la democracia, es la forma de gobierno en que la soberanía no sólo deriva, en principio del pueblo, sino que también es ejercitada realmente por el, a través de los órganos que para ello se crean. Es verdaderamente el predominio del pueblo en el gobierno político de un Estado.

Todas las democracias del mundo contemporáneo coinciden al contar con derechos políticos plenos, división de poderes, pluralismo y principalmente, competencia electoral.

b) LA DEMOCRACIA MEXICANA.

Al afirmar que es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República, Representativa, Democrática y Federal, nuestra Constitución determina las características del Estado Mexicano. La condición democrática de la República en México se vincula al origen popular del poder público, conforme al cual éste se atribuye a las personas elegidas por quienes van a estar sujetas a su autoridad. Para tal efecto la voluntad de la mayoría se asume como la expresión de la voluntad general.

Pero el carácter democrático de nuestra República no se restringe sólo a la forma de acceso del poder público mediante la elección, sino que incluye también el que en el ejercicio del poder gobernantes y gobernados supediten su comportamiento al mandato de las leyes. Esta es la idea esencia en el concepto "Estado de derecho", mismo, que presupone una serie de instituciones jurídicas que limitan y racionalizan el poder público para que se sujete al derecho, evitando así cualquier forma de arbitrariedad, teniendo aquí la concepción de la democracia como régimen político y estructura jurídica consagrada en nuestra Constitución.

Además nuestra Ley fundamental establece en el artículo 3o, que la democracia se considera " como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo" (79) , lo que entraña que no sólo es responsabilidad del Estado, sino de toda la comunidad nacional.

De esta forma, el sistema de gobierno mexicano presenta cinco características principales:

(79) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 91a ed. Porrúa. México. 1991. pág 7

1.- El jefe de Estado es el Presidente de la República electo por sufragio universal. Sus facultades formales y materiales predominan sobre las del resto de los poderes, legislativo y judicial. Por tanto, es la principal figura política, interna y externa del país.

2.- El pluripartidismo político existente refleja la supremacía de un partido central creado y controlado por el gobierno, A su alrededor, giran una serie de partidos subordinados o condicionados a las decisiones del grupo gubernamental.

3.- A pesar de la celebración de elecciones en un clima de pluralismo político y de una mayor libertad a los partidos secundarios como consecuencia de la transición, no es posible hablar de competencia por la presencia de ciertos candados legales e ilegales que continúan favoreciendo al partido central.

4.- Los derechos políticos de expresión y asociación están legalmente garantizados por la Constitución. Sin embargo, el ejercicio del primero se encuentra aún sujeto a ciertos candados ilegales de aplicación discrecional..

5.- Los elementos predominantes de legitimidad formal son de naturaleza legal-racional (supremacía de la ley, el pueblo y la democracia).

Sobre la supremacía de la ley y la Constitución, nuestra ley fundamental dice:

Art. 1.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece..⁽⁸⁰⁾

El pueblo y la democracia, son dos elementos adicionales de legitimidad formal establecidas en la Constitución:

Art. 39.- La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de este.⁽⁸¹⁾

⁽⁸⁰⁾ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 91a Ed. Porrúa. México, 1991. pág. 7

La democracia se encuentra estipulada de la siguiente forma:

Art. 40.- Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república, representativa, democrática, federal.....⁽⁸¹⁾

Puede concluirse que el la República Representativa de los mexicanos, el poder público es democrático en su origen , en su ejercicio y en sus fines.

c) EL DERECHO ELECTORAL Y LA DEMOCRACIA.

Es un hecho cierto que la democracia es considerada en la actualidad como un " principio de legitimación del poder", de ahí que cualquiera que sea el sistema político y económico de un país, los sistemas electorales, desde el punto de vista normativo hayan sido consagrados en los ordenes jurídicos fundamentales y reglamentados en leyes específicas que tienen la pretensión de regular el juego político por el que los hombres y las organizaciones participan para hacer posible su acceso legal al poder,

Cuando en el seno de las Naciones Unidas se formula en el año de 1948, la " Declaración de los Derechos Humanos" se consigno el principio de " que la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público", con lo que el sufragio adquirió dimensiones más amplias en la vida institucional de las naciones democráticas, manifestándose así una mayor preocupación por la normación de los procesos electorales en sus constituciones y leyes secundarias.

En consecuencia lo importante para la existencia de la democracia en un país, es que además de que exista y se perfeccione constantemente un buen derecho electoral, tanto el pueblo como sus gobernantes deben mantener la firme convicción de que sólo adecuando sus actos políticos al contenido de este derecho podrá convertirse en una realidad. Demostrando esto que cualquiera que sea el tipo de democracia que se

(81) Idem. pág 41

(82) Idem. pág 41.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

aspire a realizar, independientemente de sus ideologías, tendrá que apoyarse tarde o temprano en el sufragio para su legitimación. ⁽⁸³⁾

El derecho electoral de nuestros días es consecuencia de un dilatada evolución, que tiene su origen en el reconocimiento ciudadano y el derecho al voto que griegos y romanos ejercieran de manera incipiente. A partir de entonces, este derecho a debido imponerse através de las luchas sociales y políticas de la humanidad.

Es por supuesto, en nuestra Carta Magna, primera constitución social del siglo, que rechaza los esquemas tradicionales y afianza las aspiraciones democráticas de la Nación Mexicana, donde se instituye en nuestro país el sistema comicial directo, el sufragio efectivo, la no reelección del Presidente de la República y las bases de la legislación electoral que incorpora a las organizaciones intermedios, llamadas partidos políticos.

Siendo en conclusión el derecho electoral el conjunto de normas que regulan el procedimiento por medio del voto de la designación de los gobernantes, que conforme a la ley deban ser electos por el pueblo, y que determinan las condiciones de su participación através del campo electoral en las decisiones gubernativas, desprendiéndose de esta definición que el derecho electoral tiene un doble contenido: a) electivo, en cuanto recoge las reglas concernientes al régimen de elección de los gobernantes, y b) de participación y control, en cuanto hace intervenir al pueblo en las decisiones de los gobernantes y eventualmente en la supervisión de sus actos. ⁽⁸⁴⁾ La parte importante de esta disciplina la forman las normas positivas y vigentes que regulan la emisión del voto, creando los organismos electorales y estableciendo el procedimiento para integrar los órganos del Estado y elegir a los gobernantes.

⁽⁸³⁾ Berlin Valenzuela Francisco. derecho Electoral Instrumento normativo de la Democracia. Porrúa. México, 1980. pág 80

⁽⁸⁴⁾ Nuñez Nuñez Arturo. El nuevo Sistema Electoral Mexicano. Fondo de Cultura Económica. México 1991.

d) ETAPAS DEL PROCESO ELECTORAL.

PRIMERA ETAPA; FASE ANTERIOR A LA ELECCION.

Conjunta las figuras que constituyen la etapa de la oferta política de los sujetos pasivos hacia los activos. Dichas figuras jurídicas son cuatro: demarcación territorial, registro, financiamiento y campañas.

1) **Demarcación territorial.**- determina la extensión del ejercicio del voto del sujeto activo y de la representatividad de los sujetos pasivos. Desde el punto de vista del pasivo, la demarcación territorial condiciona al ámbito de competencia.

Las demarcaciones territoriales para efectos exclusivos de derecho electoral, se determinan con el único propósito de delimitar la extensión de los objetos y procesos que abarca la elección. Generalmente dichas demarcaciones son delimitadas por las autoridades electorales y cumplen con dos objetivos específicos: distribuir geográficamente los escaños disponibles del poder legislativo y desconcentrar los espacios físicos de la votación y el computo. El primer objetivo, se cumple através de las circunscripciones; el segundo, mediante las secciones.

La demarcación territorial es una operación de gran importancia por su papel condicionante en la conformación de los espacios formales del poder.

2) **El Registro.**- es una figura jurídica que formaliza los derechos de los sujetos activo y pasivo para participar en el proceso de elección, dotándole de seguridad jurídica. El registro, permite organizar y controlar el proceso electoral.

El registro se abre generalmente durante un período determinado de tiempo para ambos sujetos, en los sujetos activos su registro se materializa en el padrón electoral, en el caso de los sujetos pasivos, el registro permite organizar el mercado político formalizando el derecho de participación de los oferentes en la búsqueda de los espacios de poder a través del voto.

3) **Una Campaña Política.**- es el conjunto de actividades públicas, inmediatamente anteriores a la votación, llevada a cabo por los sujetos pasivos para buscar la obtención del voto a su favor. De esta manera, las campañas políticas persiguen dos fines en el derecho electoral contemporáneo:

En forma universal, dan a conocer a los electores los antecedentes, principios y programas por parte de los sujetos pasivos en caso de ser elegidos.

En forma particular, competir por los espacios formales de poder externando y difundiendo las características de su plan de trabajo.

Durante este período, el elector amplía al máximo su información para finalmente, manifestar su voluntad de la forma que más le convenga el día de la votación.

Tanto la propaganda como los actos de campaña están condicionado a los límites y alcances de la libertad de expresión en cada caso concreto.

4) **Financiamiento.**- Por financiamiento se entiende los medios que tienen las autoridades electorales y los sujetos pasivos participantes en la elección, para allegarse recursos.

El origen de los recursos puede provenir de fuentes privadas, que corresponden exclusivamente a los sujetos pasivos, sus límites y alcances son regulados por la ley, y fuentes privadas que provienen directamente del presupuesto gubernamental y se destinan a las autoridades electorales y a los sujetos pasivos.

SEGUNDA ETAPA DE LA ELECCION.

Esta segunda etapa llamada de la jornada electoral, comprende los actos, resoluciones, tareas y actividades de los organismos electorales, de los partidos y asociaciones políticas y de los ciudadanos en general, desde la instalación de las casillas, hasta la clausura.

1) **La Votación.**- es el período de tiempo durante el cual los sujetos activos manifiestan su voluntad de elección en favor de algún sujeto pasivo o de una decisión gubernamental, según sea el caso. Fuera de este período los votos no tienen validez.

La votación constituye el momento más importante del proceso electoral. Se iniciará después de la instalación formal de la casilla y de haber sido firmada el acta respectiva.

Cabe señalar que la votación está sujeta a ciertas formalidades que dotan de seguridad al proceso, entre ellas la elaboración de actas de inicio y cierre de votación.

ETAPA POSTERIOR A LA ELECCION.

1) **Computo y Escrutinio.**- el computo es el recuento de los votos obtenidos por cada sujeto pasivo, candidato o partido. Este es realizado en tiempo posterior a la votación para todos los casos de voto secreto. En este particular, el cómputo cumple generalmente con ciertas formalidades que le dotan de seguridad jurídica. Su realización va desde los ámbitos territoriales más pequeños, como la casilla misma hasta la división política nacional.

El escrutinio, aunque suele usarse como sinónimo de cómputo, es en realidad la aplicación concreta de las fórmulas de mayoría y representación proporcional para la asignación de curules conforme a los resultados obtenidos.

El escrutinio implica la revisión atenta de las boletas electorales para clasificarlas conforme a las reglas establecidas, a fin de hacer el cómputo o recuento de la votación.

Concluido el escrutinio y cómputo de cada una de las votaciones se levantará el acta final respectiva.

2) **Calificación y Contencioso Electoral Obtenidos.**- Esta etapa constituye el procedimiento de verificación de la validez y legalidad de la elección, de cada

candidato elector y de resolución de las controversias que surgieren en torno a las elecciones.

A través de esta se determina en última instancia la validez de las elecciones de los titulares de los órganos de la representación que tienen en ese mecanismo de designación su fundamento legítimo.

La calificación puede ser de dos tipos: autocalificación, en la cual los presuntos candidatos electos califican por sí mismos su propia elección, ya sea, interviniendo todos y cada uno de los candidatos, o bien, nombrando una comisión; y, heterocalificación, en la cual un órgano distinto a los candidatos electos califica la elección.

Debido a la búsqueda de imparcialidad en esta figura jurídica, creemos que el supuesto óptimo para la calificación electoral es la heterocalificación.

Con la calificación concluyen los actos electorales propiamente dichos, y se da inicio a la integración formal de los poderes, ejecutivo y legislativo de la unión, conforme a las disposiciones constitucionales.

e) DERECHO PENAL ELECTORAL.

En la búsqueda de una vida democrática, más auténtica México a lo largo de su historia y en especial durante el presente siglo, ha mostrado gran preocupación en materia jurídico electoral, siendo de 1901, a la fecha 12 cuerpos legales que han regido la vida electoral mexicana, cada vez con mayor apertura democrática, manteniendo una cabal tendencia a la mejoría y modernización. Forjándose la verdadera modernización del régimen jurídico-electoral en la Ley Federal Electoral de 1973

Es en la Constitución de Apatzingan de 1814, donde se crea el Derecho Penal Electoral al brindarnos la primera norma jurídico-penal al calificar como "delito

de lesa nación", que se castigará por la autoridad, "el atentado contra la soberanía del pueblo", concebido en su concreción magnífica del sufragio.

Esta primera disposición originó la costumbre de incorporar a los cuerpos legales en materia electoral, figuras delictivas que sancionaran conductas intolerables en los comicios, que buscan integrar el Estado, a partir de sus órganos de elección popular, durante todo el siglo XIX y en la época presente.

Son dos ordenamientos legales en materia electoral, la Ley de Organizaciones y Procesos Electorales de 1977, y el Código Federal Electoral de 1986, los únicos en la historia mexicana, que no incluyeron un catálogo de delitos electorales.

Por su parte el legislador de 1990, prefirió no incorporar ese catálogo en la legislación electoral misma, como ley penal especial, como había ocurrido a lo largo de la historia, sino que creó un nuevo título, el vigésimo cuarto del Código Penal, dedicado a esta materia.

Por lo que no es el Código Federal de Instituciones y Procesos Electorales, un ordenamiento jurídico electoral que se haya hecho acompañar de delitos electorales, sin embargo, responde a la mejor y más antigua tradición mexicana en esta materia y resuelve bien, satisfactoriamente la relación entre Derecho Electoral y Derecho Penal.

El COFIPE, tiene como fin organizar la vida democrática, a través del sufragio, por su parte el código penal, además de que ayuda en la organización electoral, tiene un carácter sancionador y preventivo, pretendiendo tutelar y regular el proceso electoral, y protegerlo, sancionando las conductas que obstaculizan la libertad de los electores o falsean el resultado comicial.

El moderno derecho electoral mexicano, busca como objetivo primordial, no sólo organizar mejor nuestra vida democrática, sino garantizar y ampliar los derechos esenciales del mexicano, en su vida política.

En este nuevo Derecho Penal Electoral, encontramos derechos humanos que garantizan el régimen punitivo, a fin de evitar que las naturales posiciones políticas de los procesos comiciales, puedan desbordar los límites constitucionales que los mexicanos nos hemos dado y reconocemos.

Significativamente, el Derecho Penal Electoral, cumple con su cometido integral de prevenir el delito; de definirlo y sancionarlo, a través de la amenaza de pena del Estado; de juzgarlo y de ejecutar las sanciones aplicables, dentro de lo que debe ser un sistema integral de justicia y seguridad pública.

Estas funciones a cargo del Estado, constituyen lo que conocemos como el **Ius puniendi**, que ampara el texto del artículo 17 constitucional, que prohíbe la autojusticia, que en cuestiones electorales a veces parece el camino de algunos protagonistas de la contienda electoral.

El **Ius puniendi** del Estado y el derecho de la sociedad a repudiar y a sancionar algunas conductas que la lesionan gravemente, se fundan en la posibilidad de que la amenaza de la pena, inhiba agresiones y faltas; de que la pena misma corrija el delincuente y expie el delito y de que finalmente, se pongan valladores eficaces a la impunidad, al abuso, la arbitrariedad o la burla a la sociedad.

1) DELITOS ELECTORALES.

En el punto anterior quedo establecido que algunos hechos dañosos realizados por el hombre, considerados como delitos, no se encuentran tipificados en el Código Penal, sino en leyes especiales, como venía ocurriendo con los hechos u omisiones definidos en materia electoral como delitos e infracciones, en las últimas cuatro décadas han ido en aumento, adquiriendo un lugar preponderante en el ámbito del derecho.

Así tenemos que es la Constitución de Apatzingan que se nos brinda la primera norma de derecho penal electoral, en su artículo 10, que nos dice "si el atentado contra la soberanía del pueblo se cometiere por algún individuo, corporación o ciudad, se castigará por la autoridad pública, como delito de lesa nación" (85)

Asimismo, encontramos en las "Reglas para las Elecciones de Diputados de Ayuntamientos del Distrito y Territorios de la República" (86), que en sus artículos 46 y 47, previenen gérmenes fundamentales del moderno derecho penal electoral, al decir, "el que diere o recibiere cohecho o soborno para que la elección recaiga en determinada persona, será penado de voz activa y pasiva por aquella vez, se le impondrá una multa desde 6 hasta 100 pesos, y no teniendo con que pagarla sufrirá prisión desde uno hasta tres meses y se publicará todo por medio de algún periódico de la ciudad federal".

El segundo de los preceptos mencionados dijo: "para la imposición de estas penas, bastará la declaración de hecho que haga la mayoría de los individuos presentes de la junta electoral, con tal que éstas no bajen de once".

De lo anterior se desprende que la primera preocupación en materia de elecciones fue la honestidad de los funcionarios electorales.

Otra figura penal-electoral se previó en la Ley sobre Elecciones de Diputados para el Congreso General, y de los individuos que compongan las juntas departamentales, expedida el 30 de noviembre de 1836, misma que en su artículo 48, nos refiere a "los individuos convencidos en la junta electoral de presentar boleta falsificada o que se haya dado a otro individuo, o de haberse empadronado, o presentarse a votar en otra manzana o sección que no sea la de su vecindad, o de haber alterado la regulación justa de los votos, serán arrestados inmediatamente y puestos a disposición del juez competente para que se les justifique como falsearios".

(85) Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana. 22 de octubre de 1814.

(86) 12 de julio de 1930.

Por su parte el artículo 50 del mismo, ordenó "el que diere o recibiere cohecho o soborno para que la elección recaiga en determinada persona, calificada que sea la verdad de la denuncia o acusación por la junta electoral, será privado de voz activa y pasiva por aquella vez. Constando en un acta los fundamentos de la resolución, dándose cuenta el juez de primera instancia para que, tomando conocimiento imponga.....".

