

297
21



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO
225, FRACCIÓN XVII, DEL CÓDIGO
PENAL.**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE :
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
BALTAZAR GUERRA PEREZ



ASESOR DE TESIS: DR. CARLOS JUAN MANUEL DAZA GOMEZ

MEXICO

1997

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A DIOS:

POR HABERME PERMITIDO REALIZAR UNA DE MIS
MAYORES ILUSIONES, PUES HABIENDO DEPOSITADO LA FE EN EL,
TUVE LA PACIENCIA Y FUERZA PARA VENCER LOS OBSTACULOS QUE
SE ME PRESENTARON EN EL CAMINO.

GRACIAS.

A MI ESCUELA:

POR QUE DE ESE TEMPLO EXTRAJE LOS CONOCIMIENTOS
QUE HAN DE DARME LA INDEPENDENCIA INTELECTUAL Y POR QUE
SIN ELLOS PERMANECERIA EN LA TRISTE PENUMBRA DE LA
IGNORANCIA.

POR LA OPORTUNIDAD QUE ME BRINDO...

GRACIAS.

AL DR. RAUL CARRANCA Y RIVAS.

POR SU LABOR COMO DIRECTOR DEL SEMINARIO DE
DERECHO PENAL DE LA FACULTAD DE DERECHO Y POR LA
INIGUALABLE APORTACION DE SUS CONOCIMIENTOS AL MUNDO DEL
DERECHO.

GRACIAS.

AL DR. CARLOS JUAN MANUEL DAZA GOMEZ.

POR QUE CON SU PACIENCIA, ESmero Y VALIOSA AYUDA HE PODIDO CONCLUIR LA PARTE FINAL DE ESTE TRABAJO, EL QUE CONSIDERO NO SOLO MIO SINO RESULTADO DEL ESFUERZO DE AMBOS.

GRACIAS.

A MIS PADRES :

POR QUE FUERON MIS GUIAS AL PRINCIPIO,
INSPIRACION DESPUES Y FINALMENTE EJEMPLO Y MOTIVACION
PARA CONCLUIR CON UNO DE MIS MAS CAROS ANHELOS.

GRACIAS.

A MI ESPOSA :

POR SU PERMANENTE COMPRESION , APOYO, TERNURA Y
AMOR QUE SIEMPRE ME HA BRINDADO HACIENDOME VER LAS COSAS
MAS FACILES EN LOS MOMENTOS DIFICILES.

GRACIAS.

A MI HIJA BRENDA DANIELA :

POR QUE, CON SU PRESENCIA, ILUMINO NUESTRA
EXISTENCIA, DANDO LUGAR A UNA MOTIVACION EXTRA PARA
SEGUIR LUCHANDO Y DARLE EL DEBIDO VALOR A LA VIDA.

GRACIAS.

A MIS HERMANOS:

CON MI MAS PROFUNDO CARIÑO Y AGRADECIMIENTO,
COMO UN TRIBUTO A SU APOYO QUE EN TODO MOMENTO ME HAN
BRINDADO.

GRACIAS.

A MIS TIOS:

VICENTE, J. SOCORRO, CANDIDA ROSA Y DOMINGO, POR
SU APOYO Y ALIENTO QUE EN TODO MOMENTO ME BRINDARON
HACIENDO POSIBLE EL CUMPLIMIENTO DE UNO DE MIS MAS CAROS
ANHELOS.

GRACIAS.

AL LIC. VICENTE HERNANDEZ VALDEMAR:

COMO MUESTRA DE AGRADECIMIENTO POR SU CONSEJOS Y
POR EL APOYO PUESTO EN MI TRABAJO.

GRACIAS.

A GUILLERMO FLORES HERNANDEZ:

POR HABER SIDO MI COMPAÑERO DE TRABAJO Y AHORA
MI GRAN AMIGO.

GRACIAS.

ANALISIS JURIDICO DEL ARTICULO 225, FRACCION XVII, DEL CODIGO PENAL.

INTRODUCCION.

CAPITULO I.

	pag.
I.- CONCEPTO DE SERVIDOR PUBLICO	2
II.-BREVE REFERENCIA HISTORICA DEL DELITO COMETIDO POR . SERVIDOR PUBLICO.	3
A).- CODIGO PENAL DE 1871.	3
B).- CODIGO PENAL DE 1929.	6
C).- CODIGO PENAL DE 1931.	8
III.-ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.	11

CAPITULO II.

ESTUDIO DOGMATICO.

I.- TIPICIDAD.	31
A).- TIPO OBJETIVO.	35
B).- TIPO SUBJETIVO.	37
II.-ANTI JURICIDAD.	39
III.-CULPABILIDAD.	52
IV.- PUNIBILIDAD.	82

CAPITULO III.

I.- AUTORIA Y PARTICIPACION.....	94
II.-CONCURSO DE DELITOS.....	107
III.-CONSECUENCIA JURIDICA.....	110
CONCLUSIONES.....	118
BIBLIOGRAFIA.....	120

INTRODUCCION.

Antes de entrar en forma definitiva al estudio y poner en marcha el presente trabajo, es conveniente hacer algunas consideraciones sobre el tema.

Toda vez que el tema se encuentra relacionado con "la administración de justicia", es preciso señalar que las normas jurídicas son disposiciones que el poder público, por medio de sus órganos legislativos, señala como obligatorios y de obediencia general y, en caso de que haya inobservancia de las mismas, las hace cumplir a través de sus órganos jurisdiccionales; en términos generales, podemos decir que el Estado no sólo se limita a dictar leyes sino también asegura su cumplimiento aplicandolas a los casos particulares; la observancia de la norma jurídica no se puede dejar al albedrío de aquel que debe cumplirlas y no lo hace, por lo que el Estado tiene como uno de sus fines principales la observancia del derecho mediante la aplicación de la justicia. Dicho fin lo realiza a través de su función jurisdiccional la cual se encuentra organizada con la finalidad de evitar la anarquía social que se ocasionaría si cada quien se hiciera justicia por su propia mano, es decir, se busca conservar el orden jurídico y dar estabilidad a las situaciones de derecho.

De lo anterior podemos afirmar que el ser humano necesita de reglas de conducta que permitan su convivencia social y que el encargado de dictar dichas normas así como de hacerlas cumplir, en el caso de que el obligado no lo haga, es el Estado.

Como sabemos, el derecho objetivo es el conjunto de normas jurídicas contenidas en los códigos para delinear la conducta de los hombres, pero este no solo se limita a señalar conductas sino que también establece sanciones en contra de quienes no efectúan la conducta establecida y que infringe el derecho de que es titular otra persona, siendo aquí donde el Estado en virtud de su soberanía tiene la potestad de hacer justicia; el titular del derecho violado tiene la facultad de solicitar al Estado se le haga justicia y, al hacer el particular uso de ese derecho, el Estado lleva a cabo su función jurisdiccional consistente en resolver de manera imparcial e imperativa las controversias jurídicas que se susciten entre dos partes contrapuestas.

Es conveniente indicar que el término jurisdicción proviene de las palabras latinas **Jus** que quiere decir derecho y **Dicere** que significa decir o sea que jurisdicción es decir el derecho.

Para José Becerra Bautista, jurisdicción significa "... La facultad de decidir con fuerza vinculativa para las partes, una determinada situación jurídica controvertida"(¹)

Por su parte Cipriano Gómez Lara nos dice: "entendemos a la jurisdicción como función soberana del Estado realizada a través de una serie de actos que están proyectados o encaminados a la solución de un litigio o controversia mediante la aplicación de una ley a ese caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo"(²)

¹ Becerra Bautista José: "EL PROCESO CIVIL EN MEXICO". 4a. edición Editorial Porrúa. 1974, . Pág. 5)

² Gómez Lara Cipriano: "TEORIA GENERAL DEL PROCESO". Segunda edición. México, U.N.A.M. 1979, . pág. 111).

Toda vez que ya se indicó que la función jurisdiccional del Estado consiste en resolver y dirimir las controversias jurídicas de manera imparcial e imperativa por conducto de sus órgano jurisdiccionales y habiendo señalado el concepto de jurisdicción, daremos entonces el concepto de administración de justicia.

El concepto de administración de justicia es considerado en dos sentidos, en uno amplio podemos indicar que es el conjunto de tribunales que aplican las leyes, y en el restringido señalaremos que es la facultad que tienen los jueces de aplicar las normas jurídicas a los casos concretos, o sea que la administración de justicia en un sentido **Lato sensu** se puede conceptualizar atendiendo a aquellas instituciones del Estado, en las que se resuelven y dirimen controversias jurídicas en forma imparcial e imperativa, y en un estricto sentido al elemento humano (Ministros, Magistrados, Jueces), que integran los tribunales y los cuales van a aplicar las leyes a los particulares.