Al legislador de 1836, ya no le preocupaba tan sólo la probidad de los funcionarios electorales, sino que también la conducta de los electores y el fraude comicial.

En la "Convocatoria para la elección de un Congreso Constituyente", expedida el 10 de diciembre de 1841, en su artículo 60 establecía: "las mismas juntas conocerán de las acusaciones que se hicieren contra algunos individuos, por haber usado la violencia, cohecho o soborno, para que la elección recaiga en determinadas personas, o de cualquier crimen, cuyo objeto sea quebrantar la presente ley. La pena que se imponía en este tipo de delitos era la privación del derecho de votar o ser votado".

Ya reunido el Congreso Constituyente, expide el 12 de febrero de 1867, una "Ley Orgánica Electoral", que tiene como fundamento magnífico a la Constitución Política de la República del 1 de febrero de 1857, en donde se estipula con toda precisión, "las causas de nulidad en las elecciones", estipulando como causa el error o fraude en la computación de los votos, o bien porque en el nombramiento haya intervenido violencia de la fuerza armada. Además de la connotación penal que la ley les dio, tenían el efecto de anular las elecciones.

Posteriormente, en el gobierno juarista, el 8 de mayo de 1871, se expide el "decreto que reforma la ley electoral del 12 de febrero de 1857", destacando en estas disposiciones, el más completo catálogo de delitos electorales que hasta entonces se

hubiere formulado, citando como ejemplo el artículo 2 el cual a lo largo de sus fracciones regula:

II. En la jornada electoral a los sospechosos del delito de falsedad serán castigados con la pena que a éste corresponda, por el juez de distrito respectivo, quien procede de oficio o a petición de parte. Si no aparece justificado la suplantación de votos o fraude, se impondrá pena pecuniaria de 10 a 50 pesos o prisión desde 8 a 30 días por el sólo hecho de la infracción.

III. Los electores que sin causa justificada dejaren de concurrir al desempeño de su cargo, quedarán suspensos de los derechos de ciudadano por un año y destitución de todo cargo o empleo público que estuvieren desempeñando. Y pena por dos años a los electores separatistas de un colegio electoral, y habiendo sido excitados no regresaran a él. El juez de distrito será el competente para aplicar las penas con los antecedentes que proporcione el colegio electoral.

IV. Son ilegales las reuniones con carácter de mesas, colegios electorales, en juntas previas y que no se sujeten a las reglas para su instalación, siendo nulos todos sus actos, los funcionarios que presten apoyo a estas reuniones se les suspenderá de sus derechos ciudadanos, privación de cargo o empleo público o inhabilidad para obtener otros, hasta por 10 años.

V. Los empadronadores, que no fijen las listas electorales, que no entreguen boletas con anticipación o que no expidan boletas a algún ciudadano, se les castigará por cada una de estas faltas con pena de 5 a 25 pesos o de 1 a 8 días de prisión por la autoridad política local.

VI. Establece la falsificación de credenciales, documentos electorales, estableciendo la pena para las mismas de privación de los derechos de ciudadanía y

desde 6 meses a dos años de confinamiento, y destitución de empleo o en cargo popular. Serán juzgados de oficio o a instancia de parte por el juez de distrito respectivo.

VII. Se dispone la pena de 6 meses a 1 año de prisión al que se robaré o sustrajere los documentos y expedientes de la elección.

Así mismo, prohibía el indulto o conmutación de las penas expresadas en esta ley electoral.

Por su parte, el artículo 7 establecía que la "infracción, tolerancia o disimulo en el cumplimiento de estas prevenciones ,son casos de responsabilidad de los funcionarios públicos". Así el artículo 9-, son delitos oficiales tolerar o disimular la violencia de la fuerza armada, el cohecho o soborno, el fraude a los abusos que sus subalternos cometieren contra la libertad electoral.

Este catalogo de delitos electorales constituye el germen del Derecho Penal Electoral, aunque no fue colocado en el primer Código Penal Mexicano expedido precisamente en ese mismo año.

La primera ley electoral del siglo XX, la expide el Presidente Díaz , el 18 de diciembre del 1901, siendo curioso que a pesar de los ricos antecedentes de la materia, desaparecen de la ley porfiriana los preceptos del Derecho Penal Electoral.

En la primera ley comicial de la revolución, expedida por Francisco I. Madero el 19 de diciembre de 1911, se pretende borrar la Dictadura porfirista, borrando los matices meramente formales a nuestro derecho electoral, estableciendo como causas de nulidad de las elecciones, la violencia sobre los colegios municipales, el cohecho, soborno o amenazas graves de una autoridad, el error o fraude en la computación de los votos, para la obtención de pluralidad en favor de la persona electa. Esta nulidad no afectaba a toda la elección, sino simplemente a los votos que estuvieren viciados.

Aunque si debemos mencionar que la novedad de esta Ley es en relación a la participación en las operaciones electorales de los partidos políticos, siempre y cuando cumplan con determinados requisitos establecidos en la propia ley, a pesar de que no los define jurídicamente, ni señala su naturaleza jurídica, da origen al multipartidismo, signo que distingue al México moderno.

Posteriormente, en la ley Electoral Carrancista expedida el 20 de septiembre de 1916, se introdujo una figura delictiva especial en su artículo 29 al establecer "ninguna persona de la mesa o de las que estén presentes durante la elección podrá hacer a los ciudadanos votantes indicaciones sobre el sentido en que deben votar, ni entrar en consideraciones de ningún genero sobre las consecuencias del acto". La infracción a ésta disposición será de un mes de reclusión y multa de doscientos a mil pesos.

En la "Ley para la elección de poderes federales del 2 de julio de 1918, destaca por su riqueza en materia de derecho penal electoral, ya que en efecto dedica no sólo diversos preceptos a sancionar conductas comiciales ilícitas, sino que contiene todo un capítulo, el décimo primero, dedicado a "Disposiciones penales", con un largo e interesante catálogo delictivo en la materia, compuesto de 124 artículos. Como vemos el Derecho Penal Electoral nace, en la época postrevolucionaria, como ley penal especial.

Ya en el México moderno la ley electoral de 1918, fue sustituida por la Ley Electoral Federal del 7 de enero de 1946, y esta a su vez, por la del 4 de diciembre de 1951, mismas que contemplaron en su capítulo XII y capítulo II de su título séptimo respectivamente, un largo y variado catálogo de delitos comiciales, aunque nuevamente como Ley penal especial.

Dejando atrás la denominación de ley electoral y con el objeto de connotar mejor su contenido, en 1977, se expide la Ley Federal de Organizaciones Políticas y

Procesos Electorales, donde el legislador mismo repudió expresamente la materia penal electoral, al argumentar "al introducirse las salvaguardas previstas en el contencioso electoral que crea fijados, además, los nuevos mecanismos de designación de los integrantes de los organismos electorales y depurado el procedimiento, se abatirán considerablemente las irregularidades que vician la expresión de la voluntad popular manifestada a través del voto. Por tal razón el capítulo que establece las sanciones se concibió bajo un espíritu que obliga a confiar más en la responsabilidad de los ciudadanos, partidos políticos, organismos electorales y autoridades públicas, y en la efectividad del nuevo sistema electoral, que en intenciones punitivas". (87)

Fueron tan sólo tres los procesos electorales, regidos por la LOPPE, el de 1979, 1982 y el de 1985, ya que la dinámica electoral de México, impulsó a sustituirla por una legislación nueva que se ajustara a las necesidades de representación, surgiendo así, el nuevo Código Federal Electoral de 1987, el cual tuvo como propósito fundamental, fortalecer el pluralismo político, ampliando, los espacios de participación de los partidos políticos nacionales.

Con este código surge un elemento de gran relevancia para garantizar a los ciudadanos y partidos el cabal cumplimiento de las normas electorales; el Tribunal de lo contencioso electoral, buscando además que los procesos electorales, no sólo fueran regidos por la política sino también por el derecho, surgiendo así, la nueva figura de la justicia electoral, que no fue conocida por el derecho penal electoral en la desaparecida LOPPE.

Como podemos constatar el derecho penal electoral, tuvo importantes destellos durante el siglo XIX, a pesar de que desaparece en la Ley Electoral de 1901, en la LOPPE y el Código de 1987, es en 1990, cuando surge vigoroso, aunque claro no en un código electoral, sino como un título más del Código Penal, reconociendo a la ley

(87) González de la Vega Rene. derecho penal Electoral. Porrúa. México, 1991 pag 107.

electoral propiamente al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales COFIPE, como su legislación sustantiva originaria, para regir los procesos electorales, como, lo exige la época.

Este título vigésimo cuarto, fue adicionado al Código Penal bajo el rubro de "delitos Electorales y en Materia de Registro Nacional de Ciudadanos", tanto en materia del fuero común como en materia del fuero federal.

Esta adición al código penal, en materia de delitos electorales, comprende 10 nuevos artículos, del 401 al 410, dedicados a definir las conductas ilícitas que la moderna política criminal ha dictado.

Aunque este nuevo título no nos proporciona una definición de delitos electorales de la lectura de sus articulados se puede desprender que: son las acciones y omisiones voluntarias sobre materia electoral penadas por la ley, en otras palabras; los delitos electorales son todas aquellas conductas tipificadas, antijurídicas, culpables y punibles que tienen como objeto alterar el bien jurídico tutelado del proceso electoral, en dos sentidos:

1.- Obstaculizando, modificando o impidiendo por medios físicos o morales el ejercicio de los derechos que tienen los sujetos dentro del proceso.

2.- Alterando el curso normal de las etapas de la elección.

En el primer caso, se distinguen los siguientes delitos, según su objeto específico.

- * Delitos que impiden o alteran el registro del elector.
- * Delitos que impiden o alteran el registro de los candidatos.
- * Delitos que impiden o alteran el ejercicio del voto.
- * Delitos que alteran el destino y la candidatura del financiamiento electoral
- * Delitos que impiden o alteran la celebración de algún acto de campaña.

• Delitos que alteran el resultado de la votación.

Por su parte el legislador de 1990, prefirió clasificar a los delitos, por cuanto a los posibles sujetos activos de la comisión ilícita y no, como en otros momentos, por la conducta o por el tiempo, en relación al proceso electoral, en que aquella se cometa.

Así encontramos que se contemplan figuras que son cometidas por los electores, el artículo 403 del Código Penal, previene en sendas fracciones diversas conductas delictivas, cuya comisión esta a cargo del electorado.

Estos delitos en cuanto a la conducta, previenen tres formas distintas, para que el elector viole la ley, exteriorizando con hechos su voluntad criminal:

1) Votando.

a) Sin cumplir los requisitos establecidos por la ley.

b) Más de una vez.

Votar, se refiere al acto mismo de "cruzar" o señalar a algún candidato en la boleta de elección correspondiente, no siendo indiferente que llegue o no a depositarla en la urna, pues este acto es el que completa o consuma el sufragio, esto es, la voluntad del elector se perfecciona al sumarse el voto a la voluntad popular; el acto previo individual y aún en *manos* del elector, no implica un acto acabado o perfecto del voto.

Si el elector fuere sorprendido antes de depositar su boleta, y no cumpliera con los requisitos y atributos mínimos para gozar del voto, o bien votara más de una vez en una misma elección, se estaría en presencia de una tentativa punible, pues el acto de votar fraudulentamente no se consumó por causas ajenas al autor.

2) La segunda forma de conducta es "hacer proselitismo"; esto es, el acto de quien hace adeptos (proselitos) a un partido o doctrina, sin mencionar los medios, los que pueden ser cualesquiera, siempre y cuando sean eficaces y tengan viabilidad, esto

es, discursos, volantes, convencimientos, muestra de defectos de otros partidos, siempre esto, en relación a la jornada electoral de que se trate y sus protagonistas.

3) La última forma de conducta, "obstaculizando o interfiriendo", es abierta a consideración judicial, quien habrá de interpretarla a la luz del caso concreto y con base a las normas de cultura.

Obstaculizar, quiere decir estorbar, en este caso, la votación o escrutinio de votos. Los medios podrán ser físicos o morales a modo de coacción o amenaza a los electores o a los integrantes de una casilla electoral, puede además, ser por acción directa del sujeto activo o indirecta, valiéndose de otras personas, en fin la ley admite todos los medios idóneos para obstaculizar una elección.

La interferencia, es una forma de obstaculización, al significar la acción de interponerse una persona o cosa a una relación o evento.

En cuanto a las calidades referidas al sujeto activo, éste es de naturaleza cualificada, en contraposición al común, ya que ha de tener el carácter de elector, con los requisitos que al efecto le impone la ley, ser mayor de 18 años, tener un modo honesto de vida, estar inscrito en el padrón electoral, contar con credencial de elector y no estar suspendido en sus derechos, al menos, en la conducta referida al número 1.

Respecto a la conducta 2) y 3), si podrán ser de sujeto común e indiferente, ya que no, se exige que el proselitismo o la obstaculización los realice un elector y basta que sea un sujeto imputable, el responsable.

Los delitos cometidos por los Ministros de Cultos señalados en el artículo 404 del Código Penal, es el corolario punitivo a la infracción del artículo 130 Constitucional.

La conducta en esta especie delictiva, es de naturaleza abierta finalista o teológica, pues no basta el mero "inducir al electorado", sino que es preciso que tal acción se lleve a cabo con cualquiera de tres finalidades u objetivos.:

- a) Que vote en favor de un candidato o partido político.
- b) Que vote en contra de un candidato o partido político.
- c) que se abstenga de votar.

Estos tres propósitos de la conducta inductora, integran el llamado "dolo típico" y no importa si se producen o no en la realidad, pues no figuran descritos como resultados materiales del tipo legal, siendo el nexo causal entre resultado y conducta de naturaleza formal, ya que basta la inducción en el sentido típico y que una o más personas " el electorado" escuchen o se impongan de ella, para que el primer elemento del delito se configure.

El sujeto activo previsto es de carácter cualificado, por exigir que sea un ministro de algún culto religioso.

por otra parte existen señalados en el Código Penal conductas ilícitas cometidas por los funcionarios electorales artículo 405 entendiéndose por tales a quienes en los términos de la legislación federal electoral, integren los órganos que cumplen funciones públicas electorales; el Instituto Federal Electoral y el Tribunal Federal Electoral.

Siendo los potencialmente protagónicos, con mayores posibilidades en materia penal, los que prestan el servicio público electoral en las casillas electorales, por la naturaleza de las conductas descritas en el artículo 405 que establece:

I. al que altere, sustituya, destruya o haga un uso indebido de documentos relativos al Registro Federal de Electores.

II. Al que se abstenga de cumplir, sin causa justificada, con sus funciones electorales.

III. Al que obstruya el desarrollo normal de la votación.

IV: Altere los resultados electorales, sustraiga o destruya boletas electorales.

V: Al que no entregue o impida la entrega oportuna de documentos oficiales, sin mediar causa justificada.

VI. En ejercicio de sus funciones ejerza presión sobre los electores y los induzca a votar por determinado candidato.

VII. Al que instale, abra o cierre una casilla fuera de los tiempos y formas establecidos.

VIII: Al que expulse de la casilla electoral sin causa justificada a representante de algún partido político.

En relación con las conductas ilícitas cometidas por los funcionarios partidistas, entendiéndose por tales a los dirigentes de los partidos políticos nacionales, sus candidatos y los ciudadanos a quienes en el curso de los procesos electorales federales los propios partidos otorgan representación para actuar en la jornada electoral, ante los órganos electorales. En los términos de la legislación federal electoral se encuentran previstos en el artículo 406 del propio código.

Los dirigentes de los partidos políticos nacionales, son los miembros de sus comités ejecutivos nacionales, estatales, distritales o seccionales, así como de agrupaciones, sectores, centrales o cualquier otra manifestación colectiva que les esté afiliada o con la que tengan alianza política.

Los candidatos de los partidos políticos nacionales, son tanto los relativos a cargos federales o del Distrito Federal, como locales, pues para efectos penales basta su

membresía y representatividad partidista, para que puedan incurrir en estos delitos, ya que su esencia no es la persona, sino la representación partidista.

Los representantes de los partidos políticos, serán los designados en los términos de COFIPE, a los distintos órganos electorales, desde el Consejo General del Instituto Federal Electoral, hasta los consejos locales y las casillas electorales, por los partidos políticos.

Así tenemos, que el ejercer presión sobre los electores; realizar propaganda electoral durante la jornada; la sustracción, destrucción, alteración o uso indebido de documentos oficiales electorales; el obstaculizar el desarrollo normal de la votación sin causa justificada; o ejercer violencia física o moral sobre los funcionarios electorales; el impedir con violencia la instalación o cierre de las casillas fuera de los tiempos previstos por la ley; así como el propalar dolosamente noticias falsas en torno al desarrollo de la jornada electoral o respecto a los resultados oficiales, son conductas ilícitas cometidas por los funcionarios partidistas, previstas y sancionadas en el artículo 406 de nuestro ordenamiento penal.

Es de novedosa inscripción el ilícito descrito en la fracción V del artículo en cuestión al sancionar la propagación dolosa de noticias falsas en torno al desarrollo de la jornada electoral o de los resultados oficiales. La ratio legis de esta figura radica en el riesgo o peligro a que se somete el proceso electoral en su credibilidad o transparencia, al ser perturbado por la falacia noticiosa de resultados electorales, emitida por quien no puede, dada su calidad de contendiente político, asumir el papel de vocero, ni menos falsearlo, de datos que corresponde computarizar, oficializar y difundir a los organismos electorales.

Para la configuración del delito, es menester que esta difusión falsa de noticias electorales, sea pública y eficaz, así mismo que su comisión sea en forma dolosa y que sea cometido por un funcionario partidista.

Las tres figuras delictivas, contenidas en el artículo 407, son o constituyen especies electorales, comisibles por cualquier servidor público, pero fundamentalmente, dadas las características típicas, por aquellos que gozan de cierto imperio o mando.

la fracción I contempla un ejercicio abusivo de funciones públicas, obligando a los subordinados a emitir el voto a favor de un partido o candidato, conducta que lesiona la libertad del sufragio de los subordinados y por supuesto daña la transparencia y credibilidad de la jornada comicial.

La fracción II, contempla un uso indebido de funciones condicionando la prestación de un servicio público a la emisión del sufragio en un determinado sentido, para que el delito se consume será necesario que para obtener el servicio público, el elector efectivamente o presuntamente emita su voto, en favor del candidato propuesto por el servidor. Si el voto no llega a emitirse, y sólo se obtiene la promesa de hacerlo, el delito se habrá cometido en grado de tentativa punible.

Por último la fracción III, de dicho artículo, trata de una especie de "peculado electoral", el cual tiene como base la distracción o aplicación dolosa de bienes o recursos públicos a un destino diverso al que tienen asignados en presupuestos y programas públicos; ese destino ilícito, esta vez se encuentra definido y consiste, claro, en el apoyo a un partido en su tarea política permanente, esto es, sólo durante su campaña electoral, desde su nominación hasta la elección.

También existen delitos que son cometidos por los candidatos electos; artículo 408 del ordenamiento penal, donde es considerada como conducta delictiva, el hecho de no presentarse a desempeñar su cargo (Diputado o Senador), en un plazo de

treinta días a partir de la fecha de instalación del congreso, produciendo un daño material, tanto al mandato popular, cuanto a la integración de la cámara que corresponda. Este tipo penal tan sólo contempla como sanción, la suspensión de derechos, en este caso, políticos, con base en el artículo 45, fracción II del mismo ordenamiento.

Este tipo delictivo, establece una precalificación de las "causas justificadas" de la omisión del actor a cargo de la cámara respectiva, si esta la hace válida se anularía la ilicitud de la conducta, en caso contrario tendrá el juez que decidir al respecto con base sólo en criterios jurídicos y no políticos..

Es decir, que todo tipo de obstrucciones y alteraciones al proceso electoral, ya sea por parte de autoridades como de ciudadanos, quedan tipificadas por la ley como delitos.

Las figuras legales que contemplan los delitos electorales, se aplicarán en toda la República, cuando la ilicitud penal comicial se dé en elecciones federales; sólo se aplicarán como delitos del fuero común en el Distrito Federal, cuando el hecho ilícito se diere en la elección de miembros de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal. .Esto es, el nuevo título vigésimo cuarto del Código Penal, dedicado a los delitos electorales tiene, al modo del ordenamiento punitivo todo, un carácter ambivalente, esto es, se aplica en toda la República para los delitos del orden federal, y en el Distrito Federal, para los delitos del fuero común.

En términos del artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, son delitos del orden federal los siguientes:

* Aquellos en que la Federación sea sujeto pasivo, es decir, cuando el ilícito electoral se cometa en comicios para Diputado Federal, Senador o Presidente.

- Los cometidos por funcionario o empleado federal en ejercicio de sus funciones.
- Los cometidos en contra de un funcionario o empleado federal.
- Los perpetrados con motivo del funcionamiento de un servicio público federal
- Los perpetrados en contra del funcionamiento de un servicio público federal o en menoscabo de los bienes afectados a la satisfacción de dicho servicio.
- Todos aquellos que ataquen, dificulten o imposibiliten el ejercicio de alguna atribución o facultad reservada a la federación.

Por supuesto, que el conocimiento de los delitos federales electorales, quedaría a cargo de la Procuraduría General de la República, a través del Ministerio Público Federal, el que tras integrar la averiguación previa correspondiente, y en caso de satisfacer los requisitos del artículo 16 Constitucional, al comprobarse el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad de los infractores, ejercitaría la acción penal ante juez de distrito competente, cuyas resoluciones pueden ser impugnadas, en vía ordinaria de Apelación, ante el Tribunal Unitario de Circuito, y por la vía de Amparo, ante el Tribunal Colegiado de Circuito.

En cuanto al fuero común, el procedimiento penal, se inicia ante la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, la que una vez integrada la averiguación previa, el ministerio público local, ejercitará la acción penal ante juez penal de primera instancia o de paz (si la pena así determina la competencia), que corresponda, siendo impugnables las resoluciones que recayeren en vía de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Este título de los delitos electorales, da a éstos la naturaleza procesal de los que se persiguen de oficio, o sea, que no exige requisito previo de procedibilidad alguno, como la querrela.

Las sanciones aplicables a los delincuentes electorales, pueden ser penas pecuniarias, que van desde diez a doscientos días-multa; o corporales, de tres meses a seis años de prisión, dependiendo del sujeto activo del delito, o bien, podrán ser aplicables ambas sanciones, conforme al criterio del juez competente. Otra sanción consiste en la suspensión de derecho políticos hasta por seis años, ésta sanción sólo es aplicable a los diputados o senadores electos que no se presenten a desempeñar su cargo.

Con la tipificación de esas conductas delictivas y la determinación de las sanciones correspondientes se busca garantizar el libre ejercicio del sufragio, el secreto del voto, el buen uso de la documentación oficial relativa, la autenticidad y legalidad de los procedimientos electorales así como la fide dignidad de los resultados de las elecciones.

En términos generales a través de la tipificación de delitos electorales y de su enjuiciamiento y condena, el ordenamiento jurídico trata de preservar el bien último electoral, que no es otro que la pureza en la emisión del sufragio y la máxima garantía en los procedimientos para la adjudicación de escaños a los vencedores en la contienda electoral.

CAPITULO TERCERO.
ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO PREVISTO
EN EL ARTICULO 405..

D) CONDUCTA, AUSENCIA DE CONDUCTA.

a) EL DELITO.

Se ha tratado de unificar el concepto del delito, situación que sería ideal, pero aún cuando se ha intentado, tal esfuerzo ha sido hasta hoy estéril debido a que tal connotación está estrechamente vinculada a la realidad de cada grupo social, realidad cambiante según el lugar y época.

Han existido innumerables conceptos que al respecto dan diversos autores, entre los que existe divergencia de opiniones.

Edmundo Mezger, define al delito, como una " acción típicamente antijurídica y culpable ".⁽⁸⁴⁾ .

Luis Jiménez de Asúa, concibe que el delito es " el acto típicamente antijurídico, culpable; sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal ".⁽⁸⁵⁾

Los conceptos elaborados por los tratadistas, no son iguales; algunos toman en cuenta determinados elementos que otros no consideran esenciales, por lo tanto debemos manifestar nuestra adhesión a la corriente tetraatómica del ilícito penal, la cual considera cuatro elementos esenciales; la conducta, elemento objetivo susceptible de apreciación sólo por los sentidos. Siendo cierto que si no existe comportamiento humano no puede hablarse de algún problema jurídico, pues únicamente tiene relevancia para el derecho penal el comportamiento humano, ahora bien, el simple comportamiento no es determinante para el derecho represivo, sino cuando se encuadra en la descripción legal de un delito; la tipicidad es la segunda característica fundamental para la existencia del ilícito, pero no es suficiente una conducta típica para que se integre el delito, se requiere que esa conducta sea contraria a los valores tutelados en el tipo respectivo. No

⁽⁸⁴⁾ Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1936. pág 163

⁽⁸⁵⁾ La Ley y el Delito Ed. Sudamericana, S:A: buenos Aires, 1967. pág 256

obstante en algunas ocasiones la ley faculta al hombre para que realice la conducta típica descrita, por lo cual puede decirse que una conducta típica es antijurídica, cuando no esta protegida por una causa de justificación, luego entonces la antijuricidad, es el tercer elemento esencial del delito, así pues; no basta una conducta típicamente antijurídica para ser delictuosa, ya que precisa ser realizada culpablemente, es decir, el aspecto final desde el punto de vista de la corriente tetratómica del delito, a la cual nos quedamos adheridos; esta tiene como presupuesto a la imputabilidad.

b) DE LA CONDUCTA EN GENERAL.

En el presente capítulo, nos proponemos hacer el análisis de la figura delictiva, contenida en el numeral 405, bajo la lente de la dogmática jurídico-penal, por lo tanto corresponde en primer lugar, el estudio del elemento objetivo del ilícito.

Como señalamos anteriormente, el delito es " ante todo una conducta humana"; sólo el hombre puede ser sujeto del delito activo del delito, porque sólo el tiene conciencia y voluntad ⁽⁹⁰⁾; al elemento objetivo del delito no se designa siempre de igual manera por los tratadistas, hay al respecto una gran variedad en la terminología, mientras algunos hablan de acto, otros de acción, de hecho, de acontecimiento, de conducta, etc.

Como "acto" nos dice Jiménez de Asúa "es una manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda".

En nuestra legislación penal no se distingue entre "acto" y " acción", por esto en el artículo 7o, se dice: "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales"; el concepto de "acto" sólo se refiere al aspecto subjetivo del agente y al derecho sólo le importan conductas exteriorizadas; debe entenderse la voluntad que se

⁽⁹⁰⁾ Jiménez de Asúa Luis, La Ley y el Delito. Principios de derecho penal. Buenos Aires, 1967. pág 210 y ss.

manifiesta a través de movimientos y que producen un cambio en el mundo externo; la "omisión" también es una acción negativa, por abstención del sujeto que no ejecuta un hecho positivo exigido por la ley.

Pavón Vasconcelos, nos dice el término "hecho" se identifica con el delito mismo, dándosele una connotación diversa; en sentido restringido, como 'elemento del delito'; el hecho considerado como 'delito' y el propio hecho como 'elemento objetivo' del delito.⁽¹⁾ El primer elemento objetivo del delito es el que se identifica con la conducta humana o con el hecho, comprendiéndose en este último término, tanto la conducta como el resultado en el orden naturalístico, condicionado a la referencia típica.

Porte Petit prefiere hablar de conducta o "hecho" afirmando: "pensamos que no es la conducta únicamente como muchos expresan, sino también el hecho, elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo, originándose los delitos de mera conducta y los de resultado material. Nadie puede negar que el delito lo constituye una conducta o un hecho humano. Y dentro de la prelación lógica ocupan el primer lugar, lo cual les da una relevancia especial dentro de la teoría del delito"; en síntesis, afirma, el acto en unas ocasiones constituye el todo (la acción) y a veces, parte de ese todo" ⁽²⁾

Distingue la conducta del hecho; este se compone de una conducta, un resultado y un nexa causal. La sola conducta agota el elemento objetivo del delito cuanto por sí misma llena el tipo, como sucede en los delitos de mera actividad, carentes de un resultado material. La conducta es un elemento del hecho cuando, según la descripción del tipo, precisa una mutación en el mundo exterior, es decir un resultado material.

⁽¹⁾ Pavón Vasconcelos Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. México, 1967. pág 155 y ss.

⁽²⁾ Porte Petit Celestino. Apuntes de la Parte General de Derecho Penal. México, 1960. pág 165 y ss

El maestro Castellanos Tena, nos dice no tener inconveniente en aceptar el empleo de ambos términos, "conducta" y "hecho", entendiéndose por éste lo ocurrido o acaecido, e indudablemente, el actuar humano (con o sin resultado material) por efectuarse en el escenario del mundo, es desde este punto de vista, un hecho. También los fenómenos naturales son "hechos", y agrega: más si convencionalmente se habla de hecho para designar la conducta, y el resultado, y su necesario nexa causal, y si se habla del vocablo "conducta" cuando el tipo sólo exige un acto o una omisión, existe únicamente el nexa causal en los ilícitos de resultado material, los de simple actividad (o inactividad) comportan sólo resultado jurídico". (93)

Aunque no corresponde a los fines de este trabajo analizar la controversia que se ha suscitado entre los autores con relación al primer elemento del delito, aceptamos el término de conducta, al decir de Jiménez Huerta que "penalísticamente aplicada, es una expresión de carácter genérico significativa de que toda figura típica contiene un comportamiento "humano". Y es que la expresión "conducta", no solamente por se un término más adecuado para recoger en su contenido conceptual las diversas formas en que el hombre se pone en relación con el mundo exterior, sino también por reflejar mejor el sentido y el fin que es forzoso captar en la acción o inercia del hombre". (94)

Fernando Castellanos, también utiliza el mismo vocablo: "dentro del concepto conducta pueden comprenderse la acción y la omisión; es decir, el hacer positivo y el negativo; el actuar y el abstenerse de obrar". (95)

Conducta llamada también "acto o acción lato sensu", "es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito".

(93) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. México, 1965. pág 192.

(94) Jiménez Huerta. derecho Penal Mexicano. Tomo I. Ed. Porrúa. México, 1972. pág 65.

(95) Ob. Cit. pág 147

Aceptamos el vocablo conducta siguiendo a **Jiménez Huerta y castellanos Tena** entre otros, porque el término conducta contiene tanto a la acción como a la omisión, la voluntad al exteriorizarse puede adoptar las formas de : acción , la que se integra mediante una actividad (ejecución) voluntaria (concepción y decisión); la omisión, que se conforma por una inactividad así como con la violación de un deber jurídico de obrar; y la comisión por omisión, integrada por una inactividad y la violación de un deber jurídico de obrar y otro de abstenerse.

La acción nos dice **Pavón Vasconcelos** " es la conducta positiva expresada mediante un hacer, una actividad, un movimiento corporal voluntario con violación de una norma prohibitiva".⁽⁹⁶⁾

"Todo acto humano es, esencialmente una manifestación de voluntad"; la actividad mental sin voluntad no puede considerarse como acto del hombre, por no provenir de él como unidad, por no poder atribuírsele al sujeto ni estar ordenado ni acordado por él ; "el acto que puede ser calificado de jurídico o antijurídico, no sólo debe ser realización, sino exteriorización de voluntad humana".⁽⁹⁷⁾

Cuando hablamos de acto, según lo define **Jiménez de Asúa**, dijimos que en éste comprende tanto el hacer como el omitir, y señala como elementos del acto: la manifestación de voluntad, "sólo el hombre es capaz de delito, porque sólo él realiza acciones voluntarias" ; resultado, " el resultado no es sólo el daño cometido por el delito; no consiste únicamente en el cambio material en el mundo exterior, sino también en mutaciones de orden moral"; y relación de causalidad, que existe "cuando no se puede suponer suprimido el acto de voluntad humana, sin que deje de producirse el resultado concreto (conditio sine qua non), o sea, que toda condición deber ser tenida como causa del resultado; este concepto sólo se refiere a los cambios sobrevenidos en el

⁽⁹⁶⁾ Pavón Vasconcelos Francisco. Manual de derecho Penal Mexicano. México, 1967. pág 171.

⁽⁹⁷⁾ Villalobos Ignacio. derecho Penal Mexicano. Parte General. México, 1960. pág 171.

espacio y en el tiempo y no al nexo lógico de los conceptos ni a la apreciación ético-social del acto". (98)

Según escribe Villalobos, en todo acto jurídico o en la mayoría de ellos pueden separarse tres elementos : voluntad, realización externa y resultado; la voluntad se refiere al " movimiento"; ésta debe de conectarse con el resultado o con la realización de un tipo legal. (99)

Porte Petit al hablarnos de "conducta", no incluye en ésta un resultado material, y al hablar de "hecho" abarca tanto a la conducta como al nexo causal y al resultado; y nos dice el propio autor: "generalmente se señalan como elementos de la acción una manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad; la manifestación de voluntad referida a la conducta y no al resultado. En efecto la conducta en derecho penal no puede entenderse sino como conducta culpable, por lo que se comprende en ésta querer la conducta y el resultado; de no ser así estaríamos aceptando un concepto de conducta, limitada a querer únicamente el comportamiento corporal". (100)

Para Mezger los elementos de la acción son : un querer del agente y una relación de causalidad entre el querer y el hacer.

Nos dice el maestro Castellanos Tena: "existen varios criterios con respecto a si la relación de causalidad y el resultado deben o no ser considerados dentro de la acción. La razón de esa diversidad radica exclusivamente, a nuestro juicio, en el uso de una terminología variada. Si al elemento objetivo se le denomina 'acción', evidentemente en ella se incluye tanto el resultado como el nexo causal, dada la amplitud

(98) Jiménez de Asúa Luis. La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal. Buenos Aires, 1967. pág. 214 y ss

(99) Villalobos Ignacio. derecho Penal Mexicano. Parte General. Mexico, 1960. pág 225.

(100) Porte Petit Celestino. Importancia de la Dogmática Jurídico Penal. pág 34

otorgada a dicho término, lo mismo cabe decir respecto a otros, tales como 'acto', 'conducta' y 'hecho' ".⁽¹⁰¹⁾

La omisión es una negación de actividad, pero ésta también debe ser voluntaria; no basta que no se ejecute aquello que se tiene obligación de hacer, sino que es necesario que no se ejecute voluntariamente y con vista a un fin determinado; la omisión se caracteriza, al igual que la acción, por un acto encaminado a un fin, o sea, una actividad voluntaria encaminada a un fin.

Por su parte, Antolisei considera que la omisión no es sólo la negación de una acción. En la comisión hay siempre una actividad positiva que contribuye el otro aspecto del comportamiento del hombre y no se trata de dos hechos distintos sino de un hecho único; el hecho es la acción positiva que se ha ejecutado en lugar de la acción omitida; este autor reconoce la "voluntad" como elemento de la acción. ⁽¹⁰²⁾

La omisión también es una acción negativa por abstención del agente, que no ejecuta un hecho positivo exigido por la ley. La omisión es "conducta negativa", es inactividad voluntaria con violación de una norma preceptiva".⁽¹⁰³⁾

Nos dice Villalobos: " los delitos de omisión son aquellos que consisten en no hacer algo que se debe hacer; violando por tanto, un mandato y constituyen un actuar humano, o caen bajo la denominación genérica de actos humanos, porque son también una forma de exteriorización de una voluntad". No basta el no hacer para que haya omisión, es necesario que " se deje de hacer lo que se debe hacer"; hay actos que violan una ley prohibitiva, pero en los que el resultado se obtiene a través de una omisión. ⁽¹⁰⁴⁾

Nosotros estamos de acuerdo con el maestro Castellanos Tena quien escribe; "la omisión, en cambio radica en un abstenerse de obrar, simplemente en una

(101) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de derecho Penal. México, 1965. pág 201.

(102) Antolisei Francisco. Estudio Analítico del Delito. trad. Dr. Franco Guzman, México, 1954. pág 35

(103) Pavón Vasconcelos Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, México, 1967. pág 171

(104) Villalobos Ignacio. derecho Penal Mexicano. Parte General, México, 1960. pág 245 y ss.

abstención; en dejar de hacer lo que se debe ejecutar. La omisión es una forma negativa de la acción" (105). En los delitos de acción se hace lo prohibido; en los de omisión se deja de hacer lo mandado expresamente; en los delitos de acción "se infringe una ley prohibitiva y en los de omisión una dispositiva". "Dentro de la omisión debe distinguirse la omisión simple u omisión propia, de la comisión por omisión u omisión impropia". En los delitos de omisión simple se imputa al autor una omisión por no hacer algo que le ordena una norma preceptiva; la omisión simple es "no hacer", es el incumplimiento de un deber, de una obligación que encuentra su fuente en la ley.