Para Eduardo Pallares, "la administración de justicia significa a) el conjunto de las actividades o funciones de los jueces, Magistrados y demás empleados y funcionarios judiciales que los ejecutan para administrar justicia, aplicando las leyes civiles y penales correspondientes. b) el conjunto de órganos y empleados y demás funcionarios que integran el poder judicial. El primer punto de vista corresponde al aspecto funcional de la administración de justicia, el segundo al orgánico y estático"(*)

* Pallares Eduardo: "DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL". 13a. edición. México, Porrúa, pág. 72).

Guillermo Cabanellas nos dice: "administración de justicia es el conjunto de Tribunales, Magistrados y Jueces o cualquier otra persona cuya función consiste en juzgar y hacer que se cumpla lo juzgado"(*)

Observamos que las definiciones citadas únicamente consideran como órganos facultados para administrar justicia a los que integran el poder judicial y estos aplican las leyes a los juicios de tipo civil, mercantil y penal.

Resumiendo podemos decir que la administración de justicia, es la potestad del Estado de aplicar en forma imparcial e imperativa las normas jurídicas a los casos particulares a través de los órganos encargados de efectuar su función jurisdiccional.

* Cabanellas Guillermo: "DICCIONARIO DE DERECHO USUAL" Tomo I. 7a. edición, Buenos Aires, Maliastra, S.R.L. 1972., , pág. 108).

CAPITULO I.

I.- CONCEPTO DE SERVIDOR PUBLICO.

II.- BREVE REFERENCIA HISTORICA DEL DELITO COMETIDO POR SERVIDOR PUBLICO.

A).- CODIGO PENAL DE 1871.

B).- CODIGO PENAL DE 1929.

C).- CODIGO PENAL DE 1931.

III.- ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.

I.- CONCEPTO DE SERVIDOR PUBLICO.

Una vez hechas las anteriores consideraciones, es de procederse a entrar al estudio del tema y al respecto diremos que:

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 108, Párrafo Primero, señala: "Para los efectos de las responsabilidades a que aluden este Título se reputarán como **SERVIDORES PUBLICOS** a los representantes de elección popular, a los miembros de los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, a los funcionarios y empleados, y, en general a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal, quiénes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

...
...

El artículo 212 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, define al **SERVIDOR PUBLICO** de la siguiente manera: "Para los efectos de este Título y el subsecuente es **SERVIDOR PUBLICO** toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, en el Congreso de la Unión, o en los poderes Judicial Federal, o que manejen recursos económicos federales. Las disposiciones contenidas en el presente Título, son aplicables a los gobernadores de los estados, a los diputados a las legislaturas locales y a los magistrados de los Tribunales de Justicia locales, por la comisión de los delitos previstos en este Título, en materia Federal".

Existe la crítica de que el término **servidor** está mal empleado en la nueva ley, ya que el término correcto debería ser el de **funcionario público** toda vez que, según el Diccionario Enciclopédico Espasa, **FUNCIONARIO** es la persona que desempeña un cargo público y, **SERVIDOR**, en cambio tiene varias acepciones tales como, en primer lugar la persona que sirve como criado; en segundo la persona adscrita al manejo de un arma, de una maquinaria o de otro artefacto; en tercero el hombre que por cortesía y obsequio se da a sí misma respecto de otra; y en cuarto el que corteja y festeja a una dama. Siendo que ninguna de estas acepciones corresponde exactamente a la Ley. (1) En lo cual estamos de acuerdo, ya que el término de **funcionario público** como se denominaba anteriormente, es el más adecuado.

II.- BREVE REFERENCIA HISTORICA DEL DELITO COMETIDO POR SERVIDOR PUBLICO.

A).- CODIGO PENAL DE 1871

Dentro de los antecedentes históricos de los delitos cometidos por servidores públicos, la exposición de motivos del código penal de 1871, hace referencia a los delitos de los Funcionarios Públicos en el ejercicio de su funciones señalando al respecto que: "No se puede ni concebir la existencia de una nación sin autoridades que la gobiernen, haciendo respetar los derechos recíprocos de los asociados y cumplir á estos, en interés de todos, los deberes que tienen para la sociedad; de lo contrario no habría mas que confusión y desorden. Pues si esto es una necesidad, si lo es igualmente que las autoridades estén rodeadas del prestigio y del respeto de los ciudadanos, y por eso se

¹ Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. "CODIGO PENAL ANOTADO". Décima Octava Edición. Ed. Porrúa. México 1995. Pág. 556.

deben castigar severamente los delitos que éstos cometan contra aquellos, es preciso emplear también el mismo rigor en la represión de los delitos que los funcionarios públicos cometan contra los particulares; por que sólo así se pueden conciliar el orden y la verdadera libertad.

No ha faltado, sin embargo, quien crea, sobre todo tratándose de magistrados y jueces, que no debe hacerse ni mención de sus faltas en las leyes; y que más que con señalar castigos que los desprestigien, se conseguirá fiándose de su rectitud y comprometiendo su honor y su conciencia para que sean fieles ejecutores de la ley.

Pero esto no es conocer el corazón del hombre: los funcionarios públicos no por serlo dejan de estar sujetos a todas las debilidades humanas, y sería el colmo de la insensatez fiarse únicamente de su honor y su virtud, hacerlos árbitros absolutos de los bienes, de la honra y de la vida de los ciudadanos, y brindarles al mismo tiempo con la esperanza segura de una completa impunidad. Lo prudente y justo es señalar penas para el caso en que delincan, á fin de que el temor del castigo sirva de freno á los malos y afirme á los buenos con su propósito de obrar con rectitud. Sin embargo, no hay duda en que la garantía principal de una buena administración de justicia debe buscarse, no en el temor del castigo, sino en las virtudes de los magistrados y jueces, en su rectitud, en su ciencia, en su independencia de carácter, en su prudencia, en su energía y desinterés. Si carecen de estas dotes, si ellas no son el título con que se les confieren sus puestos, si pueden ser removidos de ellos á toda hora y por cualquier motivo, no habrá sido magistrados y jueces que, en vez de ser los custodios de la sociedad, la tengan en continua zozobra.

No por esto se crea que la comisión ha andado exagerada en el castigo de los funcionarios públicos delinquentes: pues en general ha adoptado las penas comunmente admitidas en los códigos modernos, como puede verse en los capítulos 1o., 2o., 3o. y 4o. del título 11; y respecto algunos delitos más bien ha disminuido las penas

que dichos códigos señalan, fijando al mismo tiempo bases más equitativas y que gradúan el castigo en proporción al mal que resulta."⁽²⁾

Dentro de la misma exposición de motivos, se mencionan los delitos de abuso de autoridad, peculado, concusión así como los **delitos cometidos en los juicios** en donde en cuya exposición de motivos se refieren: "Respecto de los delitos que cometen los magistrados, jueces, asesores, representantes del Ministerio Público, Secretarios y Actuarios, de los cuales trata el capítulo 6o. del título citado, se redujeron mucho las penas establecidas en las leyes españolas y se hizo distinción entre las sentencias injustas pronunciadas dolosamente en juicio criminal, y las pronunciadas en juicio civil; entre las condenatorias; entre las injusticias hechas por dolo y las cometida por ignorancia; entre las que han llegado a ejecutarse y las que no han tenido ni podido tener efecto.

En dicho capítulo 6o. se fijan también las penas que deben aplicarse por la infracción de los artículos 19, 20, 21, 103 y 104 de la Constitución, que antes se infringían impunemente á cada paso, por no tener sanción penal esas disposiciones. Tampoco se ha olvidado la comisión de los fraudes que se pueden cometer en el sorteo de los individuos que deben componer un jurado, sea de imprenta ó para que conozca en una causa criminal".⁽³⁾

Asimismo, en el Título Undécimo, se hablaba de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de su funciones y, concretamente en el Capítulo VI, se manejaban los delitos cometidos en materia penal y civil y, para el caso que nos ocupa, concretamente en el artículo 1038, se señalaba lo siguiente: **Los jueces y los magistrados que tengan detenido á un acusado, sin dictar dentro de tres días el auto motivado de**

² Instituto Nacional de Ciencias Penales. "LEYES PENALES MEXICANAS". Tomo I. Talleres Gráficos de la Nación. México 1979. Pág. 367).