Señala como elementos de la omisión "una manifestación de voluntad, una inactividad del agente y una relación de causalidad entre la manifestación de voluntad y la abstención". "En la omisión simple la manifestación de voluntad se traduce en un no obrar, en la ejecución voluntaria de algo debido; precisa la existencia del deber de obrar y la posibilidad de hacerlo; en los delitos de simple omisión no emerge resultado material alguno, en ellos no es dable ocuparse de la relación causal (sólo comportan resultado jurídico)". (106)

En la comisión por omisión hay una doble violación de deberes de obrar y de abstenerse y se infringen dos normas: una preceptiva y otra prohibitiva; el delito puede ser cometido no sólo por medio de una actividad positiva, sino también mediante una omisión; los delitos de comisión por omisión son los actos de violación a una ley prohibitiva cuyo resultado se obtiene a través de una omisión.

Villalobos nos manifiesta: "hay actos que violan una ley prohibitiva, pero en los que el resultado se obtiene a través de una omisión; a estos se llaman delitos impropios de omisión o delitos de comisión por omisión"; en estos casos nos sigue diciendo el mismo autor "el deber jurídico puede existir sin ley expresa que directamente

(105) Opus cit. pág 198.

(106) Ob., cit. pág 199 y ss

lo haya creado, sino por contrato, o por hechos anteriores que hayan creado una situación ilegal o de peligro del que hay que sacar al perjudicado, si es posible"⁽¹⁰⁷⁾.

" En la comisión por omisión la manifestación de voluntad se traduce, al igual que en la omisión simple, en un no obrar, teniendo obligación de hacerlo, violándose una norma preceptiva y una prohibitiva, por cuanto manda abstenerse de producir el resultado típico y material, o sea, un resultado jurídico y otro material; únicamente en los delitos de comisión por omisión existe nexo de causa a efecto, porque producen un cambio en el mundo exterior (material) además del resultado jurídico.

c) AUSENCIA DE CONDUCTA.

En otro lugar asentamos que si no se presenta el primer elemento objetivo del delito, no habrá conducta, y por ende, no podrá configurarse el ilícito penal, por faltar el elemento soporte substancial del delito.

Siguiendo al maestro Castellanos Tena escribe: "que si la conducta esta ausente, no habrá delito a pesar de las apariencias; es pues, agrega, la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos, o mejor dicho, impeditivos de la formación de la conducta delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico; muchos llaman la conducta soporte naturalístico del ilícito penal". "Una de las causas impeditivas de la integración del delito por ausencia de conducta es la denominada 'vis absoluta', 'o fuerza física exterior irresistible' a que se refiere el artículo 15 del código penal para el Distrito Federal en su fracción I.se ha querido encontrar en esta eximente una causa de inimputabilidad; cuando el sujeto, se halla compelido por una fuerza de tales características, puede ser perfectamente imputable" si es persona capaz en el campo

(107) Ignacio Villalobos. derecho penal Mexicano. México, 1960. Pág 245 y ss

jurídico penal; "la verdadera naturaleza jurídica de esta excluyente debe buscarse en la falta de conducta".⁽¹⁰⁸⁾

De acuerdo con los criterios expuestos; anulan la conducta:

- a). La fuerza física exterior irresistible;
- b). La fuerza mayor;
- c). El sueño;
- d). El sonambulismo;
- e). El hipnotismo; y
- f). Los actos reflejos.

El código penal en el artículo 15 fracción I, estipula la 'vis absoluta' en la forma siguiente. "obrar el acusado impulsado por una fuerza física exterior irresistible". Como se advierte, dice Carrancá y Trujillo; la fuerza física ha de ser calificada; exterior e irresistible, con lo que el legislador ha querido que la resistencia del sujeto haya de quedar en tal modo superada por la fuerza física exterior que sea incapaz de autodeterminarse y de manifestarse con autonomía.⁽¹⁰⁹⁾

Al respecto Porte Petit escribe " el código mexicano innecesariamente se refiere a la vis absoluta o fuerza física exterior irresistible en dicha fracción, cometiendo el error técnico de considerarla como excluyente de responsabilidad cuando constituye un aspecto negativo del delito, hipótesis que queda sintetizada en la fórmula "nullum crimen sine actione".⁽¹¹⁰⁾

Declara que la "vis maior es una hipótesis de ausencia, debiéndose entender por la misma, cuando el sujeto realiza una actividad o una inactividad por una fuerza física irresistible, subhumana".⁽¹¹¹⁾

⁽¹⁰⁸⁾ Lineamientos Elementales de derecho Penal. pág 211 y 213.

⁽¹⁰⁹⁾ Derecho Penal Mexicano. Ed. Libros de México, México 1967. pág 289.

⁽¹¹⁰⁾ Porte Petit Celestino. Importancia de la Dogmática jurídica penal. pág 35.

⁽¹¹¹⁾ Opus cit. p. 416

Por lo tanto, expresa Jiménez de Asúa "la fuerza irresistible, por ejemplo, no es ausencia de tipicidad, sino falta de acción; puede decirse que toda conducta que no es voluntaria en el sentido de espontánea y motivada, supone ausencia de acto humano.

Para Pavón Vasconcelos, son verdaderos aspectos negativos de la conducta: el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo, pues en dichos fenómenos síquicos el sujeto realiza la actividad o inactividad sin voluntad, por hallarse en un estado en el cual su conciencia se encuentra suprimida y han desaparecido "las fuerzas inhibitorias".

Este autor define al sueño, como el estado fisiológico normal de descanso del cuerpo y de la mente consciente, puede originar movimientos involuntarios del sujeto con resultados dañosos".⁽¹¹²⁾

Considera al hipnotismo, como "una serie de manifestaciones del sistema nervioso producidas por una causa artificial". Y "tales manifestaciones pueden ir, desde un simple estado de somnolencia, hasta uno sonambúlico, pasando por fases en las cuales se acentúa, en sus características externas el grado de hipnotismo".⁽¹¹³⁾

Por su parte Mezger, afirma que los actos reflejos son, "los movimientos corporales en los que la excitación de los nervios motores no están bajo el influjo anímico, sino que es desatada inmediatamente por un estímulo fisiológico corporal, esto es, en los que un estímulo subcorticalmente y sin intervención de la conciencia, pasa de un centro sensorio a un centro motor y produce el movimiento".⁽¹¹⁴⁾

(112) *Ibidem* pág. 233.

(113) *Ibidem* pág. 235.

(114) *Tratado de Derecho Penal*. tomo I. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid 1936. pág. 196.

II.) TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.

a) EL TIPO.

Tipo y tipicidad se colocan como base de sustentación de la teoría general del delito y de la técnica jurídico-penal. Por lo que previo al estudio de este elemento del delito, conviene tener una noción del tipo, para después examinar la tipicidad en el delito en estudio.

En Alemania Belling, fue el primero que elaboró el concepto de tipo, entendiéndose como la descripción objetiva de la conducta punible hecha por el legislador en cada uno de los artículos de la parte especial del Código. Hacia la descripción deben orientarse las características que las determinan como objetivas y subjetivas de la conducta que se estima delictuosa. En la primera época (1906), se materializa, pues toma en cuenta aquellos elementos materiales que integran la esencia de cada delito, tal concepto sigue teniendo vigencia y puede resumirse así; el tipo penal delimita y describe en forma abstracta los elementos materiales y esenciales de cada delito. Para 1930, Belling espiritualiza el concepto del tipo, ya no es el hecho objetivo y abstracto por sus elementos materiales, sino la imagen rectora, el cuadro dominante, es decir, el tipo *regens* (tipo rector).

Jiménez de Asúa afirma que el tipo "es la abstracción concreta que se ha trazado el legislador, descartando los delitos innecesario para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito" (115).

Vasconcelos nos dice: "para nosotros el tipo legal, dándole connotación propia jurídica penal, es la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma a su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal" (116)

(115) Jiménez de Asúa Luis. La Ley y el delito. Ed. panamericana. S.a. Buenos Aires 1967. pág 254.

(116) Pavón Vasconcelos Francisco. manual de derecho penal Mexicano. Parte General. México 1967. pág 243.

Nosotros aceptamos la definición que de tipo nos da el maestro Castellanos Tena, quien nos dice: "el tipo es la creación legislativa, la descripción que el estado, hace de una conducta en los preceptos penales" (117)

Lo básico en el tipo es la acción; la acción ha de ser típica y típicamente antijurídica y culpable; la acción constituye el núcleo del tipo, el tipo es la síntesis de aquellas características que deben reunir toda acción para conducir a una sanción.

Antonio de P. Moreno escribe: "La ley fija los tipos de delitos, les da configuración propia, señala sus elementos constitutivos. Solamente es delito la acción u omisión que se conforme, que se adapte al tipo de conducta señalado en la ley, como condicionante de una pena". "el resto de las acciones humanas que no se conforman con el tipo de delito, tendrán sanción social (la nulidad, la indemnización de daños y perjuicios) pero no sanción penal; quiere decir que no serán delito" (118).

Elementos del Tipo.

El tipo legal se nos presenta, de ordinario, como una mera descripción de la conducta humana; en ocasiones el tipo describe además el efecto o resultado material de la elección u omisión, o bien contiene referencias a los sujetos, a los medios de comisión específicamente requeridos por la figura especial, modalidades de la propia acción que forma parte igualmente del tipo, o hace referencia a determinados estados de ánimo o tendencia del sujeto, al fin de la acción (119)

El tipo, nos dice Jiménez de Asúa, "sin dejar de ser meramente descriptivo, presenta casi siempre referencias y modalidades de la acción que pueden ser en cuanto al sujeto activo, al sujeto pasivo, al objeto, al tiempo, al lugar a la ocasión y al medio" (120)

(117) Opus cit. pág 165.

(118) De P. Moreno Antonio. Curso de Derecho Penal Mexicano. delitos en particular. México 1944. pág 25.

(119) Pavón Vasconcelos Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. 1967 pág 247.

(120) Opus cit. pág 237.

Pavón Vasconcelos estima que los aspectos del tipo penal en general son:

- Calidades referidas al sujeto activo,
- Calidades referidas al sujeto pasivo,
- Referencias temporales y espaciales,
- Referencias a los medios de comisión,
- Referencias al objeto material,
- Elementos normativos del injusto, y
- Elementos subjetivos del injusto. ⁽¹²¹⁾

El sujeto activo del delito, si éste es un acto humano o exteriorización de una voluntad, ha de ser siempre un hombre o un representante de la especie humana, cualesquiera que sea su sexo y sus condiciones particulares y accidentales ⁽¹²²⁾.

El sujeto activo para **Porte Petit** es " el que interviene en la realización del delito como autor, coautor o cómplice ⁽¹²³⁾

Sujeto pasivo, "por sujeto pasivo, ofendido, paciente o inmediato, se entiende dice **Carranca y Trujillo**, la persona que sufre directamente la acción; sobre la que recaen los actos materiales mediante los que se realiza el delito" ⁽¹²⁴⁾.

Objeto Jurídico.- Según **Pavón Vasconcelos**, es "el bien jurídicamente protegido a través de la ley penal mediante la amenaza de sanción" ⁽¹²⁵⁾.

Objeto Material.- Es el ente corpóreo sobre el cual recae la conducta típica.

Referencias Temporales y Espaciales.- la punibilidad de la conducta o hecho queda a veces condicionada a determinadas referencias de tiempo y lugar, de manera que

⁽¹²¹⁾ Ob. cit. pág 247-251

⁽¹²²⁾ Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Parte General. México 1960. pág 269.

⁽¹²³⁾ Ob. cit. pág 438.

⁽¹²⁴⁾ Ob. cit. pág 191.

⁽¹²⁵⁾ Ibidem. pág 148.

la ausencia en el hecho de tales elementos del tipo trae como consecuencia la inexistencia de la tipicidad. ⁽¹²⁶⁾

Elementos Objetivos.- por estos debemos entender "aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal ⁽¹²⁷⁾ . Son utilizados por el legislador para los descritos por éste como dignos de sanción, se refieren a cosas, personas o modos de obrar, captables por los sentidos. La ley a través de esos elementos da al juzgador los datos para establecer el tipo y la idea contenida de la acción que el legislador consideró típicamente antijurídica.

Jiménez Huerta los llama elementos normativos del injusto,- afirma que "son aquellos que por estar cargados de desvalor jurídico, resaltan específicamente la antijuricidad de la conducta. Siempre que el tipo contiene una especial alusión a la antijuricidad de la conducta que describe" ⁽¹²⁸⁾ .

Al referirse la ley a la conducta del sujeto activo la presenta en tres aspectos:

Cuando la ley recalca el elemento subjetivo del delito, cuando hace referencia a ciertos conocimientos del actor, cuando se requiere de determinada intención o propósito en la acción, **Jiménez de Asúa** los denomina "elementos típicos subjetivos de lo injusto" y se refiere a estados anímicos del autor en orden a lo injusto.

Castellanos Tena nos dice que los elementos subjetivos del tipo se refieren a "un estado anímico del sujeto" y los denomina "tipo anormal", ya que contiene conceptos y situaciones valoradas ⁽¹²⁹⁾ .

Clasificación del Tipo:

⁽¹²⁶⁾ Pavón Vasconcelos Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Porrúa México 1985. pág 249.

⁽¹²⁷⁾ Ibidem. pág 249

⁽¹²⁸⁾ Jiménez Huerta. derecho Penal Mexicano. Tomo I. Porrúa México. 1972. pág 47.

⁽¹²⁹⁾ Ob cit. pá'g 220.

Se han formulado numerosas clasificaciones en torno al tipo, por lo cual sólo haremos referencia a los que tienen mayor importancia.

Tipos normales y tipos anormales.- Los primeros son aquellos que están constituidos por una sola descripción objetiva, los segundos son aquellos que tienen elementos normativos o elementos subjetivos de lo injusto.

Tipos Básicos, especiales y complementados.- Se estiman básicos, apunta Jiménez Huerta, "aquellos que cualquier lesión al bien jurídico bastará por sí sola para integrar un delito".⁽¹³⁰⁾, los especiales son aquellos que requieren además del tipo básico, otros requisitos formando una nueva figura. Los complementarios son aquellos que requieren al tipo básico para su existencia; pueden ser privilegiados o agravados.

Tipos autónomos o independientes. Son aquellos que para su existencia, no dependen de otro tipo.

Tipos de daño y Tipos de peligro.- Los primeros son aquellos en que un interés ajeno se ve garantizado contra el sacrificio o disminución de un bien; los segundos son aquellos en que el bien jurídico sólo se pone en peligro.

b) LA TIPICIDAD.

Pavón Vasconcelos expresa: "Entendemos por tipicidad, dado el presupuesto del tipo, que define en forma general y abstracta un comportamiento humano, la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa". "el encuadramiento o la subsunción del hecho en la figura legal"; no debemos confundir el tipo con la "tipicidad", ya que el tipo es el antecedente necesario del delito, es su "presupuesto", y "la tipicidad" es uno de sus elementos constitutivos.⁽¹³¹⁾

Elegantemente Emilio Pardo Aspe asegura "el tipo está en el Código y el delito se da en la vida". Para después definir la tipicidad, "como el elemento del delito,

⁽¹³⁰⁾ *Ibidem.* pág 173.

⁽¹³¹⁾ Pavón Vasconcelos Franciaco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Porrúa. México, 1965. pág 261.

se da cuando el infractor arregla y conforma su conducta con escrupulosa exactitud a la hipótesis de la ley ⁽¹³²⁾ .

Para *Porte Petit*, la tipicidad es " la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula *Nullum crimen sine tipo*" ⁽¹³³⁾ .

La tipicidad es el resultado de un juicio que predica la conformidad de una conducta humana descrita en el precepto, respecto a la conducta descrita en la realidad. Es decir, la tipicidad como adecuación es característica esencial del delito; la tipicidad como elemento del delito o característica de la acción delictuosa, confirma al delito como una entidad orgánica, constituyendo un todo; la tipicidad pasa a convertirse en delito, al subsumirse en determinadas hipótesis consideradas como punitivas por el legislador.

La tipicidad sólo trasforma esos actos penales cuando se subsumen en el presupuesto legal, pero no siempre son ilícitos esos actos conforme a la tipicidad, y hay muchos ilícitos no tipificados; nunca resulta exclusivamente de la tipicidad lo ilícito; la tipicidad sólo es objetiva, prescinde de elementos subjetivos, es un concepto puro, sin significación independiente; sola carece de tiempo, espacio y existencia; se requiere para su existencia que esté en conexión con un acto ilícito culpable, y es así como se convierte en delito. La tipicidad tiene por objeto catalogar hechos antijurídicos dándoles categoría de delitos.

Al abordar el análisis de la tipicidad en el delito en estudio, es evidente verificar todos aquellos elementos típicos que se encuentran en el tipo penal, en consecuencia habrá tipicidad, cuando exista la perfecta adecuación del hecho real con el hecho abstracto descrito en la norma penal.

⁽¹³²⁾ Influencia de Eugenio Florian en México. Cuadernos Criminalia. México, 1941. pág. 58

⁽¹³³⁾ Importancia de la Dogmática Jurídico-penal. Ed. Grafica Panamericana S: de R:L: México, 1954. pág 37.

c) LA ATIPICIDAD.

A cada una de las características del delito corresponde un determinado aspecto negativo; el aspecto negativo de la tipicidad es la atipicidad: "no hay delito sin tipicidad", opina Porte Petit ⁽¹³⁴⁾, la atipicidad "existirá cuando no haya adecuación al tipo, es decir, cuando no se integre el elemento o elementos del tipo descrito por la norma, pudiéndose dar el caso de que cuando el tipo exija más de un elemento, puede haber adecuación a uno o más elementos del tipo pero no a todos los que el mismo requiere".

"la coincidencia entre los rasgos esenciales del hecho de la vida real y del tipo descrito por la ley, ha de ser rigurosamente exacta; la falta de alguno de los elementos contenidos en la figura rectora produce la atipicidad de la conducta, es decir; 'la ausencia de tipicidad' o 'causa de exclusión del tipo' ⁽¹³⁵⁾ .

En Vasconcelos leemos: " la ausencia de tipicidad o atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad , impositivo de la integración del delito"; hay atipicidad cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo y concluye con Jiménez de Asúa que dice: "atipicidad es ausencia de adecuación típica"⁽¹³⁶⁾

Según la opinión de Porte Petit, para señalar las atipicidades bastará colocarse en el aspecto negativo de cada uno de los elementos integrantes del tipo ⁽¹³⁷⁾

- 1.- Ausencia del presupuesto de la conducta o del hecho.
- 2.- Ausencia de la calidad del sujeto activo, requerida por el tipo.
- 3.- Ausencia de la calidad del sujeto pasivo, requerida por el tipo.

⁽¹³⁴⁾ Porte Petit Celestino. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. Porrúa. México, 1960. pág 473 y ss.

⁽¹³⁵⁾ Jiménez de Asúa Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. El Delito. Buenos Aires, 1965. pág 940.

⁽¹³⁶⁾ Pavón Vasconcelos Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Porrúa México 1967. pág. 261.

⁽¹³⁷⁾ Opus cit. pág 478.

- 4.- Ausencia del objeto jurídico.
- 5.- Ausencia del objeto material.
- 6.- Ausencia de las modalidades de la conducta.
 - a) de las referencias temporales.
 - b) de las referencias espaciales.
 - c) de referencias de otra índole, exigida por el tipo.
 - d) de los medios empleados.
- 7.- Ausencia del elemento normativo, y
- 8.- ausencia del elemento subjetivo del injusto.

También podemos encontrar en algunos casos la ausencia de tipo, esta "supone la falta de previsión en la ley de una conducta o hecho"; presupone la imposibilidad de dirigir la persecución contra un autor de una conducta no descrita en la ley, aún siendo antijurídica, o sea, 'nullum crimen nulla poena sine lege' ".⁽¹³⁸⁾

"la ausencia del tipo nos dice Porte Petit constituye el aspecto negativo del tipo"; hay ausencia del tipo cuando una conducta o hecho no están descritos en la norma penal; el dogma 'nullum crimen sine tipo' constituye la más elevada garantía del derecho penal liberal, al no poderse sancionar una conducta o hecho, en tanto no están descritos por la norma penal".⁽¹³⁹⁾

La ausencia del tipo supone la falta de previsión en la ley, de una conducta o hecho.

El maestro Castellanos Tena nos dice que "la ausencia de tipo se presenta cuando el legislador, deliberadamente o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de delitos"; en el fondo,

⁽¹³⁸⁾ Jiménez de Asua Luis. La Ley y el Delito. Ed. Sudamericana, S.A. Buenos Aires 1967. pág 260 y ss.

⁽¹³⁹⁾ Ob. cit. pág 465..

"en toda atipicidad hay falta de tipo; si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él no existe tipo". (140)

(140) Castellanos Tena Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Porrúa, México, 1965. pág 225.

III.) LA ANTIJURICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.

a) LA ANTIJURICIDAD.

Los términos "antijurídico", "ilícito" e "injusto" han sido usados indistintamente, dándoles idéntica connotación; para autores como Jiménez de Asúa que cree junto con Mezger que tanto la voz "injusto" como "antijurídico" deben emplearse indiferentemente.

La antijuricidad ha sido considerada como el elemento autónomo del delito; su falta de fundamento es evidente, "sobre todo cuando se vea la imposibilidad de pronunciar el juicio sobre la ilicitud o licitud de una acción humana, prescindiendo de la substancia espiritual que la integra" ⁽¹⁴¹⁾; para este mismo autor un hecho no puede considerarse antijurídico si no se incluye el elemento subjetivo, y nos dice: "el juicio de antijuricidad comprende al delito en su totalidad; no puede pronunciarse si no se tienen presentes todas las notas que lo componen; la antijuricidad es la esencia misma del delito".

Según el papel que desempeña la antijuricidad en la teoría del delito, se señalan varias tesis: la que afirma que constituye un carácter del delito; la que sostiene que es un elemento del delito; la que constituye un aspecto del delito, y finalmente la que es el delito en sí.

Con relación a la clasificación de la antijuricidad, existen diversos puntos de vista: que la antijuricidad es formal o nominal; el que considera la antijuricidad material; el que estima tanto la formal como la material y, por último la concepción dualista, "subsistencia conjunta de la antijuricidad formal y material" ⁽¹⁴²⁾

⁽¹⁴¹⁾ Antolisei Francisco, El estudio analítico del delito. trad. Dr. Franco Guzmán. México, 1954. pag 52 y 55.

⁽¹⁴²⁾ Porte Petit Celestino. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. Porrúa. México, 1969. pág 481 y ss.

La antijuricidad es formal porque contradice a la ley positiva legislada por el Estado; el dogma "nullum crimen sine lege", es la base de ésta; para la existencia de la antijuricidad se exigen dos requisitos: "adecuación o conformidad a un tipo legal, y que la conducta no esté amparada por una causa de exclusión del injusto o causa de ilícitud"; sin embargo, nos dice Porte Petit "debemos tender a lograr un concepto de la antijuricidad en forma positiva y acabar por tanto, con el procedimiento de 'excepción-regla'".

Acerca de la antijuricidad material existen dos corrientes: la que trata de encontrar su esencia en la violación de obligaciones y ataque los derechos a los que se hallan ligados los miembros del pueblo y del estado, en el orden jurídico necesario para la constitución y mantenimiento de la sociedad; "el contenido material de la antijuricidad consiste en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, de los intereses jurídicamente protegidos, o en el sólo atentado contra el orden instituido por los preceptos legales"; la antijuricidad formal resulta de la violación al precepto positivo, y la antijuricidad material del quebrantamiento de las normas de valor que esa ley interpreta, contiene y protege; esta tesis sostenida por Villalobos ⁽¹⁴³⁾, señala que no es preciso pensar que cada especie de antijuricidad, formal o material, excluya a la otra; por el contrario, de ordinario van unidas ambas y son, de acuerdo con su naturaleza y su denominación, una la forma y la otra y la otra el contenido de una misma cosa; el otro aspecto es el que busca obtener la esencia de la antijuricidad material, fuera del área jurídica o extrajurídica.

La antijuricidad podemos contemplarla bajo otros dos puntos de vista: es de naturaleza objetiva, según sostienen autores como Mezger y Jiménez de Asúa; la antijuricidad es objetiva y existe, cuando una conducta o un hecho violan una norma penal simple y llanamente, sin requerirse el elemento subjetivo: la culpabilidad;

(143) Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Parte General. México, 1960. pág 249 y ss.

"nosotros defendemos el concepto objetivo de la antijuricidad como pieza indispensable en el derecho penal liberal" (144), para Mezger actúa antijurídicamente quien contradice las normas objetivas del derecho.

Encontramos autores que se adhieren al criterio objetivo de la antijuricidad; Porte Petit (145) nos dice "la antijuricidad es objetiva, para su existencia no es necesario el elemento subjetivo (la culpabilidad), en consecuencia la teoría de la antijuricidad objetiva es a nuestro juicio la única que tiene validez, pues la antijuricidad es independiente, autónoma de la culpabilidad, pero ésta no lo es para la existencia de la antijuricidad".

De ahí que la norma crea lo antijurídico, la ley lo que a de considerarse delito y el derecho penal, como institución, la pena o medida de seguridad que ha de imponerse; para sancionar una conducta se precisa de un juicio de valor o valoración, definiendo si hubo antijuricidad.

La antijuricidad, como contradicción al derecho es genérica, es decir; no aceptamos una antijuricidad propia y especial del derecho penal, cuando se habla del injusto, se puede decir que el injusto penal es igual al injusto civil o mercantil, no toda conducta es antijurídica, para que sea tal, es necesario que lesione el bien jurídico y el criterio axiológico de la sociedad.

Con gran razón Carrancá y Trujillo entienden; " que la antijuricidad es la oposición a las normas de cultura, reconocidas por el estado... cuando decimos oposición a las normas no nos referimos a la ley. Nos referimos a las normas de cultura, o sea aquellas órdenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponda a sus intereses. Cuando estas normas de cultura son reconocidas por el estado, la imposición a ellas constituye lo antijurídico. Como expresa

(144) Jiménez de Asúa Luis. La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal. Buenos Aires. Buenos Aires, 1967. pág 280

(145) Opus. cit. pág 486.

Mezger, las leyes, emanación positiva del derecho, sólo son posibles con arreglo a determinados presupuesto que constituyen el total complejo de la cultura. Las normas de cultura son, por lo tanto, los principios esenciales de la convivencia social, regulados por el derecho como expresión de la cultura" (146)

En este orden de ideas, podemos definir a la antijuricidad como un desvalor jurídico, una contradicción entre la conducta humana y las normas de derecho.

b) LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

La conducta es en determinados caso, a pesar de ajustarse al tipo, puede o no ser antijurídica y por ende tampoco delictuosa, cuando exista una contranorma que anula la prohibición o imposición. Así como hay acciones antijurídicas que no son punibles porque no corresponden a ningún tipo legal, también hay acciones con las características del tipo delictuoso a las cuales les falta la antijuricidad, por lo que tampoco son delitos; éstas constituyen las llamadas "Causas de justificación" o excluyentes por ausencia de antijuricidad; las causas de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuricidad.

"Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuricidad en una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta alguno de los elementos esenciales del delito: la antijuricidad" (147)

Jiménez de Asúa define las causas de justificación como : "las que excluyen la antijuricidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos y omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al derecho, que es el elemento

(146) Carrncá y Trujillo Raul. Derecho Penal Mexicano. Porrúa México, 1982. pág 213.

(147) Castellanos Teoa Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho penal. Porrúa. México, 1965. pág 235.

más importante del crimen. Las causas de justificación no son otra cosa que aquellos actos realizados conforme al derecho" (148)

"Las excluyentes de antijuricidad no pueden producir efectos sin una declaración o un reconocimiento legal que constituye la antijuricidad formal y que no puede ser eliminada sino por otra manifestación del mismo género legal". "la eliminación total (material y formal) de la antijuricidad requiere, pues, una declaración legal que no se exige respecto de ningún otro de los elementos del delito" (149)

Con fines exclusivamente didácticos, Jiménez de Asúa expresa que "en las causas de justificación no hay delito", "en las de inimputabilidad no hay delincuente", y "en las excusas absolutorias no hay pena" (150)

Para Carrascá y Trujillo, las causas de justificación son: a) la legítima defensa, b) el estado de necesidad, c) la ejecución de la ley (ejercicio de deberes y derechos), y d) el impedimento legítimo. (151)

Son en nuestro concepto causas de ilicitud del delito y por lo tanto integran las hipótesis negativas del positivo antijuricidad:

- a) la legítima defensa;
- b) el estado de necesidad;
- c) el cumplimiento de un deber;
- d) el ejercicio de un derecho; y
- e) el impedimento legítimo.

Legítima defensa. - Para Vela Treviño, la legítima defensa es "la conducta que se realiza en ejercicio del derecho que se tiene para preservar intereses propios o de

(148) Jiménez de Asúa Luis. La Ley y el Delito. Sudamericana. Buenos Aires 1967. pág 284.

(149) Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Parte General. México, 1960. pág 325.

(150) Ibidem. pág 342.

(151) Opus cit. pp323-363.

terceros que se encuentran jurídicamente protegidos y que son víctimas de un ataque ilegítimo" (152)

Según Jiménez de Asúa, consiste en la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios" (153) .

El artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales, en su fracción III, se refiere a la legítima defensa, y expresa: "obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente, a no ser que se pruebe que intervino alguna de las circunstancias siguientes:

- 1a. Que el agredido provocó la agresión dando causa inmediata y suficiente para ella.
- 2a. Que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales.
- 3a. Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa, y
- 4a. que el daño que iba a causar el agresor, era fácilmente reparable después por medios legales o notoriamente de poca importancia comparado con el que causó la defensa....."

Según Castellanos Tena, "la agresión ha de ser 'actual', es decir, de presente, de lo contrario no se integra la justificante; si la agresión ya se consumó, no existirá la defensa legítima, sino 'una venganza privada', que se previene en el artículo 17 de la Constitución Mexicana: 'ninguna persona podrá hacerse justicia por propia mano ni ejercer violencia para reclamar su derecho' 'Tampoco se integrará la

(152) Antijuricidad y Justificación. Ed. Porrúa. México, 1976. pág 317

(153) La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal. Sudamericana. Buenos Aires, 1967. pág 363.

justificante ante la posibilidad, más o menos fundada de acciones futuras'. La agresión debe ser 'violenta', o sea que implique fuerza, y 'sin derecho', o sea antijurídica". (154)

Las presunciones de legítima defensa son "Juris tantum", es decir, pueden admitir prueba en contrario; el sujeto cuya conducta encaja en ellas, "tiene a su favor la presunción legal de que actuó con derecho, y corresponderá destruir estas presunciones al Ministerio Público". (155)

Estado de Necesidad.- Vela Treviño considera que es: "el conflicto que se presenta en una situación de peligro entre intereses jurídicamente protegidos colocados en idénticos planos de ilícitud, y en virtud del cual surge la necesidad de sacrificar uno de esos intereses para preservar el otro" (156)

José Almaraz lo estima como: "una situación de peligro actual, grave e inminente, que fuerza a ejecutar una acción u omisión delictuosa para salvar un bien propio o uno ajeno" (157)

El artículo 15 de nuestro ordenamiento penal en su fracción IV, alude a la justificante al expresar: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad: la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio, practicable y menos perjudicial". Del texto legal se infiere: "a) que se hace extensiva la operancia de la excluyente cuando se salvan bienes jurídicos propios o de terceros, liquidándose así los problemas de interpretación originados en aquellas legislaciones que silencian la extensión del estado de necesidad respecto a las personas; y b) que el estado de necesidad opera como 'causa justificante y de inculpabilidad', pues no se limita su funcionamiento a los casos de conflicto entre bienes de distinto valor, pudiéndose

(154) Castellanos Tena Fernando. *Líneas elementales de derecho penal*. Porrúa. México, 1965. pág. 247.

(155) *Ibidem*. pág. 253.

(156) *Opus cit.* pág. 364.

(157) Almaraz, José. *El delincuente*. Ed. Manuel Porrúa S.A. México, s/f pág. 547.

sacrificar bienes de igual entidad. Ello supone, para construir la noción de la causa de justificación por el estado de necesidad, no perder de vista el criterio de la 'valoración de los bienes en conflicto' " (158) .

Son elementos del estado de necesidad: una situación de peligro, real grave e inminente; que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno); un ataque por parte de quien se encuentra en el estado necesario; y ausencia de otro medio practicable y menos perjudicial.

Diferencias con la legítima defensa: nosotros nos adherimos a la opinión del maestro Castellanos Tena, quien señala las siguientes: a) en la legítima defensa hay agresión, mientras en el estado de necesidad hay ausencia de ella (no debe confundirse el ataque de un bien con su agresión), y b) la legítima defensa crea una lucha, una situación de choque entre un interés ilegítimo (la agresión) y otro legítimo (la reacción, contraataque o defensa); en el estado de necesidad no existe tal lucha sino un conflicto entre intereses legítimos" (159)

Cabe aclarar que el estado de necesidad sólo se eleva a la categoría de causa de ilícitud cuando se sacrifica un interés menor a fin de lograr salvar el más importante.

Cumplimiento de un deber, Ejercicio de un derecho e impedimento legítimo.- El artículo 15 del Código Penal Vigente en su fracción V, señala como "circunstancias excluyentes de responsabilidad"; "obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho consignado en la ley". Vasconcelos nos ofrece dos casos: " agente de la autoridad al proceder a la detención cumplimentando la orden de aprehensión decretada por el juez, no priva ilegalmente de su libertad al acusado; El actuario al secuestrar la cosa cuyo aseguramiento ha sido decretado legalmente, para

(158) Pavón Vasconcelos Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. México, 1967. pág 307.

(159) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Porrúa. México, 1965. pág 265.

entregarla en depósito contra la voluntad del dueño, 'no realiza una conducta antijurídica'; y agrega "en ambos casos de trata de conductas lícitas, autorizadas legalmente y cuyo ejercicio se verifica en el cumplimiento de un deber" (160).

José Almaraz, escribe: "el que actúa en cumplimiento de un deber legal cumple con la ley y no tiene más límite que el fijado en las mismas normas legales o el que su sano juicio le aconseje, cuando las normas no lo determinan" (161)

La doctrina señala como justificantes: el impedimento legítimo, la obediencia debida (obligatoria) y el consentimiento de el interesado.

Impedimento legítimo, es el dejar de hacer lo mandado por impedirlo otra disposición jurídica de mayor jerarquía. Al impedimento legítimo lo encontramos regulado por la fracción VIII del artículo 15 del ordenamiento penal, de manera que no existirá delito "cuando se contravenga lo dispuesto por una ley penal, dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo". La "obediencia jerárquica ordinariamente constituye una causa de inculpabilidad". Desde el Derecho Romano, con limitaciones, se aceptó la exclusión de pena para ciertos hechos delictuosos "realizados con consentimiento del interesado, siempre que los mismos no influyeran en un derecho público" (162)

(160) Pavón Vasconcelos Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Porrúa. México, 1985.

(161) Almaraz José. El delincuente. Ed. Manuel Porrúa. México, s/f. pág. 354.

(162) Pavón Vasconcelos Francisco. Manual Derecho Penal Mexicano. Porrúa. México, 1985. pág 324 y ss.

IV.) LA CULPABILIDAD Y LA INCULPABILIDAD.

a) LA CULPABILIDAD.

Al estudiar la culpabilidad se hace indispensable adherirse a alguna de las principales corrientes sobre tal elemento del delito: la psicológica y la normativa. De acuerdo con los psicólogos, la culpabilidad radica en el proceso intelectual volitivo desarrollado en el autor de una conducta típica y antijurídica y antijurídica, dando como presupuesto la imputabilidad. Castellanos Tena dice una conducta es culpable, "cuando exista un nexo intelectual y emocional entre el sujeto y su acto" (163) Para Ignacio Villalobos, la culpabilidad consiste en la actitud psicológica del sujeto; es el desprecio del individuo por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio manifestado por franca oposición en el dolo, o indirectamente por indolencia o desatención nacidas del interés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos de la culpa. (164)

Favón Vasconcelos, infiere que para esta teoría "lo predominante es la relación subjetiva entre el autor y su hecho, lo cual implica afirmar un carácter fundamentalmente psicológico" (165)

Ahora bien, para los normativistas la culpabilidad es un juicio de reproche que se hace al sujeto por la conducta realizada, atendiendo a las motivaciones que lo llevaron a ello. Según Jiménez Asúa, "es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica" (166).