³ Instituto Nacional de Ciencias Penales. "LEYES PENALES MEXICANAS". Tomo I. Talleres Gráficos de la Nación. México 1979. Pág. 368).

prisión; serán castigados con las penas que señala el artículo siguiente, según el tiempo que hubiere transcurrido sin dictarse el auto susodicho.

Esto se entiende si hubo motivo legal para la detención; en caso contrario, se aplicarán las reglas de acumulación.⁽⁴⁾

En el artículo 1039, se señalaba la penalidad a los que a los que infringieran el artículo anterior, mismo que a la letra dice: **Se impondrán de ocho días a once meses de arresto y multa de 10 á 200 pesos, ó una sola de estas dos penas, según las circunstancias; al juez ó magistrado que infrinja alguna de las tres primeras fracciones del artículo 20 de la Constitución federal.**⁽⁵⁾

De lo anterior es de concluirse que, en el Código Penal de 1871, son los únicos antecedentes que se tienen acerca de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y concretamente sobre los delitos relacionados con la administración de justicia, tal y como lo señala el Maestro Jiménez Huerta al realizar un estudio de la tutela penal de la administración de justicia.

B).- CODIGO PENAL DE 1929.

Dentro de los antecedentes históricos del delito en estudio, es de resaltar que el Código Penal de 1929 para el Distrito y Territorios Federales, no contiene exposición de motivos, ya que la que se publicó fue elaborada posteriormente por el Licenciado José Almaráz y publicada en el año de 1931 y, dentro de lo mas sobresaliente, tenemos que en el Título Noveno se habla de los delitos cometidos por los funcionarios públicos y, en su Capítulo I, nos habla de los delitos de "La anticipación y prolongación de funciones públicas " en sus artículos 560 a 565; en su Capítulo II, del delito de "Abuso de autoridad" en sus artículos 566 a 578; en el Capítulo III, del delito de "Coalición de

⁴ Instituto Nacional de Ciencias Penales. "LEYES PENALES MEXICANAS". Tomo I. Talleres Gráficos de la Nación. México 1979. Pág. 469).

⁵ Ibidem. pág 469.

funcionarios" en sus artículos 579 a 581; en el Capítulo IV, del delito de "Cohecho" en sus artículos 582 a 592; en el Capítulo V, "De los delitos cometidos por los altos funcionarios de la Federación" en sus artículos 593 a 601; en el TÍTULO DECIMO denominado "De los delitos cometidos en la Administración de Justicia", en su Capítulo I, contiene las disposiciones generales en sus artículos 602 al 623 y, dentro de los mas sobresalientes, tenemos los artículos 614 que a la letra dice: "Cualquiera omisión de los funcionarios judiciales que cause un daño irreparable y que no tenga sanción señalada, será corregida con multa de cinco a treinta días de utilidad, a juicio del juez, según la importancia de la omisión, los motivos determinantes y la temibilidad del delincuente." (*)

El artículo 621 señala: "El magistrado o juez que, maliciosamente o por negligencia, retarde la administración de justicia, ya infringiendo las disposiciones que establecen términos, ya dictando decretos notoriamente inútiles o en cualquier otra forma, pagará una multa de diez a treinta días de utilidad". (7)

Dentro del Capítulo II, se habla de los delitos cometidos en materia "penal" en los artículos 624 a 645.

Para concluir diremos que, al igual que el Código Penal de 1871 y de lo que se ha señalado con anterioridad, del Código Penal de 1929 son los únicos antecedentes que se tienen relativos al tema en estudio que es el de los delitos cometidos por los FUNCIONARIOS PUBLICOS. Y es aquí, precisamente en este Código Penal de 1929, como lo señala el Maestro Jiménez Huerta, en su obra intitulada Derecho Penal Mexicano, Tomo V, en donde se le da la denominación "De los delitos cometidos por los funcionarios públicos".

* Instituto Nacional de Ciencias Penales. "LEYES PENALES MEXICANAS". Tomo III. Talleres Gráficos de la Nación, México 1979. Pág. 181).

7 Instituto Nacional de Ciencias Penales. "LEYES PENALES MEXICANAS". Tomo III. Talleres Gráficos de la Nación, México 1979. pág. 182).

C).- CODIGO PENAL DE 1931.

Al hablar del Código Penal de 1931, diremos que el mismo no contiene exposición de motivos. La que se publica fue elaborada por el Licenciado Alfonso Tejeda Zalbre y presentada al Congreso Jurídico Nacional reunido en la ciudad de México (mayo de 1931) en nombre de la Comisión Revisora de las Leyes Penales, como aparece en las ediciones Botas.⁽⁸⁾

Y asimismo en el Título Décimo del Código Penal, se habla de los delitos cometidos por "funcionarios Públicos". Así tenemos que en el Capítulo I, trata "del ejercicio indebido o abandono de funciones públicas" en el artículo 212; en el Capítulo II, del delito de "abuso de autoridad" en su artículo 213 y en las Fracciones III se previene de cuando indebidamente retarde o niege a los particulares la protección o servicio que tenga obligación de otorgarles o impida la presentación o el curso de una solicitud; en la Fracción IV, de cuando se ejecute cualquiera otro acto arbitrario y atentatorio a los derechos garantizados en la Constitución.⁽⁹⁾

Asimismo en el Capítulo III, en los artículos 215 y 216, se habla de "la coalición de funcionarios."

En el Capítulo IV, del delito de "cohecho" en los artículos 217 y 218.

En el Capítulo V, del delito de "peculado y concusión" en los artículos 219 a 224.⁽¹⁰⁾

En el Título Décimo Primero, de los delitos cometidos en la "administración de justicia", consta de un Capítulo Único, conteniendo tres artículos que

⁸ Cfr. Instituto Nacional de Ciencias Penales. "LEYES PENALES MEXICANAS", Tomo III. Talleres Gráficos de la Nación. México 1979. Pág. 289.

⁹ Ibidem. Pág. 332.

¹⁰ Ibidem. Pág. 333.

van del 225 al 227; en el artículo 225, en su Fracción VI, habla de dictar u omitir una resolución o un acto de trámite, violando algún precepto terminante de la ley, o contrario a las actuaciones de un juicio o al veredicto de un jurado, siempre que se obre por motivos inmorales y no por simple error de opinión: Conducta que se encuentra sancionada en el mismo numeral, en su Párrafo Inicial, y el cual se señala: "se le impondrá suspensión de un mes a un año, destitución o multa de cincuenta a quinientos pesos a los funcionarios, empleados o auxiliares de la administración de justicia."¹¹)

De lo antes analizado es de afirmarse que son los únicos antecedentes históricos que tenemos en relación al delito en estudio, ya que si bien es cierto los Códigos Penales en comento se referían a los "funcionarios públicos", no es sino hasta diciembre de 1982, a través del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 28 del mismo mes y año, en que el Constituyente Permanente reformó integralmente el artículo 108 Constitucional y en donde ya se habla de las responsabilidades de los "servidores Públicos". Siendo así que el título de "funcionarios Públicos", casi sin variación durante sesenta y cinco años, incluso el texto original de 1917, había seguido básicamente lo dispuesto por la Constitución de 1857 y, sobre todo, las reformas de 1874 a la misma.

Por lo que, para entrar al estudio del tema en cuestión, es necesario hacer una breve referencia del Artículo 19 Constitucional, por que es ahí en donde se encuentran los cimientos del artículo 225 Fracción XVII del Código Penal y, la Carta Magna, es la base de toda norma jurídica y es donde se establecen las garantías individuales de todo ser humano. Por lo que a continuación nos permitimos transcribir el artículo 19 de nuestra Constitución y que a la letra dice: "Art. 19.- **Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que**

¹¹ Ibidem. Pág. 333 y 334.

acrediten los elementos del tipo penal que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la ley penal. Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberán de llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el termino, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculpado en libertad. ..."

Tomando en consideración lo señalado por dicho precepto constitucional, queda establecida la garantía de que ninguna detención podrá exceder del termino de tres días sin que se justifique con un auto de formal prisión, ya que la libertad es uno de los dones mas preciados por el hombre. Al respecto que Mancilla Ovando refiere que: "La primera disposición consagra la facultad del juzgador de resolver provisionalmente la situación jurídica del acusado, en un término perentorio de setenta y dos horas desde el momento que está detenido y se pone a su disposición..."⁽¹²⁾

Asimismo dentro del mismo artículo 19 Constitucional, se previene una salvedad acerca de la prolongación de la detención en perjuicio del inculpado, por lo que tomando en consideración dicha salvedad, el mismo término puede ampliarse al doble, previniendose asimismo en el artículo 297 del Código de Procedimientos Penales esta situación al referirse de que dicho término podrá duplicarse a petición del inculpado para aportar pruebas que sirvan a su defensa, duplicación de término que es para su beneficio y no para su perjuicio no contraviniendo lo dispuesto por la Carta Magna ya que la misma se refiere a la prolongación de la detención siempre y cuando sea a petición del detenido. Y, como antecedente legal en nuestro sistema jurídico, relacionado con el artículo anterior, tenemos el artículo 161 Párrafo Ultimo del Código Federal de Procedimientos Penales, que data del 23 de diciembre de 1987, publicado en el Diario

¹² Mancilla Ovando, Jorge Alberto. "LAS GARANTIAS INDIVIDUALES Y SU APLICACION EN EL PROCESO PENAL". Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1989, Pág. 133).