Para Mezger, la culpabilidad "es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta

(163) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal. Porrúa. México, 1965. pág. 232

(164) Villalobos Ignacio. Derecho penal Mexicano. Parte General. Porrúa. México, 1976. pág. 272.

(165) Manual de derecho penal mexicano. Porrúa. México, 1985. pág. 334.

(166) Ob cit. pág. 315.

antijurídica. La acción aparece, por ello, como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente". (167)

Consideramos certera la corriente normativa, pues en verdad la noción completa del delito se configura con el merecimiento de reproche por la ejecución del acto típicamente antijurídico; es decir, tal hecho debe ser reprochable, de lo contrario no se presenta culpable. Además en el aspecto negativo, esto es; tocante a la inculpabilidad, la corriente normativista vierte soluciones prácticas más fecundas.

Aspectos integrantes de la culpabilidad.

Los aspectos integrantes de la culpabilidad son: la imputabilidad, el dolo, la culpa y la exigibilidad.

La imputabilidad.- de cuya esencia hemos indicado su subjetividad, únicamente es dable en individuos capaces.

La imputabilidad indica Sergio García Ramírez es la "capacidad de entender y querer. Empero, es preciso calificar a la de entender como capacidad de conocer el deber o comprender el carácter ilícito de la conducta; y la de querer, como capacidad de inhibir los impulsos delictivos o aptitud de la persona para determinar de manera autónoma, resistiendo a los impulsos". (168)

Para Carrancá y Trujillo, es imputable quien posee, "al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas abstracta e indeterminadamente; por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto o idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana" (169).

Algunos tratadistas consideran a la imputabilidad como presupuesto general del delito; para otros se trata de un elemento autónomo del ilícito penal y, como tercera

(167) Tratado de Derecho Penal Tomo II, pp 9-11

(168) La imputabilidad en el Derecho Penal Federal Mexicano. UNAM. Mexicano, 1968. pág 13.

(169) Derecho Penal Mexicano. Porrúa, México, 1982. pág 227.

posición, se dice que es un presupuesto indispensable de la culpabilidad; este último criterio es el que consideramos acertado. Entendemos que para ser culpable se precisa la capacidad de entender y de querer, es decir, ser imputable. Sin esta capacidad no surge el delito por faltar el soporte indispensable del elemento subjetivo, esto es, la culpabilidad.

El dolo.- se le ha definido, como la voluntad consciente encaminada a la producción de un hecho tipificado que la ley lo sanciona como delito. "Actúa dolosamente -escribe Mezger- el que conoce las circunstancias de hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad al resultado" ⁽¹⁷⁰⁾ Jiménez de Azúa lo concibe como "la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica" ⁽¹⁷¹⁾ .

Existen diversas clasificaciones del dolo, cada tratadista expone su personal criterio al respecto, una entre otras clasificaciones considera que existe:

Dolo directo.- Franco Guzmán lo estima, "cuando el resultado alcanzado ha sido previsto por el agente" ⁽¹⁷²⁾ .

Dolo indirecto.- es aquel cuando el sujeto se propone un fin y sabe que se producirán otros resultados, que no los desea, pero acepta las consecuencias.

Dolo de daño.- Franco Guzmán lo define, "cuando se ocasiona una lesión al bien protegido por la norma" ⁽¹⁷³⁾ .

Dolo de peligro.- es aquel cuando se amenaza al bien o derecho tutelado.

⁽¹⁷⁰⁾ Opus cit. pág 102.

⁽¹⁷¹⁾ Tratado de Derecho Penal.. El delito.. Ed. Lozada. Buenos Aires, 1965.pág 539.

⁽¹⁷²⁾ Franco Guzmán Ricardo. La culpabilidad y su aspecto negativo. Criminalia No. 7. Ed. Botas. México, 1956.pág 458.

⁽¹⁷³⁾ Ibidem. pág 458.

La culpa. En relación a la culpa, Mezger dice que "actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado" (174).

Habría culpa, asienta Vela Treviño, cuando "una conducta causalmente productora de un resultado típico que era previsible y evitable por la simple imposición a la propia conducta del sentido necesario para cumplir el deber de atención y cuidado exigible al autor, atendiendo las circunstancias personales y temporales concurrentes con el acontecimiento" (175).

En resumen, existe la culpa (imprudencia según el Código de 1931), si el sujeto en su conducta o inercia toma en cuenta las providencias necesarias para no lesionar intereses jurídicos, siendo esta lesión previsible y penalmente sancionado.

El ordenamiento Penal Mexicano en su artículo 8vo. prescribe: "Los delitos pueden ser: I.- Intencionales y II.- No intencionales o de imprudencia. Se entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional".

Nótese la diferencia de tratamiento entre el dolo y la culpa, pues mientras ésta es definida, aquél sólo se enuncia, con distinta denominación, por hablar la ley, no de delitos dolosos, sino con el calificativo de "intencionales".

La Exigibilidad.- Consideramos que la teoría normativa se apoya, fundamentalmente en la exigibilidad de una conducta que estaba en el deber de respetar la ley, vemos surgir de inmediato, la necesidad de valorar la culpabilidad, según sea más o menos exigible, el deber que se infringió o que se omitió.

(174) Mezger Edmundo. Tratado de Derecho Penal, Tomo I. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936, pág. 184.

(175) Vela Treviño. Culpabilidad e inculpabilidad. Trillas. México, 1973, pág. 200.

Por eso se afirma que en el normativismo, la culpabilidad se vierte en un juicio de reproche que se hace al sujeto activo, por haber desentendido la conducta que le era exigible.

Ahora bien, la culpabilidad tiene como fundamentos; la reprochabilidad y la exigibilidad, únicamente cuando hay exigibilidad puede formularse el juicio de reproche, y sólo cuando se reprocha a alguien podrá haber culpabilidad.

Por otra parte, entendemos por reprochabilidad con Jiménez de Azúa: "la concepción normativa que se funda en el reproche, basado en el acto psicológico, en los motivos y en la caracterología del agente".⁽¹⁷⁶⁾

Por lo que respecta a la exigibilidad, como obligación normativista impuesta a los imputables de actuar conforme a derecho, cuando deben y pueden hacerlo, con acierto Jiménez de Azúa opina que la exigibilidad, requiere que "el acto sea imputable y que el sujeto haya obrado con intención o negligencia, y hubiera sido exigible que el agente obrase de otro modo; es decir de conformidad con el deber de respetar la norma, cuando las circunstancias le permitan al sujeto activo una motivación normal"⁽¹⁷⁷⁾.

b) ASPECTOS NEGATIVOS DE LA CULPABILIDAD.

Inimputabilidad.

Si la culpabilidad radica en el mínimo de condiciones psíquicas exigidas para el correcto comportamiento del hombre en la vida diaria, su ausencia, como ya se dijo, evitará la integración del delito.

Las causas de inimputabilidad las recoge la ley en su artículo 15 fracciones II y IV. En la fracción II capta los estados de inconsciencia transitorios: "Hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes

⁽¹⁷⁶⁾ Tratado de Derecho Penal. Tomo V. Ed. Lozada. Buenos Aires, 1965. pág 164.

⁽¹⁷⁷⁾ Tratado de derecho Penal. Tomo V. Ed. Lozada. Buenos Aires, 1965. pág 230.

o estupefacientes, o por un estado toxifeccioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio". La fracción IV se refiere a las demás eximientes de responsabilidad: "el miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor..."

Los comentaristas de nuestro Código anotan otra causa legal de inimputabilidad, a saber; los estados permanentes de inconsciencia regulados por el artículo 68. Este precepto, no obstante, ser sumamente discutido, por dar la impresión de que el legislador admite la responsabilidad de los trastornos mentales permanentes, a quienes debe instaurárseles un proceso con las formalidades conducentes, a pesar de la manifiesta incapacidad de quienes los sufren.

También suele invocarse como excluyente de imputabilidad, la sordomudez, y en un plano estrictamente legal, a los menores de edad.

Error de Tipo:

De acuerdo con la teoría normativista, por nosotros aceptada, las causas de inculpabilidad siguiendo la sistematización de Jiménez de Asúa con relación al error son: Error de tipo, error de prohibición, de eximientes putativas y la obediencia jerárquica. Y la no exigibilidad de otra conducta; el primero anula el elemento intelectual (conocimiento de que se quebranta el deber) la otra impide la reprochabilidad.

El error se ha definido en forma general, como el conocimiento equivocado de una cosa o hecho. El error sólo produce la desaparición del delito por eliminar la culpabilidad, si es esencial e invencible; de lo contrario lo deja inalterable, al menos en su forma culposa.

Jiménez de Asúa, lo concibe; como el "error llamado de hecho, la ignorancia o el desconocimiento de los elementos fácticos (que se refieren al tipo legal),

impiden que en la psique del agente se forme la representación del acto, que la ley declara punible, en orden a la realidad objetiva" (178).

El error de prohibición, funciona en casos excepcionales, no ha sido aceptado en nuestro medio, como causa de inculpabilidad, invocándose el principio casi universal: "la ignorancia de la ley no beneficia a nadie". Jiménez de Asúa, afirma que en el error de prohibición, "el autor no sabe que su hecho es antijurídico o cree que está exculpado, es decir, que ignora que su proceder esta prohibido. (179)

La obediencia jerárquica presenta un problema, toda vez que no ha delimitado su auténtica naturaleza. Se ha considerado como causa de justificación y como eximente de culpabilidad, como causa de justificación, cuando se hace lo ordenado por un superior dentro de las facultades que la ley otorga, y de inculpabilidad, cuando el sujeto que creyendo erróneamente que la orden del superior es legal y dentro de su competencia, la realiza cometiendo un acto antijurídico. En estos casos, el error recae sobre uno de los elementos esenciales del hecho excluyendo la culpabilidad.

No exigibilidad de otra conducta. Es un instituto relativamente moderno, pero ha adquirido gran importancia en la teoría del delito. Se dice frecuentemente que el Estado se encuentra imposibilitado para exigir del sujeto un actuar diverso al realizado, al no operar circunstancias excepcionales, y por ende, no surge la culpabilidad, a virtud de no ser reprochable el comportamiento típico antijurídico.

Nuestra ley consagra en el artículo 15 fracciones VI y VII dos excluyentes de culpabilidad. En la fracción VI reglamenta la inculpable ignorancia; en la VII la obediencia jerárquica, la cual constituye una causa de inculpabilidad sólo en el caso de que el subordinado desconozca, por error insuperable e invencible, la ilicitud del

(178) Tratado de derecho penal. Tomo VI. Ed. Lozada. Buenos Aires, 1965. pág 330

(179) Ibidem. pág 558.

mandato, la no exigibilidad de otra conducta, fundamenta las eximientes de responsabilidad por temor fundado (artículo 15 fracción IV);

V.) ANALISIS JURIDICO SUBSTANCIAL

Para poder entrar al análisis jurídico substancial del artículo en cuestión, es menester estudiar por separado las ocho hipótesis penales, creadas para regular la conducta de los llamados "Funcionarios Electorales" y contenidas en el numeral 405 del Código Penal; así tenemos que este dispone:

Art.: 405.- Se impondrá de veinte a cien días multa o prisión de tres meses a cinco años, o ambas sanciones a juicio del juez, al funcionario electoral que :

I.- Altere en cualquier forma, sustituya, destruya, o haga un uso indebido de documentos relativos al Registro Federal de Electores;

II.- Se abstenga de cumplir, sin causa justificada, con sus obligaciones electorales con perjuicio del proceso;

III.- Obstruya el desarrollo normal de la votación sin mediar causa justificada;

IV.- Altere los resultados electorales, sustraiga o destruya boletas electorales;

V.- No entregue o impida la entrega oportuna de documentos oficiales, sin mediar causa justificada;

VI.- En ejercicio de sus funciones ejerza presión sobre los electores y los induzca a votar por un candidato o partido determinado, en el interior de la casilla o en el lugar donde los propios electores se encuentren formados;

VIII.- Al que instale, abra o cierre dolosamente una casilla fuera de los tiempos o formas previstas por la ley de la materia, y ;

VIII.- Al que expulse de la casilla electoral sin causa justificada a representante de un partido político.

Ahora bien, en el primer párrafo del artículo en cuestión, queda establecido que el sujeto activo del delito deberá ser un funcionario electoral.

Si nos remitimos al artículo 401 del código penal, en su fracción I, nos define, para efectos punitivos, a los funcionarios electorales en la siguiente forma: "son funcionarios electorales, quienes en los términos de la legislación federal electoral integren los órganos que cumplen funciones públicas electorales".

A su vez, tenemos que referirnos a las disposiciones contenidas en el COFIPE, que regulan lo relativo a esos órganos: el Instituto Federal Electoral y el Tribunal Federal Electoral, con sus respectivas dependencias, unidades y órganos.

Así pues, serán funcionarios electorales por cuanto al Instituto Federal Electoral, los integrantes del consejo general, la junta general ejecutiva y la dirección y la dirección general, las direcciones ejecutivas, las juntas locales ejecutivas y los consejos locales, así como las mesas directivas de casilla electoral.

Por cuanto al Tribunal Federal Electoral, cuya naturaleza y objeto se señalan en el artículo 264 del COFIPE, son funcionarios electorales, los titulares de la sala central y de las salas regionales.

Siendo los potencialmente protagónicos, con mayores posibilidades en materia penal, los que prestan el servicio público electoral en las casillas electorales, por la naturaleza de las conductas descritas en el artículo en estudio..

Dicho lo anterior, la conducta o elemento objetivo del tipo descrito en las ocho hipótesis del artículo 405 de nuestro ordenamiento penal, son atribuibles a un servidor público electoral, ahora al analizar cada una de ellas tenemos:

Fracción I, se refiere a los documentos del Registro Federal Electoral. Este registro es un servicio que presta el Instituto Federal Electoral, opera documentos tanto en la sección del catálogo general de electores, cuanto en el padrón electoral, como son el censo, las listas nominales de electores y la credencial para votar.

Una cuestión fundamental en el cometido de organizar las elecciones consiste en determinar cuáles de los habitantes de un país son electores, esto es, ciudadanos con derecho a votar, y como se les identifica. Por ello se considera que el registro sistemático de los nombres y otros datos de las personas acreditadas para emitir el sufragio constituye un requisito esencial de una elección libre y democrática, por lo cual este registro debe de ser confiable, de tal modo que se cumpla con el principio de "un hombre, un voto", y que nadie con derecho a votar este excluido de la posibilidad de hacerlo.

Este registro deberá cumplir tres objetivos que son : permitir el ejercicio del derecho al sufragio; garantizar la celebración de elecciones confiables; y ubicar a cada ciudadano en un ámbito electoral específico y previamente determinado:

En el orden de ideas, anotadas en la teoría general de la conducta, en dicha fracción bastará con que el sujeto activo, altere, destruya o haga un uso indebido de los documentos relativos al registro federal de electores para que se de la conducta.

El resultado señalado es de orden material y no meramente formal, ya que la conducta descrita, implica el cambio o daño en el mundo fenomenológico de los propios documentos. Sin embargo, desde el punto de vista electoral, no se exige un resultado, pues bastará con la modificación o daño documental.

El nexo causal entre las distintas formas de exteriorización de la conducta y este resultado material, es de fácil comprobación -causalidad eficiente- dada la contextura eminentemente física del delito. (180)

En orden a la conducta, es un delito de acción, que al admitir cualquier medio, podría dar cabida a la comisión por omisión, siempre que el activo se encuentre en posición de garante, frente a la emergente situación de alteración o daño a los documentos.

(180) Gonzalez de la Vega, Rene. Derecho Penal Electoral. Porrúa. México, 1991.

El delito puede ser unisubsistente o plurisubsistente, pues su consumación puede lograrse con uno o varios actos.

Es un delito de resultado material, es instantáneo, en tanto la consumación y su agotamiento se verifica en un sólo acto, y es de daño o lesión por causar un daño efectivo al bien jurídico protegido.

Admite, la conducta, diversos aspectos que anulan su existencia, al evitar la libre manifestación de la voluntad del actor. Así, cabría, el sueño, el sonambulismo, la hipnosis, la narcosis, los actos reflejos, y la fuerza física exterior irresistible.

En orden al tipo la descripción contenida en esta fracción, es un tipo básico o fundamental y no especial o complementario; es un tipo autónomo, en virtud de no depender de otro tipo para tener vida propia y por último es anormal, al integrar elementos normativos, además de los objetivos.

Es un tipo de daño y es complejo, al tutelar más de dos bienes jurídicos, caracterizados por la documentación en sí misma y la eficiencia y transparencia electoral.

es un tipo casufsticamente formado y de formulación alternativa, pues admite diversas modalidades de realización.

Por lo que hace a sus elementos objetivos, diremos que el sujeto activo es cualificado, pues ha de ser, precisamente, un funcionario electoral, según quedo explicado, el que cometa la conducta ilícita. Es un delito de sujeto activo ocasional y no de hábito y es, también, monosubjetivo, al no requerir la pluriparticipación, pero si ésta se da, no es necesario que los coautores también servidores públicos electorales.

El sujeto pasivo inmediato es también cualificado, pues asume tal carácter el servicio del registro federal electoral y, en su caso el particular titular del documento.

El tipo descrito no incluye, referencias temporales ni espaciales, por lo que puede cometerse en cualquier tiempo y en cualquier lugar.

No hay tampoco en la descripción típica, referencia a los medios de comisión, por lo que pueden usarse los que resulten idóneos para alcanzar el resultado.

El objeto material del delito, es referido por el tipo en cuestión, al mencionar los documentos relativos al registro federal electoral.

por cuanto hace a los elementos normativos del tipo, menciona uno que requerirá la especial valoración jurídico cultural de la autoridad judicial, consistente en el "uso indebido" de documentos.

Sean los que no estén previstos por la ley, o la practica electoral.