Oficial de fecha 12 de enero de 1988, entrado en vigor 60 días después de su publicación, en el que se ordena duplicar el término de setenta y dos horas a solicitud del inculcado o su Defensor, en forma escrita, al momento de rendir su declaración preparatoria o dentro de las tres horas siguientes, y con el objeto de ofrecer pruebas que serán desahogadas dentro de ese término con la finalidad de que el juez las tome en cuenta para resolver su situación jurídica.

III.- ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.

Es común escuchar decir que en el Código Penal existen delitos, pero esto es falso, ya que el delito pertenece al mundo fáctico, al mundo de los hechos, en donde se requiere de una conducta o hecho humano, pero no necesariamente con llevar a cabo esa conducta o hecho humano va a ser considerada como delito, sino que es preciso que esa conducta se adecúe a la descripción hecha por el legislador para considerarla como delictiva, por lo tanto en el Código Penal solo existen tipos penales y no delitos; por lo que, para entrar al análisis de los elementos del tipo penal, es necesario precisar qué se entiende o qué se debe entender por tipo, así tenemos las siguientes definiciones:

Para Ignacio Villalobos, tipo : " Es la descripción del acto o del hecho injusto o antisocial "(13)

Para Edmundo Mezger, tipo: "Es el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la acción penal"(14)

¹³ Villalobos, Ignacio. "DERECHO PENAL MEXICANO", Parte General. Tercera edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1975. Pág. 268

¹⁴ Mezger, Edmundo. "DERECHO PENAL". Parte General. Sexta Edición Tipografía Editora. Argentina Buenos Aires 1958. Pág. 145

Mariano Jiménez Huerta en su obra intitulada "La Tipicidad", define al tipo como "El injusto recogido y descrito en la ley penal".⁽¹⁵⁾

Castellanos Tena señala acerca del tipo: "Es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales".⁽¹⁶⁾

Para Muñoz Conde tipo: "Es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto del hecho de una norma penal".⁽¹⁷⁾

Para Jiménez de Azua tipo: "Es la abstracción concreta que ha trazado el legislador a los detalles necesarios para la definición del hecho (conducta) que se cataloga en la ley como delito"⁽¹⁸⁾

Para Hans Welzel el tipo: "Es la descripción objetiva y material de la conducta prohibida".⁽¹⁹⁾

De lo anterior podemos concluir que el tipo es la descripción hecha por el legislador de una conducta, plasmandola en los preceptos legales.

Así tenemos que el tipo en el delito cometido por servidor público contra la administración de justicia: cuando no se dicta auto de formal prisión o de libertad de un detenido, dentro de las setenta y dos horas siguientes a que lo pongan a su disposición, a no ser que el inculpado haya solicitado la ampliación del plazo, caso en el cual se estará al nuevo plazo, se encuentra plasmado en el artículo 225 Fracción XVII del Código Penal vigente en el Distrito Federal, el cual a continuación se describe:

¹⁵ Op. Cit. Castellanos Tena, Fernando. "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL". 34a. Edición, Editorial Porrúa S.A. México 1994. Pág. 168

¹⁶ Castellanos Tena, Fernando. "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL". 34a. Edición, Editorial Porrúa S.A. México, 1994. Pág. 167

¹⁷ Muñoz Conde, Francisco. "TEORIA GENERAL DEL DELITO". Editorial Temis, S.A. Bogotá 1990. Pág. 40

¹⁸ Op cit. Tulio Ruiz, Servio. "LA ESTRUCTURA DEL DELITO". Editorial Temis. Bogotá 1978. Pág 62

¹⁹ Hans Welzel. "DERECHO PENAL ALEMAN". Parte General. 12a. edición. 3a. Edición Castellana. Editorial Jurídica de Chile. Chile 1987. Pág. 75

"Art. 225.- Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos los siguientes:

...
 XVII.- No dictar auto de formal prisión o de libertad de un detenido, dentro de las setenta y dos horas siguientes a que lo pongan a su disposición, a no ser que el inculpado haya solicitado la ampliación del plazo, caso en el cual se estará al nuevo plazo.

Una vez hecha referencia a qué se debe entender por tipo y haber descrito el tipo en estudio, es importante hablar de los elementos del tipo, por que siendo el delito un acto humano, aquél quien realiza dicha conducta va a ser un sujeto activo o agente del delito mediante una acción u omisión y esa conducta va a recaer sobre una persona o cosa y a lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido. Sin los elementos del tipo no se podría concebir la idea de la existencia de un delito, ¿quien la realizaría? o sobre ¿quien recaería?.

Y, a efectos de llevar un orden por lo que hace a este rubro, es menester hacer referencia a lo que el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales vigente en el Distrito Federal señala en sus diversas fracciones y que a continuación se transcriben.

"Art. 122.- El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado como base en el ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

I.- La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro al que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II.- La forma de intervención de los sujetos activos; y

III.- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión ; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

Así a continuación trataremos de abundar, en cuanto a los elementos del tipo penal, analizando las fracciones e incisos del artículo ya mencionado, haciendo referencia al tipo penal en estudio y que, como ya se dijo, previene el artículo 225 Fracción XVII del Código Penal vigente en el Distrito Federal y que saber son:

"La fracción I requiere de la existencia de:

A) Una ACCION o una OMISION.

1) Concepto de Acción.

En el lenguaje ordinario la acción es, el acto, la actividad, el hecho, la demanda judicial, la acción criminal y muchas otras cosas mas.

A nosotros nos interesa que esa acción, acto, actividad o hecho sea humano y que además tenga trascendencia en el mundo del Derecho y así poderla analizar y decir si se está en presencia de una conducta delictiva o no.

"El delito ante todo es un acto humano, una modalidad jurídica trascendente de la conducta humana, una acción."

"La acción en sentido estricto consiste en un movimiento del cuerpo del sujeto".⁽²⁰⁾

Para Fernando Castellanos, la acción en sentido amplio es: "los haceres positivos o negativos, es decir, los actos o abstenciones" y, la acción en sentido estricto es: "todo hecho humano voluntario, todo movimiento del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación"⁽²¹⁾

Para los causalistas la acción es movimiento corporal voluntario exterior, es decir, comportamiento corporal producido por el dominio sobre el cuerpo (Von Liszt-Beling), comprendiéndose al comportamiento voluntario como un hacer o en un no hacer.

Por su parte los finalistas sostienen que: "Acción es ejercicio de actividad final, un acontecer final no solo causal; la acción humana regida por la voluntad es siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un fin".

Existe acción cuando mediante un movimiento o quietud corporales se viola una prohibición contenida en una norma penal (según observaciones de Crispigni).

"La acción es un comportamiento corporal voluntario, consistente ya en un hacer (acción positiva), ello es, un movimiento corporal, ya en un no hacer (omisión) ello es, distensión de musculos"⁽²²⁾

"La acción es una actividad positiva que un agente desarrolla en el mundo exterior para conseguir un fin"⁽²³⁾

²⁰ Antolisei. "MANUALE DI DIRITTO PENALE". 3a. edición. Milano 1955. pág. 153

²¹ Castellanos Tena, Fernando. "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL". 34a edición. Editorial Porrúa, S.A. 1994. pág. 152

²² Beling. "ESQUEMA DE DERECHO PENAL". Editorial Depalma 1944. págs. 19 y 20

²³ Cavallo. "DIRITTO PENALE", Tomo II. Napoli, 1955. pág. 143

"La acción (en sentido estricto) consiste en un movimiento corporal voluntario, o en una serie de movimientos corporales, dirigidos a la obtención de un fin determinado".⁽²⁴⁾

"La acción en amplio sentido consiste en la conducta exterior voluntaria encaminada a la producción de un resultado".⁽²⁵⁾

La acción en **sentido amplio** comprende: a) Una actividad positiva, en un hacer lo que no se debe hacer, en un comportamiento que viola una norma que prohíbe y b) Una actividad negativa, en un dejar de hacer lo que se debe hacer, en un omitir una obediencia a una norma que impone un deber hacer. Ambos son conducta humana, manifestación de voluntad que produce un cambio o peligro de cambio en el mundo exterior, llamado resultado, con relación de causalidad entre aquellos y éste.

La acción en **sentido estricto** consiste en el movimiento del cuerpo del sujeto, el hacer efectivo, corporal y voluntario.

De lo anterior se desprende:

1.- Los actos no voluntarios, cuando no exista un movimiento que no se realice con pleno conocimiento o voluntad de aquel sujeto que lo ejecute, no se puede hablar que existe una acción y por lo tanto no existe el delito.

2.- Sólo los actos corporales externos constituyen acciones en sentido penal. Como consecuencia de ellos los pensamientos y voliciones criminales no constituyen actos delictuosos.

²⁴ Cuello Calón, Eugenio. "DERECHO PENAL", Tomo I. 12a. Edición. Barcelona 1956. pág. 319

²⁵ Cuello Calón, Eugenio. "DERECHO PENAL". Tomo I Parte General. Editorial Bosch, Barcelona 1953. pág. 321

3.- La acción como primera condición debe ser voluntaria, pues como se mencionó en el punto primero si no hay voluntad no hay delito".(26)

Porte Petit prefiere llamar conducta o hecho al elemento objetivo del delito, el cual sigue la descripción del tipo. No emplea la terminología acción por que no contiene o abarca la omisión, al ser su naturaleza contraria a esta, pues la acción implica movimiento y la omisión todo lo contrario. En consecuencia si ambos términos son antagónicos uno de ellos no puede servir de género al otro.(27)

Para Antolisei la Acción no es todo comportamiento humano, sino sólo la conducta del hombre manifestada a través de un hecho exterior, pero además no cualquier proceder exteriorizado del hombre es constitutivo de la acción, sino únicamente aquel que tiene trascendencia para el Derecho."(28)

Riccio nos dice: el delito es acción, más la acción además de realizar una especie legal abstracta, prevista en la ley penal, debe ser culpable y no estar sujeta a ninguna causa de justificación"(29)

Para Giuseppe Maggiore acción es: "una conducta voluntaria que consiste en hacer o no hacer algo, que produce una mutación en el mundo exterior".(30)

2) Concepto de OMISION.

Al igual que en la acción, la omisión es una conducta humana, manifestación de voluntad que produce un cambio o peligro de cambio en el mundo

²⁶ Cuello Calón, Eugenio, "DERECHO PENAL". Tomo 1 Parte General. Editorial Bosch, Barcelona 1953. págs. 321, 322 y 323

²⁷ Porte Petit, Candaudap Celestino. "PROGRAMA DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL". Dirección General de Publicaciones de la U.N.A.M. Hecho en México, pág. 164

²⁸ Cfr. Antolisei, Francesco. "MANUAL DE DERECHO PENAL". Editorial Otela Argentina 1960. pág. 164.

²⁹ Riccio comentado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit. pág. 174

³⁰ Giuseppe Maggiore. "DERECHO PENAL". EL DELITO. Editorial Temis. Bogotá. 1954. Págs. 309 a la 317

exterior, llamado resultado, con relación de causalidad entre aquella y éste, traducida en un no actuar, en una actividad negativa, en un dejar de hacer lo que se debe hacer, en un omitir obediencia a una norma que impone un deber hacer.

La omisión es un no hacer activo, corporal y voluntario, cuando se tiene el deber de hacer, cuando este es esperado y se tiene el deber de no omitirlo, por lo que se causa un resultado típico penal"⁽³¹⁾

Betioli considera que "son delitos omisivos propios, todos aquellos delitos que se producen en una omisión, sin que sea necesario buscar un resultado que derive de esta omisión".⁽³²⁾

Para Lizt la omisión "consiste en no ejecutar, voluntariamente, el movimiento corporal que debiera haberse efectuado".⁽³³⁾

Existiendo la crítica por parte de Sebastián Soler, Jiménez de Asúa y Mezger, respecto a la definición de Lizt, en el sentido de que deja fuera los delitos de omisión culposa, que escapan de este concepto las omisiones culposas y que no es aplicable a los delitos de olvido, respectivamente.

Por su parte Cavallo refiere que la omisión "es la abstención del cumplimiento de una acción que se tenía la obligación jurídica de realizar, manifestandose en una conducta que realiza una situación diversa de aquella querida por la norma"⁽³⁴⁾

³¹ Carranca y Trujillo, Raúl y Carranca y Rivas, Raúl. "CODIGO PENAL ANOTADO". 18a edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1995. pág. 30

³² Citado por Porte Petit, Celestino. "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL I". Quinta edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1980. Op. cit. pág. 306

³³ Citado por Castellanos Tena, Fernando. "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL". 3-4a edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1994 pág. 156

³⁴ Citado por Porte Petit. "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL I". Op. Cit. pág. 306

Antolisei nos dice que omisión "es la falta de cumplimiento de la acción que se esperaba de un hombre"⁽³⁵⁾

Manzini por su parte expresa que "la esencia del delito omisivo consiste en la inobservancia pura y simple de un deber jurídico, independiente de aquello que se derive o no del mismo"⁽³⁶⁾

Jiménez de Asúa estima que "la omisión es el no hacer un movimiento corporal esperado que debía producir un cambio en el mundo exterior, que por la inacción queda inerte".⁽³⁷⁾

Porte Petit señala que existen dos clases de omisión en los delitos y que a saber son:

a) La **omisión simple** consistente en un no hacer, voluntario o involuntario (culpa), violando una norma **preceptiva** y produciendo un resultado típico, dando lugar a un tipo de mandamiento o imposición. Señalando como elementos de la omisión los siguientes: 1) Voluntad o no voluntad (culpa); 2) Inactividad o no hacer; 3) Deber jurídico de obrar, y 4) Resultado típico.

Señalando que la **voluntad o no voluntad (culpa)** consiste en querer no realizar la acción esperada y exigida o bien en no quererla (culpa), existiendo el elemento psicológico de querer la inactividad.

Por lo que hace a la **inactividad o no hacer**, se refiere a la abstención o inactividad voluntaria o involuntaria (culpa) que viola una norma preceptiva, imperativa; no se hace lo que debe hacerse.

³⁵ Citado por Porte Petit, Candaudap.Op. Cit. pág. 306

³⁶ Citado por Porte Petit, Candaudap.Op. Cit. pág. 306

³⁷ Citado por Porte Petit, Candaudap.Op. Cit. pág. 307

Respecto al **deber jurídico de obrar**, señala que en la omisión el NO HACER implica haber omitido la realización de una acción exigida y que ese no hacer que debía llevarse a cabo , jurídicamente hablando, debe tener la condición indispensable de que **sea exigible**, de tal forma que si el sujeto no tenía el deber jurídico de obrar, no existe omisión ni delito alguno.

Con relación al **resultado típico**, señala que en la omisión simple el resultado es únicamente típico toda vez que solamente existe un mutamiento en el orden jurídico y no material, pues se consuma el delito al no cumplirse con el deber jurídico ordenado por la norma penal.

b) Delito de **omisión impropia o de comisión por omisión** se presenta cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer voluntario o no voluntario (culpa), violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva. Señalando como elementos del delito de comisión por omisión los siguientes: 1) Una voluntad o no voluntad; 2) Inactividad; 3) Deber de obrar (una acción esperada y exigida) y deber de abstenerse; y, 4) Resultado típico y material.

Por lo que hace a los elementos de la comisión por omisión consistentes en una voluntad o no voluntad (culpa) e inactividad, nos remitimos a los señalado en el párrafo correspondiente en el apartado relacionado con la omisión simple.

Respecto al **deber de obrar y deber de abstenerse**, señala que a diferencia del delito de omisión simple, en el delito de comisión por omisión existe un doble deber: deber de obrar y deber de abstenerse, dando lugar a un tipo de mandamiento y a uno de prohibición.

El delito de comisión por omisión puede cometerse violando una norma preceptiva no necesariamente de carácter penal sino también de otra rama del derecho que establezca un deber jurídico de actuar.

Por lo que hace al **resultado típico y material**, hace mención de que en el delito de comisión por omisión, se produce un cambio en el mundo exterior al violarse la norma prohibitiva, dándose en consecuencia un doble resultado: típico o jurídico y material.⁽³⁸⁾

De lo anterior podemos afirmar que, en el caso a estudio (art. 225 Frac. XVII), nos encontramos ante un delito de omisión simple, es decir de resultado típico o antijurídico en virtud de existir solamente un mutamiento jurídico y no material.