No hay mención al sujeto del injusto, por no referirse al tipo, al fin o motivo de la conducta, que puede serlo cualquiera. No hay pues dolo típico, por lo que bastará un dolo genérico, y que por la ausencia de numerus clausus, si admite la forma culposa en su comisión.

La antijuridicidad de la conducta típica podría ser destruida por el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho; por la obediencia jerárquica y por el impedimento legítimo.

La conducta será reprochable al autor, a título doloso o culposo, salvo que actué con base en un error invencible por la no exigibilidad de otra conducta, que calificará el Juez a la luz del caso concreto.

El dolo, en esta figura, podrá ser inicial o subsiguiente a otra, en cuanto a su nacimiento, puede también ser determinado a indeterminado, en cuanto a su extensión, por la naturaleza de la conducta; por ello mismo, podrá ser directo, eventual o de consecuencias necesarias.

En cuanto a la intensidad, es un dolo genérico y en cuanto a su duración es simple por su contenido, es un dolo de daño con resultado de peligro y en razón de su categoría podrá ser principal o accesorio.

La fracción II del artículo 405 del Código Penal, es el corolario punitivo a la fracción V del artículo 36 de la Constitución.

El tipo penal contenido en esta fracción II, es siempre del conocimiento de los Tribunales Federales, ya que su objeto; el cargo u obligación electoral son de origen federal, ya sea que se refiera a procesos federales o del Distrito, por reglamentación del COFIPE a los artículos 38 y 41 constitucionales en esta materia.

En virtud de que la conducta delictiva consiste en "abstenerse", esto es, un acto de carácter negativo, siendo omisiva la conducta, se requiere sin embargo, típicamente de un resultado, material.... "con perjuicio del proceso".

Por esta razón no se trata de una conducta de omisión simple, sino de una verdadera "comisión por omisión", estando el propio sujeto activo en "posición de garante", ante el posible daño que debe y puede evitar. Admite incluso la figura de tentativa. (181)

Integrados así, conducta y resultado, el nexo causal habrá que definirlo a partir de la omisión del autor 'abstenerse de cumplir' y su verdadera eficacia dañina, para el proceso comicial respectivo. Habrá que partir de la teoría de la causalidad eficiente.

Estamos como ya se dijo en presencia de un delito de comisión por omisión, omisión impropia u omisión mediante acción. abstenerse no es puramente omisivo, pues implica un hacer para lograr la "ausencia" dañina; el puro "no hacer", es incapaz de producir un resultado material.

(181) Gonzalez de la Vega Rene. Derecho Penal Electoral. Porrúa. México, 1991. pág. 269.

Es un delito unisubsistente que se agota con el no cumplir; y por ello en su clasificación por el resultado, es un delito instantáneo, pues se agota con el mero "no cumplimiento" del autor. Es además, un delito material o de resultado y de daño o lesión ya que es "en perjuicio del proceso"

Como aspectos negativos de la conducta, que anulan la voluntad del autor y por lo tanto el elemento objetivo del delito, enumeramos la hipnosis, la narcosis y la fuerza física exterior irresistible. Todas estas causas podrían constituir, a juicio del juez, la "causa justificada" que anulara la existencia del delito.

Este tipo penal es de los llamados básico o fundamental; es autónomo, anormal por integrar elementos normativos en la descripción; es un tipo de daño y es de naturaleza compleja por tutelar más de un bien jurídico.

Es un tipo de formulación libre, al describir la conducta en forma genérica, sin acumular detalles innecesarios.

Por cuanto hace a los elementos objetivos del tipo penal, el sujeto activo es calificado, por ser necesariamente un funcionario electoral, dentro de los que se incluyen a los ciudadanos designados para integrar las Mesas Directivas de Casilla Electoral. Es un delito de sujeto activo monosubjetivo y ocasional.

En relación al sujeto pasivo, éste también es calificado, al ser significativamente, el Estado como organizador y responsable del proceso electoral.

Aunque el tipo no hace referencias temporales y espaciales, es claro que la conducta tan sólo es comisible por omisión en el momento en que se exige la presencia y actuación del funcionario electoral.

No hay tampoco referencias a los medios de comisión, aunque si las hay al objeto material del delito, consistente en las obligaciones constitucionales y legales

Por cuanto ala reprochabilidad de la conducta, este delito admite, por ausencia de dolo típico y del numerus clausus, las formas dolosa y culposa, ésta última, por olvido, forma imprudente de la omisión.

El reproche se anularía por error invencible, a juicio de la autoridad judicial; cuando al sujeto no le sea exigible conducirse conforme a derecho.

La **Fracción III**, contempla otra conducta delictiva atribuible a los funcionarios electorales y que es comisible, por su naturaleza misma, tan sólo el día de la jornada electoral.

El desarrollo de la votación, es descrita a detalle por el COFIPE, en sus artículos 216 a 225. Este desarrollo legal de la votación, implica fluidez y eficiencia, que deben garantizar los funcionarios electorales, encargados de la mesa directiva de casilla correspondiente, teniendo incluso la facultad de usar la fuerza pública, para que así suceda.

Por lo tanto, este tipo penal sanciona al funcionario electoral que "obstrucciones" ese desarrollo normal de la votación.

La conducta, pues, a comprobar por la autoridad judicial que conociere de este ilícito penal es esa, precisamente. Obstrucción significa el atascamiento de un conducto o proceso natural; así que cualquier dilación o entorpecimiento doloso a ese devenir, constituirá el elemento objetivo del delito. Obstruir puede lograrse con actos positivos, esto es, acciones que a ello propendan o por medios omisivos, que con su "no hacer", ante una circunstancia entorpecedora, provoquen maliciosamente la obstrucción misma, a partir de quien esta en posición de responsable, como los funcionarios de casilla.

Esta conducta exige su natural resultado material, consisten en la paralización o entorpecimiento del flujo de votaciones. El juez habrá de analizar a la luz de la causalidad eficiente, el nexo causal entre la conducta y este resultado.

Este delito puede ser de acción o de comisión por omisión; admite también ser unisubsistente o plurisubsistente.

Por su resultado es instantáneo, aunque su naturaleza admitirá el delito continuado, si las obstrucciones, durante la jornada son intermitentes.

Es un delito material o de resultado de daño o lesión, pues perjudica la organización electoral y el libre ejercicio de los derechos políticos ciudadanos.

Como formas de ausencia de conducta que pudieran presentarse, sugerimos la narcosis, sin considerar las acciones libres en su causa y la fuerza física exterior irresistible.

El caso fortuito podría funcionar como forma anulante de la voluntad del agente, que guarda una "posición de garante".

Es este tipo penal básico y no especial o complementario; es autónomo y es anormal por enumerar también, elementos normativos además de los objetivos.

Es un tipo de daño y es de naturaleza compleja por tutelar más de un bien jurídico.

El sujeto activo del delito es cualificado, pues sólo pueden cometerlo los funcionarios electorales.

Es monosubjetivo, aunque admite la coparticipación y es de sujeto ocasional.

Por cuanto al sujeto pasivo, también es cualificado, teniendo por un lado al Estado como organizador de la jornada electoral y por otro a los electores en su libre ejercicio de sus derechos políticos.

Aunque no hay referencias temporales o espaciales en la descripción típica, es claro que la conducta ha de producirse el día de la jornada electoral y en el lugar de la votación, o sea, en la casilla electoral.

Tampoco se hace mención a los medios de comisión, por lo que la obstrucción puede realizarse libremente, mediante cualquiera idóneo para lograrla. Si este medio constituyere por sí, otro delito se sancionaría por separado.

En cuanto al objeto material del delito, el tipo lo refiere al incorporar el término "votaciones" a su texto. Entendiéndose como tales, el ejercicio continuo y fluido de los electores al momento de sufragar en la casilla.

El tipo es de los llamados "anormales" por contener en su descripción, elementos normativos, entre estos "el desarrollo normal" de las votaciones, al que se refieren los artículos 216 y ss del COFIPE y la propia práctica electoral mexicana.

Otro elemento es la ausencia de "causa justificada" por parte del actor, para agotar su conducta. Es éste, en realidad, dato típico de ilicitud que podría anularse por causas de involuntariedad, como ya vimos, o por la presencia de alguna causa de justificación.

Entre las causas de justificación que podrían presentarse, para anular la antijuridicidad de esta conducta, se podrían sugerir el estado de necesidad, ante la presencia de un riesgo mayor para el proceso electoral, con lo que, podría disponerse la suspensión (obstrucción) de la votación.

Por el ejercicio de un derecho, en el evento de una perturbación del orden, y en cumplimiento de un deber, para cerciorarse de la mecánica o autenticidad de algunos electores, podría suspenderse la votación; la obediencia jerárquica, en los términos de ley y el impedimento legítimo.

esta conducta es sólo reprochable a título doloso, pues dada la naturaleza de la conducta implica cierta dirección final y no sólo la falta de cuidado. La forma culposa podría sancionarse a título administrativo por la ley.

Se anulará el reproche o la culpabilidad del sujeto activo si éste actuó basado en un error invencible a juicio de la autoridad o si no se le puede exigir, ante un evento emergente e importante, que se produzca conforme a sentido.

Fracción VI, contiene una figura típica del fraude electoral, relativo a la alteración dolosa de los resultados electorales.

La conducta como las anteriores y posteriores de este inciso, sólo pueden atribuirse a los funcionarios electorales, en los términos ya analizados.

Por cuanto hace a los resultados electorales, el COFIPE lo regula en sus artículos 242 y ss, estos resultados se forman del escrutinio y cómputo realizados por los responsables legales de ello, en distintas fases y niveles de agregación.

La conducta prevista en esta fracción, consiste en primer lugar en "alterar" los resultados electorales, mismos que reflejan numéricamente, por lo que esa alteración consistirá básicamente, en modificar, aumentando o disminuyendo, las cifras que consten en los documentos oficiales, con lo que se conseguiría cambiar la esencia de los resultados respectivos.

La otra conducta prevista, en este tipo penal, no corresponde directamente a su manifestación inmediata, al fraude electoral, aunque su fin mediato si sea ése ; es más bien, el robo o apoderamiento ilícito; que incluye el daño material, consistente en la "sustracción o destrucción" de las boletas electorales. A través de estas boletas, el electorado manifiesta su voluntad, mediante el sufragio.

El delito es de resultado material pues se requiere la alteración afectiva de los resultados en los documentos de cómputo oficial o durante el escrutinio, así como el

apoderamiento ilícito o visto desde el otro ángulo, el desapoderamiento (sustracción o destrucción son los medios típicos) de las boletas a quien deba poseerlas legítimamente.

El nexo causal, dada su simple contextura física, será comprobable por la autoridad judicial, a través de los mecanismos legales de comprobación del cuerpo del delito de fraude o robo, dado que es de aplicarse en estas materias.

El delito, en ambos casos, es de acción y admite la forma unisubsistente, tanto como la plurisubsistente.

Es un delito instantáneo que se agota en el momento de su consumación; es material o de resultado y de daño o lesión; como forma de ausencia de conducta, podría presentarse, la narcosis, la hipnosis y la fuerza física exterior irresistible; por cuanto a la forma destructiva de las boletas, se admitirían; los actos reflejos, los actos mecánicos o los actos instintivos.

El tipo es básico o fundamental; es autónomo, complejo y de formulación alternativa.

El sujeto activo es cualificado, pues necesariamente ha de ser un funcionario electoral; es un tipo monosubjetivo que admite la coparticipación y de sujeto ocasional y no de hábito.

El sujeto pasivo es el Estado como organizador de la jornada electoral y el electorado por el posible fraude implícito o explícito.

No existen referencias temporales ni espaciales; la sustracción y la destrucción de las boletas son los medios típicos para el desapoderamiento.

El objeto material típico, se constituye por los resultados y las boletas electorales.

El tipo es de carácter normal al contener tan sólo, en su descripción, elementos objetivos, sin mencionar elementos normativos, ni hacer referencia al injusto típico.

Podrían caber como causas de justificación que anularían la antijuridicidad de la conducta, en cualquiera de sus dos manifestaciones, el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho, en los términos de las facultades y obligaciones que el COFIPE señala a los funcionarios electorales.

Cabría la obediencia jerárquica comprobada en los términos de ley.

Esta figura no admite la forma culposa en su comisión, pues aún cuando no se menciona un dolo típico, la naturaleza de las condiciones implican una carga maliciosamente o intencionada que al menos configure un dolo genérico que dirija la acción del activo.

Sólo un error invencible y la no exigibilidad de otra conducta, anularían la culpabilidad del actor, si son suficientemente soportados ante el criterio del juzgador.

Fracción V., esta sanciona otra conducta que adquiere ilicitud, a partir del peligro, que por entorpecimiento generador de dudas, se causa al proceso electoral, y que estaría a cargo de algún funcionario electoral.

Por cuanto al elemento típico normativo de la "oportunidad" en la entrega de dichos documentos electorales, el inciso 5 del artículo 238, establece la regla para calificar la "causa justificada" para demorar la entrega de la documentación, la que no es excluyente de las causas de ausencia de conducta, atipicidad, justificación e inculpabilidad del derecho penal.

La conducta delictuosa consiste en "no entregar oportunamente" (omisión simple) o "impedir la entrega oportuna" (acción), por parte de algunos funcionarios electorales.

Los medios pueden serlo cualesquiera idóneos para alcanzar el objeto ilícito que se sanciona.

En la descripción de la conducta prevista en esta fracción, no se exige un resultado material, por lo que estamos ante un delito formal, o de mera conducta, que se agota consumada ésta.

Es pues, un delito de acción o de omisión simple que se admite la tentativa, pues hay que agotar la conducta; puede ser unisubsistente o plurisubsistente; es instantáneo y de peligro.

Como formas de ausencia de conducta, cabrían la narcosis y la fuerza física exterior irresistible.

El tipo penal es básico o fundamental, autónomo y anormal, pues aunque no refiera el injusto típico, si incorpora elementos normativos, según ya explicamos.

Es un tipo de peligro y de naturaleza simple al tutelar el proceso electoral y su fluidez legal.

Es de formulación libre y alternativa, no acumulativa.

El sujeto activo es cualificado; es monosubjetivo, pero se admite la coparticipación.

El sujeto pasivo es el Estado como responsable de la organización electoral.

No hay referencias temporales ni espaciales, ni a los medios de comisión.

Como ya se aseguró; el objeto material consiste en "los documentos oficiales" de carácter electoral.

Los elementos normativos ya los revisamos y no hay referencia al dolo típico.

La antijuridicidad podría destruirse, según valoración judicial ante el caso concreto, por el estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, obediencia jerárquica o impedimento legítimo.

Por supuesto, el caso fortuito y la vis mayor que menciona el COFIPE, figurarían como eficaces "causas justificadas".

El reproche a la conducta típica y antijurídica se anularía por error invencible del actor o por no poderle exigir, por un evento emergente y grave, que se conduzca conforme a derecho.

La forma culposa se sancionaría sólo como falta administrativa, pues el tipo implica el dolo determinado de no entregar o impedir la entrega, por lo que el olvido u otra forma imprudente no harían penal esta conducta.

Fracclón VI, describe una conducta delictiva que atenta directamente contra la libertad de sufragio y la cual se sanciona penalmente por ser cometida por un funcionario electoral, de quien se espera imparcialidad y objetividad.

La conducta se hace consistir en "ejercer presión" sobre los electores; la que se concretiza con cualquier medio idóneo: amenazas abiertas o veladas; proselitismo impositivo; cobrarse deudas; chantaje; aprovechar ascendiente, cohecho o soborno, o violencia.

El legislador exige que esta conducta se gúfe por un dolo típico, consistente en "la inducción a votar" por un candidato o partido determinado.

La conducta objetiva (ejercer presión) y la subjetiva (inducir), han de ser viables, gozar de idoneidad y reflejarse en la captación de la voluntad de los electores, en favor del candidato o partido que el actor prefiere o alienta:

Así pues, es menester obtener como resultado de la conducta, una verdadera inducción de los electores, pues de otra manera, se quedaría el iter criminis, en grado de tentativa.

Se trata de un delito de acción, unisubsistente o plurisubsistente; instantáneo, aunque podría aparecer continuado; es material o de resultado y de daño o lesión, respecto del bien que tutela: la libertad del sufragio.

Admitiría como formas de ausencia de conducta, la hipnosis, la narcosis y la fuerza física exterior irresistible.

Es un tipo básico o fundamental y no especial ni complementario; es autónomo y anormal, por contener elementos normativos y subjetivos del injusto (dolo típico)

Es un tipo de daño, de formulación casuística.

El sujeto activo es cualificado; es monosubjetivo, pero admite la coparticipación.

El sujeto pasivo es también, cualificado, representado por el elector inducido al que se vulnera su libertad de sufragio.

Aunque no hay referencia típica temporal, debe entenderse que la conducta tan sólo puede realizarse el día de la jornada electoral, al relacionar esta circunstancia con las referencias espaciales de la descripción típica: la conducta delictiva debe realizarse necesariamente en "el interior de la casilla" o en " lugar donde los propios electores se encuentren formados".

No háy referencia a los medios de comisión y en cuanto al objeto material típico, éste lo encontramos en el voto mismo que es el que se intenta viciar ("a votar por un....").

Encontramos un elemento normativo, que exigirá la valoración judicial: el momento del "ejercicio de sus funciones"; esto es, la presión ejercida por el agente debe ser a propósito del ejercicio de sus funciones electorales; por estar desempeñándolas en la casilla respectiva y con "sus" electores, al momento o en la oportunidad de actuar como funcionario electoral, de otra manera no se integraría la tipicidad de la conducta.

El elemento subjetivo del injusto o dolo típico, es el propósito de "inducir" a los electores a ejercer su derecho de voto en favor de un candidato o partido determinado. Si este propósito tan complejo y caracterizado no se diera así, habría atipicidad por ausencia del dolo típico.

Dada la complejidad de la conducta y su dolo tan perfecto, dudamos que alguna de las causas de justificación previstas por la ley, al presentarse, pudieran anular la antijuridicidad de la conducta y es que en este caso, habiendo tipo, habría antijuridicidad.

Podría darse el error invencible o la no exigibilidad de otra conducta, eficaces para anular la reprochabilidad del autor.

Esta conducta ilícita que como ya dijimos tutela la libertad de sufragio, constituye el primer delito que contemplo el Derecho mexicano en materia electoral.