B) Un RESULTADO, que se refiere a la LESION o PUESTA EN PELIGRO, del bien jurídico protegido por la ley.

Por lo que hace a este rubro, es de señalarse que la doctrina por el resultado que producen los delitos los clasifica en **formales y materiales**, siendo los primeros aquellos delitos de simple actividad o de acción, aquellos en los que se agota el tipo penal con el movimiento corporal o la omisión del agente, sin que sea necesario que para su integración se produzca un resultado material, delitos de mera conducta en los que se sanciona la acción (u omisión) en sí misma. Y a diferencia de los primeros, se encuentran los delitos materiales que son aquellos que para su integración se requiere necesariamente de un resultado objetivo o material.⁽³⁹⁾

³⁸ Porte Petit Candaudap, Celestino. "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL I" Quinta edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1980.

³⁹ Cfr. Castellanos Tena, Fernando. "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL". 34a edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1994. pág.137

Servio Tulio Ruiz habla de los delitos de resultado y de mera conducta, diciendo que los primeros (llamados también materiales) requieren para integrarse la realización de una conducta humana con un resultado material exigido en el tipo legal penal. Los segundos, son aquellos (llamados formales) que exigen para su consumación solamente un simple comportamiento externo, independiente de las modificaciones o resultados que dicho comportamiento provoque en el mundo exterior.⁽⁴⁰⁾

Carrara, refiere que los delitos de mera conducta son aquellos que se consuman con una simple acción del hombre, la cual basta sin mas para violar la ley, mientras que para la consumación de los delitos de resultado se requiere determinado resultado, que es lo que únicamente, en este caso, se considera como infracción a la ley.⁽⁴¹⁾

Porte Petit señala que: "son delitos de simple o pura conducta, formales o de resultado inmaterial, aquellos que se consuman con la realización de la conducta. Y de resultado o materiales, aquellos que al consumarse producen un cambio en el mundo exterior".⁽⁴²⁾

De lo que se concluye que al derecho Penal solo le interesa que la acción u omisión sean relevantes para éste, exigiendo el legislador que produzcan un resultado o por lo menos sea la exposición a peligro de un bien jurídico protegido; requiriendo para el delito consumado, necesariamente, la lesión a ese bien jurídico tutelado por el Derecho. Pues la simple acción u omisión, sin resultado no tienen ninguna trascendencia jurídico-penal al igual que los simples procesos mentales.

⁴⁰ Tulio Ruiz, Servio. "LA ESTRUCTURA DEL DELITO". Editorial Temis. Bogotá 1978. pág. 43

⁴¹ Carrara. Citado por Tulio Ruiz, Servio. "LA ESTRUCTURA DEL DELITO". Editorial Temis. Bogotá. 1978. Pág. 43

⁴² Porte Petit Candaudap. Celestino. "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL I". 5a edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1980. Pág. 394

De ahí que, por lo que hace a la figura típica señalada en el artículo 225 Fracción XVII del Código Penal vigente en el Distrito Federal, relativo al mandamiento que se le hace al Juez titular de un juzgado penal, de determinar la situación jurídica de un inculpado que le haya sido puesto a disposición, dentro de las setenta y dos horas siguientes a ésta o bien si el inculpado en su declaración preparatoria solicita se le duplique ese término, el juez estará al nuevo plazo y, en caso de que éste omita cumplir con el deber que la referida norma le impone, nos encontraremos ante un delito de **omisión propia**, es decir, ante un delito en donde únicamente se viola una norma preceptiva, sin que exista un resultado material.

FRAC. II.- LA FORMA DE INTERVENCION DE LOS SUJETOS ACTIVOS.

En este supuesto se trata de encontrar el grado de participación que tuvo el activo al realizar la Acción u Omisión que se le imputan y poder determinar si nos encontramos en un caso de autoría, coautoría o participación así como para determinar la responsabilidad penal del sujeto activo o sujetos activos del delito.

Al respecto nuestro Código Penal vigente en el Distrito Federal en su artículo 13 señala:

Art. 13.- Son autores o partícipes del delito:

I.- Los que acuerden o preparen su realización;

II.- Los que lo realicen por sí;

III.- Los que los realicen conjuntamente;

IV.- Los que lo lleven a cabo sirviendose de otro:

V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo:

VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión:

VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento a una promesa anterior al delito y

VIII.- Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

Dejando su estudio mas detallado para el tema relativo a la autoría y participación.

FRAC. III.- LA REALIZACION DOLOSA O CULPOSA DE LA ACCION U OMISION.

Que se entiende por dolo:

En la Legislación Penal Mexicana, en el artículo 8º Párrafo Unico del Código Penal vigente en el Distrito Federal señala: Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente: El Párrafo Primero del artículo 9º del mismo ordenamiento legal invocado define el dolo de la siguiente manera:

"Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley".

En términos generales, dolo significa conocimiento y voluntad de llevar a cabo una conducta que la ley previene como ilícita.

Desprendiéndose que para que el dolo exista, es necesaria la existencia de dos elementos: el conocimiento y la voluntad. En el primero el sujeto activo debe representarse la conducta descrita en la ley penal como delito, debe saber lo que hace y que es malo. Y, el segundo, habiéndose representado la conducta descrita por la ley como delito, sabiendo que es mala, realiza voluntariamente la conducta.

CLASES DE DOLO.

Existen diferentes clasificaciones del dolo, algunos autores lo clasifican en dolo directo y dolo eventual; otros en dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual; otros mas en dolo genérico, dolo específico, dolo directo o indeterminado, dolo eventual, dolo de daño y peligro y dolo del ímpetu y dolo de propósito; otros de dolo directo, dolo simplemente indirecto, dolo indeterminado y dolo eventual, etc.

Para el caso a estudio nos concretaremos a señalar en que consiste el dolo directo y el dolo indirecto.

Y así diremos que, dolo directo es aquel que se da cuando el sujeto quiere la producción de un resultado antijurídico y este se produce.

Y, dolo Indirecto: aquel que se da cuando el sujeto activo sabe que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente.

Que se entiende por culpa:

El el Párrafo Segundo del artículo 9º del Código Penal vigente en el Distrito Federal, nos define la culpa diciendo:

"Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previo siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales".

Por lo que, para que la culpa se constituya en la delictuosidad de una conducta, es preciso que surja por un olvido, por insigne que sea, en la disciplina social impuesta por la vida gregaria o en sociedad.

Teniendo entonces que, en el delito a estudio (art. 225 Frac. XVII del Código Penal), nos encontramos con que el mismo por necesidad es un delito doloso, es decir, no acepta la culpa toda vez que como se desprende del artículo 60 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, no se encuentra contemplado como delito culposo.

Asimismo, resultan ser elementos del tipo, cuando éste los exija, y de acuerdo con los incisos que el legislador marca en el numeral que se analiza (art. 122 del C:P:P:), los siguientes:

a) La calidad del sujeto activo y pasivo.

En los casos en que el tipo penal exige una determinada característica que hace diferentes los sujetos activos y pasivos en general, ese sujeto activo para ser autor, coautor, autor mediato o partícipe, requiere de una determinada calidad y de igual manera cuando el sujeto pasivo lo requiera, según el tipo penal. Y, en el caso concreto a estudio (artículo 225 Fracción XVII), es de señalarse que el sujeto activo necesariamente requiere de la calidad de **servidor público** y el sujeto pasivo ser la administración de justicia.

b) El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión.

Ya vimos, en párrafos anteriores, que el resultado forma parte del tipo objetivo y, la atribuibilidad no es considerada como tal, debiéndose entender a la misma como el juicio de que el autor, al cometer su acción típica y antijurídica, no se ha conducido conforme a las exigencias del derecho; representa un juicio de desvalor; el acto debe ser atribuido al autor como suyo y, en concreto es poner en el haber de un sujeto la acción u omisión realizada o dejada de hacer y que tenía obligación de realizar conforme a Derecho.

c) El objeto material del delito.

Es la persona o cosa sobre la cual recae la acción del delito; no existiendo en todo los caso objeto material del delito, aunque si existe objeto jurídico, y como ejemplo tenemos los delitos llamados de simple actividad y los delitos de omisión simple en donde hay carencia de ese objeto material a que se refiere este inciso.

d) Los medios utilizados.

Existen tipos penales que agravan la pena dependiendo del medio empleado para cometer o realizar la acción (el robo con violencia).

e) Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión.