Fracclón VII describe una conducta ilícita que atenta contra la adecuada organización de la jornada electoral y especialmente, contra la limpieza y orden de los comicios.

Los tiempos y formas legales para la instalación, apertura y cierre de casillas electorales, son fijados por el COFIPE en sus artículos 212 a 215 y 237 a 238.

La conducta delictiva consistirá pues, en la realización de cualquiera de esas tres actividades (instalar, abrir o cerrar) "dolosamente", esto es, a sabiendas de que se hace ilegalmente y por tanto ilícitamente.

Aunque la conducta supone una acción física o material, no se requiere la producción de un resultado, por lo que es un delito formal que se consuma con la mera ilicitud.

Es un delito de acción, unisubsistente o plurisubsistente; es instantáneo, formal o de mera conducta y de peligro, para el normal y legal desarrollo y organización electoral.

Como formas de ausencia de conducta, admitiría la narcosis y la fuerza física exterior irresistible.

Es un tipo básico o fundamental, autónomo y anormal, al integrar elementos normativos a su descripción.

Es un tipo de peligro efectivo; de naturaleza compleja al referirse a más de un bien jurídico tutelado.

Es un tipo de formulación libre por no acumular detalles innecesarios y también de formulación alternativa y no acumulativa.

El sujeto activo es cualificado; es además monosubjetivo, aunque admite la coparticipación.

El sujeto pasivo inmediato es el Estado en tanto responsable de la organización y desarrollo de la jornada electoral:

No contiene el tipo referencias temporales ni espaciales, aunque es claro que ha de cometerse la conducta en el día de la jornada electoral y en lugar distinto a donde oficialmente debe instalarse, abrirse o cerrarse la casilla, pues de otra suerte estaríamos ante una manifestación imposible del delito.

tampoco hay referencias a los medios de comisión, aunque si al objeto material, que se hace consistir en los dispositivos legales para la instalación y cierre de casillas.

El elemento normativo típico son esas reglas y sus excepciones, que el juez habrá de valorar a la luz del hecho concreto.

Como causas de justificación que anularían la antijuridicidad del hecho, podrían invocarse el estado de necesidad; el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber. también funcionarían la obediencia jerárquica y el impedimento legítimo.

La conducta sólo admite la forma dolosa en su comisión, con exclusión de la culposa. El reproche podría evitarse a partir de un error invencible o de la no exigibilidad de otra conducta.

Fracelón VIII, la ilicitud de esta conducta, radica en el desequilibrio injusto que provoca entre los protagonistas de la contienda electoral.

El artículo 219 del propio COFIPE, establece el derecho de los representantes de partidos políticos a tener acceso a las casillas y permanecer en ellas.

Así mismo en su inciso 4, establece las limitaciones o prohibiciones a estos representantes "no podrán interferir el libre desarrollo de la votación ni pretender asumir las funciones propias de los integrantes de la mesa directiva".

En caso de conducirse contrariamente a ello, el mismo precepto autoriza a : "el presidente de la Mesa Directiva podrá conminarlos a cumplir con sus funciones y, en su caso, podrá ordenar su retiro cuando el representante deje de cumplir su función, coaccione a los electores, o en cualquier forma afecte el desarrollo normal de la votación.

La conducta penalmente ilícita consiste, pues en expulsar sin esa base legal, de la casilla electoral, al representante de un partido político.

El delito es de resultado, pues se agotará con la efectiva expulsión del representante y no antes. El juez decidirá el nexo causal entre la conducta expulsora y la salida del representante.

Es un delito de acción y unisubsistente, aunque por su posible descomposición en varios actos, puede admitir la forma plurisubsistente.

Por el resultado, es un delito instantáneo con efectos permanentes, es material o de resultado y de daño o lesión, causado al partido político cuyo representante fue injustamente expulsado.

Como formas de ausencia de conducta, se admitirán la narcosis, sin considerar las acciones libres en su causa y la fuerza física exterior irresistible.

Es un tipo básico o fundamental, autónomo y anormal por incorporar elementos normativos.

Es un tipo de daño y es complejo por tutelar más de un bien jurídico: el derecho de los partidos a contar con representante y la imparcialidad de los comicios. Es finalmente, un tipo de formulación libre.

El sujeto activo es cualificado: el presidente de la mesa directiva de casilla cuando actúa injustamente y los demás funcionarios electorales por actuar sin facultades o atribuciones para ello. Es monosubjetivo, aunque admite la coparticipación.

El sujeto pasivo inmediato es el partido político cuyo representante fue injustamente expulsado.

No hay referencias típicas temporales, aunque se entienda que la conducta se ejecuta el día de la jornada electoral: Si hay referencia espacial, relativa a la casilla electoral misma.

No hay tampoco, referencia a los medios de comisión ni al objeto material, consistente en el derecho violado del representante.

Los elementos normativos a valorar por el juez, serán la presencia o no de "causa justificada" para la expulsión y la calidad misma del representante de partido.

No hay mención en la descripción de los elementos subjetivos del injusto.

El estado de necesidad; el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber; la obediencia jerárquica y el impedimento legítimo podrían anular la antijuridicidad del hecho, como causas de justificación.

Por último esta figura delictiva tan sólo admite la forma dolosa en su comisión y el reproche podría ser anulado por error invencible o no exigibilidad de otra conducta.

CONCLUSIONES

1.- El derecho es una forma de consciencia que se manifiesta en la expresión de relaciones materiales y objetivas que se dan entre los hombres, por ello es un producto típicamente social que progresa, se desarrolla o cambia en función del elemento vivo de la sociedad.

2.- El derecho, en general es un conjunto de normas bilaterales, externas, heterónomas y coercibles que tienen por objeto regular la conducta humana en su interferencia subjetiva.

3.- La expresión mas antigua de la ordenación jurídica lo es el derecho penal, desde los inicios de la humanidad el hombre procuró instruir un peculiar sistema de reacción social destinada a poner un alto a los ataques dirigidos contra los bienes o intereses considerados como de valor primordial que en determinado tiempo y lugar son fundamentales para garantizar el orden social.

4.- Muchas de las costumbres indígenas en materia de delitos y penas, supervivieron durante la colonia, sin embargo, el derecho penal precortesiano ha sido de nula influencia en el colonial y en el vigente, no por que los antiguos mexicanos vivieran en un estado de anarquía y absoluto desorden, al contrario las civilizaciones indígenas se caracterizaron por mantenerse en un ámbito de orden y seguridad social, factor que las impulsó hacia un increíble desarrollo, cultural, social y económico.

5.- No cabe duda que la colonia representó el trasplante de las instituciones jurídicas Españolas a territorio Americano. La recopilación de las Leyes de Indias, las siete partidas, la novísima recopilación y muchas leyes más establecieron disposiciones procesales, pero en realidad no existían normas bien organizadas para regular el procedimiento en materia penal. Para la persecución del delito y para aplicar las sanciones pertinentes, se crearon diversas instituciones, entre las que figuraron: el

Tribuna del Santo Oficio, la Audiencia, el Juicio de Residencia, el Tribunal de la Acordada, etc.

6.- En la etapa independiente el desarrollo de la administración de justicia en materia penal se hace palpable, aunque notamos que fue un desarrollo que atravesó por situaciones difíciles y desalentadoras, ya que México vivió en un desorden social constante, por lo que las leyes eran el reflejo de ese desorden y de las necesidades surgidas del mismo.

7.- Donde el derecho penal objetivamente considerado, es el conjunto de normas jurídicas que regula el poder punitivo del estado y que asocia al delito como antecedente determinadas consecuencias jurídicas.

8.- Es un derecho público, normativo, valorativo y finalista que tiene la norma y el bien jurídico y cuya naturaleza es eminentemente sancionadora.

9.- Son tres los elementos fundamentales del derecho penal; el delito, el delincuente y la pena, siendo el delito un hecho dañoso realizado por el hombre, que se considera lesivo para el bien jurídicamente protegido; el delincuente es el sujeto que realiza el hecho dañoso y por último, la pena es el castigo o sanción física o moral que el poder social impone y hace cumplir a un individuo a quien se ha declarado culpable de una infracción a la ley.

10.- Son elementos esenciales del delito la conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, más ésta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario.

11.- Admitimos el delito como un todo indisoluble aceptando la conveniencia de estudiarlo, dividiendo los diferentes elementos que presenta, postura que en nada perjudica su unidad y sí ayuda a captar y a conocer el concepto del mismo.

12.- Existen hechos ilícitos que se consideran al propio tiempo como administrativos y se tipifican como delitos, respondiéndose autónomamente por ambas

conductas pero no siempre sucede así. Por lo que deben seleccionarse a efecto de que permanezcan solamente aquellos realmente significativos y deben eliminarse todos los que sean irrelevantes.

13.- Como conjunto, el gran caudal de los delitos especiales, no es funcional, además de duplicaciones estériles del código penal, un gran número de normas que tipifican delitos resultan obsoletas porque no responden a las necesidades actuales ni se adecuan a las concepciones modernas de la ciencia penal y de la política criminal. En fin, se da una gran desconexión entre la mayor parte de los delitos especiales y las exigencias de la realidad social.

14.- Perfeccionar las normas, modernizar el derecho y adecuarlo a las circunstancias del incesante cambio social, es perfeccionar la democracia. Pero las normas jurídicas, no bastan para la cabal vigencia del derecho si no se cuenta con la voluntad popular. Es decir, que no es bastante para sostener la democracia, la libertad y la justicia sin la participación ciudadana.

15.- El paso hacia un sistema de gobierno democrático como república presidencialista de partido predominante radica en generar las condiciones mínimas para que exista competencia electoral. En este sentido, el futuro de México es muy incierto. Por el momento, estamos de nuevo más cerca del autoritarismo de partido hegemónico. Debido al nivel tan alto de legitimidad que goza el grupo gubernamental, el presente, es difícil pensar que la transición política avance pronto hacia la democracia.

16.- A pesar de que las demandas democráticas de múltiples sectores de la sociedad, han cristalizado en proyectos de nación muy diversos, pero que tienen en común una noción similar de democracia política a la que no se ha dado satisfacción plena debido a que la preponderancia del partido del estado ha dejado pocos espacios para una lucha electoral real.

17.- desde la legislación vigente en los años cuarentas, hasta el COFIPE, hay una gran diferencia, ya que actualmente se dan mejores garantías a los ciudadanos y a los partidos en el proceso electoral. Seguramente los progresos alcanzados se deben al desarrollo de nuevas fuerzas sociales y a su participación en partidos políticos de oposición.

18.- El moderno derecho electoral busca como objetivo primordial, no sólo organizar mejor nuestra vida democrática, sino garantizar y ampliar los derechos esenciales del mexicano, en su vida política.

19.- El Derecho Penal Electoral tuvo importantes destellos durante el siglo XIX, a pesar de que desaparece en la Ley Electoral de 1901, en la LOPPE y en el Código de 1987, es en 1990, cuando surge vigoroso, aunque claro no en un Código Electoral, sino en un título más del código Penal, reconociendo al COFIPE, como su legislación sustantiva originaria, para regir los procesos electorales.

20.- Este nuevo título del Código Penal, no nos proporciona una definición de delitos electorales, aunque de la lectura de sus preceptos se desprende que son todas aquellas conductas tipificadas, antijurídicas, culpables y punibles que tienen por objeto alterar el bien jurídico tutelado del proceso electoral.

21.- cabe apuntar que el código penal no emplea ninguna designación de como debe llamarse, el delito que a través de las conductas descritas en el artículo en análisis se comete, nosotros pensamos que la idea de "fraude electoral" se encuentra incita en sus textos.

22.- La conducta o elemento objetivo del tipo descrito en las ocho hipótesis del artículo 405 de nuestro ordenamiento penal son atribuibles a un servidor público electoral.

23.- En cualquiera de las ocho fracciones descritas, no es factible que se presente la vis maior, ni el sonambulismo como formas de ausencia de conducta.

24.- Habrá tipicidad en el delito en estudio, cuando exista la perfecta adecuación del hecho real con el hecho abstracto descrito en la norma penal.

25.- La tipicidad de los delitos electorales se contemplan y sancionan ya sea en las leyes penales o electorales mismas. Por lo general, suele presentarse el fenómeno de la duplicidad.

26.- Hay atipicidad cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno de los requisitos constitutivos del tipo.

27.- Con relación a nuestro derecho positivo, el delito en examen adquiere matiz antijurídico cuando la conducta no se encuentra justificada por una ley.

28.- Obviamente que la legítima defensa como causa de justificación no se presenta en el delito en estudio, por no encontrarse la persona del autor, su honor o bienes, en verdadero peligro, porque el que actúa no puede hacerlo en legítima defensa, es decir; repeliendo una agresión actual, violenta y sin derecho, de la cual resulte un peligro inminente.

29.- Conforme a lo expuesto, en el delito en examen, para la integración de la culpabilidad es necesario, de acuerdo con los conceptos antes vertidos, demostrar la imputabilidad del sujeto activo. Todo individuo mayor de 18 años con sana psíquica, es decir, poseedor del mínimo de salud y desarrollo mentales para poder autodeterminarse, es capaz de culpabilidad en el delito que nos ocupa.

30.- Respecto a las sanciones por delitos cometidos por los funcionarios electorales, el legislador fue un tanto benévolo al fijar estas penas que son sanciones

poco ejemplares, perdiendo por tanto efecto intimidante sobre los infractores de este tipo de delitos.

31.- Con las recientes reformas al Código Federal de Instituciones y Procesos Electorales, y con la adición al título vigésimo cuarto del Código Penal, el carácter perfectible del sistema político mexicano, tiene una significativa oportunidad de actualizarse en lo referente a sus instancias político- electorales y en consecuencia actualizarse y vigorizarse, siendo una necesidad prioritaria garantizar la objetividad e imparcialidad en la preparación de los procesos electorales, siendo necesario que creamos en nuestro sistema electoral, que los ciudadanos tengamos conciencia de que nuestro voto de verdad decida y de que los delitos cometidos durante los comicios serán sancionados conforme a la ley.

BIBLIOGRAFIA.

- ACOSTA ROMERO, Miguel y LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Delitos Especiales. Porrúa. México, 1989.
- ANTOLISEI, Francisco. Estudio Analítico del Delito, Trad. Dr. Franco Guzmán. Anales de Jurisprudencia No 144. México, 1954.
- BERLIN VALENZUELA, Francisco. Derecho Electoral, Instrumento normativo de la democracia. Porrúa, México, 1980.
- BERLIN VALENZUELA, Francisco y Otros. Derecho Electoral Mexicano. Perfiles Jurídicos I. UNAM. Sistema de Universidad Abierta. México, 1982.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho penal. Porrúa. México, 1965.
- CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Derecho Penitenciario. Porrúa. México, 1981.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Porrúa. México, 1982.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl. Sobre el Concepto del Derecho. Revista Brasileira de Filosofia. Sao Paulo. vol. XIV. Fasc. 55.
- CUELLO CALON; Eugenio. Derecho Penal I. Barcelona, 1953.
- DE LA CUEVA ; Mario. Apuntes de la Teoría General del Estado. México, 1960.
- DE P. MORENO; Antonio. Curso de Derecho Penal Mexicano, Delitos en Particular. México, 1944.
- DEL VECHIO, Georgio. Filosofia del derecho. trad. Luis Recaséns Siches. Hispano-Americana. tomo I. México, 1946.
- FRANCO GUZMAN, Ricardo. La Culpabilidad y su Aspecto Negativo. Criminalia No. 7. Ed. Botas. México, 1956.
- GARCIA DOMINGUEZ, Miguel. Los delitos Especiales Federales. Trillas. México, 1987.

GARCIA RAMIREZ, Sergio. La Imputabilidad en el Derecho Penal Federal Mexicano. UNAM. México, 1968.

GONZALEZ ARZAC, Alberto R. Los Delitos Electorales. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de la plata. Tomo XIX. Argentina, 1960.

GONZALEZ DE LA VEGA, Rene. Derecho Penal Electoral.. Porrúa. México, 1991.

GONZALEZ DE LA VEGA, Rene. Comentarios al Código Penal. Cardenas Editor. México, 1981.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal, el Delito. Ed. Lozada. Buenos Aires, 1965.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal. Ed. Sudamericana. Buenos Aires, 1967.

JIMENEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano. Tomo I. Porrúa. México, 1972.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. Filosofía del Derecho. Ed. Bosch. Barcelona, 1953.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. Introducción a la Ciencia del Derecho. Ed. Bosch. Barcelona. 1943.

MORRILLAS CUEVA, Lorenzo. Delitos Electorales. Cuadernos de Política Criminal. No. 2. Madrid, 1977.

MEZGER, Edmundo. Tratado de derecho penal. Tomo I. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1936.

NUÑEZ NUÑEZ, Arturo. El nuevo Sistema Electoral Mexicano. Fondo de Cultura Económica. México, 1991.

PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Porrúa. México, 1985.

- PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. *Lecciones de Filosofía del derecho*. Ed. Jus. México, 1947.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. *Apuntes de la Parte General del Derecho Penal*. Porrúa. México, 1960.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. *Importancia de la Dogmática Jurídico Penal*. Ed. Gráfica panamericana.. México, 1954.
- RODRIGUEZ OFTALION, Enrique y GARCIA OLANO, Fernando. *Introducción al Estudio del Derecho*. Ed. Buenos Aires. Buenos Aires, 1960.
- RODRIGUEZ MANZANERA, Criminología. Porrúa. México, 1973.
- ROMO MEDINA, Miguel. *Criminología y Derecho*. UNAM. México, 1979.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Introducción al Estudio del Derecho*. Porrúa. México, 1975.
- RECASENS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofía del derecho*. Porrúa. México, 1970.
- RECASENS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del Derecho*. Porrúa. México, 1981.
- RECASENS SICHES, Luis. *Direcciones Contemporáneas del Pensamiento Jurídico*. Ed. Labor. Barcelona, 1936.
- VELA TREVIÑO, Sergio. *Culpabilidad e Inculpabilidad*. Trillas. México, 1973.
- VELA TREVIÑO, Sergio. *Antijuricidad y Justificación*. Porrúa. México, 1976.
- VILLALOBOS, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano. Parte General*. México, 1960.

LEGISLACION

- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.
- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.
- CODIGO FEDERAL DE INSTITUCIONES Y PROCESOS ELECTORALES.
- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.