1.-Lugar.- Algunos tipos penales requieren que la acción se cometa en un determinado lugar (casa habitación) para que se agrave la pena correspondiente a ese delito (robo) realizable por medio de esa circunstancia.

2.-Tiempo.-En otros casos se requiere que la acción se realice o se deje de realizar la que se tenía obligación de ejecutar, en determinado tiempo, mismo que juega un papel importante para que una acción u omisión se adecúen a un tipo penal o a otro (ejemplo, en el caso a estudio se requiere que hayan transcurrido las setenta y dos

horas o bien la duplicidad del plazo cuando el inculcado así lo haya solicitado, sin que el juez dicte auto de formal prisión o de libertad de un detenido dentro de ese término).

3.-Modo.- Toda acción puede realizarse por cualquier medio, pero algunos tipos penales requieren modos de la acción, que realmente son medios para alcanzar un fin, por ejemplo "... por medio del engaño..."

4.-Ocasión.- Es decir, en algunos casos se requiere de que se den determinadas condiciones para que una acción u omisión, en virtud de ese momento, se diferencien generalmente en lo relativo a la aplicación de la pena la que se agrava (ejemplo, el art. 137 del C.P. señala "... cuando durante una rebelión...", se necesita estar ante la ocasión de rebelión para aumentarse la pena del delito de robo, homicidio, secuestro, despojo, etc.

f) Los elementos normativos del delito.

Los elementos normativos del tipo penal son aquellos que solamente se pueden precisar haciendo una valoración de los mismos, distinguiéndose de los elementos objetivos del tipo penal, en que no es posible percibirlos por medio de los sentidos como éstos, por ser conceptos jurídicos. Cuando el legislador hace esa valoración de los elementos normativos del tipo penal, nos encontramos ante una valoración legislativa, pero cuando éste no refiere como deben entenderse a los elementos normativos del tipo penal, se entiende que faculta al juzgador para que la realice para precisarlos, caso en el que nos encontraremos ante una valoración judicial.

g) Los elementos subjetivos específicos.

En este caso es de hacerse mención de que a los elementos que el legislador señala en el artículo de referencia, es a los elementos subjetivos específicos

(distintos del dolo y la culpa) como: el ánimo, propósitos, intención, deseo, impulso, motivación, determinación, etc. y que se requieren en algunos tipos penales.

C A P I T U L O I I .

ESTUDIO DOGMATICO.

I.- TIPICIDAD.

A) TIPO OBJETIVO.

B) TIPO SUBJETIVO.

II.- ANTIJURICIDAD.

III.- CULPABILIDAD.

I.- LA TIPICIDAD.

En el capítulo anterior, en el apartado relativo al estudio de "los elementos del tipo penal", se dieron una serie de definiciones del mismo, concluyendo que "tipo" es la descripción hecha por el legislador de una conducta, plasmandola en los preceptos legales. Por lo que, en los párrafos subsecuentes, nos ocuparemos del estudio de la **tipicidad**, necesaria en la integración del delito, al ser un elemento esencial, sin el cual no se puede hablar de la configuración.

Como se dijo, la tipicidad es uno de los elementos esenciales para la configuración del delito, ya que su ausencia impediría su existencia, habida cuenta de que como se establece en nuestra Carta Magna, en su artículo 14, "En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata", lo cual significa que no existe delito sin tipicidad.

Para Porte Petit "tipicidad" es la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo, *nulum crimen sine tipo*.⁽¹⁾

Para Castellanos Tena "tipicidad" es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha por la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador.⁽²⁾

Para Luis Jiménez de Asúa "adecuación típica" (tipicidad o subordinación) es la correspondencia de la conducta humana con la figura o tipo descrito abstractamente en la norma.⁽³⁾

Para Muñoz Conde "tipicidad" es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal.⁽⁴⁾

¹ Porte Petit Candaudap, Celestino. "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL I". Quinta Edición. Editorial Porrúa. México 1980. Pág. 471

² Castellanos Tena, Fernando. "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL". 34a. edición. Editorial Porrúa. México 1994. Pág. 168

³ Jiménez de Asúa, Luis Citado por Tulio Ruiz, Servio. "LA ESTRUCTURA DEL DELITO". Editorial Temis. Bogotá 1978. Pág. 62

Para Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl, "tipicidad" es la conformidad de una conducta con la hipótesis delictiva consignada en la ley penal.⁽⁵⁾

En resumen, de los comportamientos antijurídicos, el legislador selecciona los más intolerables y lesivos, describiéndolos y señalándoles una pena para el caso de concretarse; de allí que surta sus efectos el principio de legalidad de **nulum crimen sine lege**, lo que es lo mismo, solamente los hechos tipificados en la ley penal podrán ser considerados como delitos.

LA TIPICIDAD EN EL DELITO COMETIDO POR SERVIDOR PÚBLICO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 225 FRACCIÓN XVII DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN EL D.F.

Es de recordar que el artículo en estudio señala:

Art. 225.- Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos los siguientes.

Frac. XVII.- No dictar auto de formal prisión o de libertad de un detenido, dentro de las setenta y dos horas siguientes a que lo pongan a su disposición, a no ser de que el inculcado haya solicitado la ampliación del plazo, caso en el que se estará al nuevo plazo.

Por lo que, para que se dé la tipicidad en este delito, es necesario que la conducta realizada por el sujeto activo se encuentre perfectamente encuadrada con la descripción hecha en la ley, en este caso el artículo antes mencionado.

⁵ Muñoz Conde, Francisco. "TEORÍA GENERAL DEL DELITO". Editorial Temis. Bogotá 1990. Pág. 39

⁶ Carranca y Trujillo, Raúl y Carranca y Rivas, Raúl. "DERECHO PENAL MEXICANO". Parte General. 18a. edición. Editorial Porrúa, México 1995. pág. 171

En otros términos, es la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador.

Es la adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa.

Es la adecuación de la conducta al tipo.

LA ATIPICIDAD EN GENERAL.

La atipicidad es el aspecto negativo de la tipicidad y se da cuando no se colman los elementos descritos en el tipo penal así como cuando la ley penal no ha descrito la conducta con característica antijurídica. Por consiguiente, la atipicidad será la inadecuación de la conducta desarrollada por el agente al tipo penal o falta de tipo legal; si la conducta no es típica entonces no será delictiva y al no existir tipicidad no hay delito por ser éste el elemento esencial de aquel.

La ausencia de tipicidad surgirá cuando existiendo la descripción legal o tipo, la conducta desarrollada no se adecúa a la misma, requisito para la configuración del delito.

Como ejemplo tenemos el caso en donde un individuo puede tener cópula con una menor de 18 años y emplear la seducción y el engaño, pero no ser casta y honesta; puede tener esta calidad, tener menos de 18 años pero no haberse empleado la seducción o el engaño; o bien ser casta y honesta, haberse empleado la seducción o el engaño pero tener 18 años o mas. (6).

En consecuencia si la conducta desarrollada por el agente no cubre los requisitos descritos en el tipo, estaremos en presencia de la atipicidad.

⁶ Porte Petit Candaudap, Celestino. "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL I". 5ª Edición. Editorial Porrúa. México 1980. Pág. 475

Las causas de atipicidad se darán en razón del contenido del tipo en particular, y pueden ser las siguientes:

a) **La ausencia de la calidad exigida por la ley, tanto en el agente pasivo como en el activo.** La descripción legal se refiere a la calidad de los sujetos, tal es el caso en el delito a estudio, en donde se requiere que el sujeto activo sea un servidor publico (juez penal) y el pasivo la administración de justicia.

b) **Por no existir las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo.** En en ocasiones el tipo legal establece condiciones de comportamiento en cuanto al lugar y tiempo, y al no llevarse a cabo las condiciones establecidas se da la atipicidad, teniendo como ejemplos los casos del delito de traición a la patria, una vez que ha sido declarada la guerra o rota las hostilidades, o del delito de robo en despoblado y con violencia.

c) **Por no llevarse a cabo por los medios comisivos específicamente señalados en la ley.** Y como ejemplo tenemos a la ejecución del del delito de "violación" sin violencia física o violencia moral.

d) **Por la falta de los elementos subjetivos requeridos en el tipo.** Estos consisten en las referencias típicas a la voluntad del agente (a su ánimo), o al fin que se persigue, como los conceptos "intencionalmente", "a sabiendas" y "con el propósito".

e) **Por no darse en su caso la antijuricidad especial.** Como ejemplo tenemos el caso en donde "sin motivo justificado" se introduce alguien a un domicilio, fuera de los casos que la ley los permite, al obrar justificadamente con permiso legal, no colmándose el tipo.

2) LA ATIPICIDAD EN EL DELITO COMETIDO POR SERVIDOR PUBLICO CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA PREVISTO EN LA FRACCION XVII DEL ARTICULO 225 DEL CODIGO PENAL DEL D.F.

La atipicidad en el delito a estudio, puede presentarse en los casos siguientes:

a) Por la falta de calidad en el sujeto activo, ya que es condición necesaria que esta conducta sea realizada por una persona con calidad de servidor público (Juez Penal).

b) Por la falta de calidad del sujeto pasivo, al no afectarse la administración de justicia.

c) Por la falta del deber jurídico impuesto por la ley.

d) Por la ausencia de adecuación en cuanto al tiempo, ya que la obligación del servidor público a que hacemos referencia deberá dictar el Auto respectivo dentro de las setenta y dos horas siguientes a que le fue puesto a su disposición un detenido o dentro de la ampliación del término si es que el consignado lo solicita y que será dentro de las ciento cuarenta y cuatro horas a su puesta a disposición

A) TIPO OBJETIVO.

Para Hans Welzel "el tipo objetivo" es el núcleo real material de todo delito. Dice que delito no es únicamente voluntad mala, sino voluntad mala que se realiza en el hecho y que el fundamento de todo delito es la objetivación de la voluntad en un hecho externo. Para él la objetivación de la voluntad encuentra su expresión típica en las "circunstancias del hecho" objetivas, que pertenecen al mundo objetivo. Señala que el tipo objetivo no es de algún modo algo externo puramente objetivo, que estuviera

absolutamente libre de momentos subjetivos anímicos. El "tipo objetivo" no es ajeno en el sentido de ajeno a lo subjetivo, sino en el sentido de lo objetivado y comprende aquello del tipo que tiene que encontrarse objetivado en el mundo exterior.(7).

Otros autores, sin hablar de tipo objetivo o tipo subjetivo, hablan de elementos del tipo y así tenemos que Celestino Porte Petit hace referencia a la Doctrina diciendo que los "elementos típicos objetivos o descriptivos del tipo" son "los estados y procesos externos, susceptibles de ser determinados espacial y temporalmente, perceptibles por los sentidos "objetivos, fijados en la ley por el legislador en forma descriptiva" y "los estados y procesos anímicos en otras personas que no sea precisamente el autor". Y agrega que en el "elemento típico objetivo" el elemento material forma parte del tipo y está constituido por la conducta o el hecho, de donde surgen los delitos de mera conducta o los de resultado material. (8).

Pavón Vasconcelos señala que los elementos objetivos del tipo "son aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que pueda ser materia de la imputación y de responsabilidad penal, expresados generalmente por un verbo (atentar, destruir, poseer, vender, traficar, portar, disparar, privar, ejecutar, etc.) y excepcionalmente por un sustantivo. Manifiesta que también se consideran dentro de los elementos objetivos las modalidades conectadas con la conducta cuando forman parte de la descripción legal, tales como las calidades de los sujetos activo y pasivo, las referencias temporales y espaciales, los medios de comisión y las referencias del objeto material". (9).

Fontan Balestra señala que los elementos objetivos "son los mas, puesto que de ellos se vale la ley para describir las conductas que conducen a pena. Son

⁷ Welzel, Hans. "DERECHO PENAL ALEMAN". Parte General. 12a Edición. 3a. Edición Castellana. Editorial Jurídica de Chile. Chile 1987. Pág. 93

⁸ Porte Petit Candaudap, Celestino. "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL I". 5a. Edición. Editorial Porrúa, México, 1980. Pág. 431 y 432

⁹ Pavón Vasconcelos, Francisco. "MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO". Parte General. 9a. edición. Editorial Porrúa, México, 1990. Pág. 476 a 478

los elementos puros de la tipicidad. Son referencias a cosas o a modos de obrar, nociones todas ellas que pueden ser captadas por los sentidos, poniendo de ejemplo la cosa en el "hurto", la morada o casa de negocio ajena en la "violación de domicilio". (10)

Rafael Marquez Piñeiro dice que la ley al establecer los tipos legales, al definir los delitos, suele delimitarse a exponer una simple descripción objetiva, detallándose en el tipo legal con mayor objetividad la conducta antijurídica que recoge. (11)

B) TIPO, SUBJETIVO.

Por lo que hace al "tipo subjetivo" Hans Welzel señala al "dolo" como el momento final de la acción, refiriendo que toda acción consciente es conducida por la conciencia de lo que se quiere (el momento intelectual) y por la decisión al respecto de querer realizarlo (el momento volitivo). Estos dos momentos configuradores de una acción típica, forman el dolo y de allí que la acción objetiva sea la ejecución adecuada del dolo, bien se trate de una tentativa o de un hecho consumado caso en el cual el dolo fue el elemento final de la acción.

De allí que el dolo como mera resolución sea penalmente irrelevante pues no se puede castigar el puro ánimo.

Ahora bien, qué se entiende por dolo: en sentido técnico penal, es sólo la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito, de donde se desprende que existan acciones no dolosas y que a saber, son aquellas en donde la

¹⁰ Fontan Balestra, Carlos. "TRATADO DE DERECHO PENAL". Parte General. Tomo II. Segunda Edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Pág. 51

¹¹ Marquez Piñeiro, Rafael. "DERECHO PENAL". Parte General. Editorial Trillas. México 1990. Pág. 218

voluntad de acción no está orientada a la realización del tipo de un delito (acciones culposas).⁽¹²⁾.

Otros autores, como se dijo antes, sin hablar de "tipo subjetivo", hablan de "elementos subjetivos de lo injusto" y así Muñoz Conde refiere que "normalmente, el tipo de injusto en los delitos dolosos sólo requiere en el ámbito subjetivo el dolo, es decir, la conciencia y la voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo. En algunos delitos específicos se requiere, sin embargo, además para constituir el tipo de injusto la presencia de especiales elementos de carácter subjetivo, mismos que no coinciden con el dolo. Se trata de especiales tendencias o motivos que el legislador exige en algunos casos, aparte del dolo, para constituir el tipo de algún delito. Dice que la importancia de tales elementos subjetivos se revela en que, si no concurren, no se da el respectivo tipo de injusto."⁽¹³⁾

Haciendose notar de que en la Doctrina, entre autores como GOLDSCHMIDT, HAROL FISCHER, HEGEL, MAX ERNESTO MAYER, no existe acuerdo en cuanto a la ubicación de los elementos subjetivos, pues unos los ubican dentro de la antijuricidad, otros dentro de la culpabilidad y otros mas los ubican tanto en la antijuricidad como en la culpabilidad en razón del examen de los delitos en particular.

¹² Welzel Hans. "DERECHO PENAL ALEMAN". Parte General. 12a. edición 3a. Edición Castellana. Editorial Jurídica de Chile. Chile 1987. Págs. 93 a 95

¹³ Muñoz Conde, Francisco. "TEORIA GENERAL DEL DELITO". Editorial Temis, S.A.. Bogotá 1990. Págs. 63 y 64

II.- LA ANTIJURICIDAD.

Para estudiar la antijuricidad es necesario hacer un repaso de lo se entiende por ella en general así como su importancia, y así diremos que:

Por antijuricidad debe entenderse la violación de los valores objetivos que el Estado ha creado para la conservación del orden social: es todo lo contrario a derecho, tan es así, que la mayoría de los autores nos dan una idea de ella en sus definiciones. Señalando como ejemplo las siguientes:

"Es un desvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y las normas de derecho".⁽¹⁴⁾.

En opinión de Castellanos Tena "La antijuricidad es un concepto negativo, un anti, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo, comunmente se acepta como antijurídico lo contrario a derecho".⁽¹⁵⁾.

Por su parte Luis Jiménez de Asúa al referirse a este elemento expresa: "Por tanto el hecho no basta que encaje descriptivamente en el tipo que la ley haya previsto, sino que se necesita que sea antijurídico contrario a derecho".⁽¹⁶⁾.

Para Rafael Pina, en su diccionario de derecho nos dice: "La antijuricidad es la contradicción al derecho o ilicitud jurídica".⁽¹⁷⁾.

Raúl Carrancá y Trujillo define a la antijuricidad como la contradicción entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico establecido por el Estado.⁽¹⁸⁾.

¹⁴ Pavón Vasconcelos Francisco. "MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO". 9a. Edición, Editorial Porrúa S.A. México 1990. Pág. 295.

¹⁵ Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 177

¹⁶ Jiménez de Asúa, Luis. "LA LEY Y EL DELITO". 5a. Edición. Editorial Sudamericana. Buenos Aires 1961. Pág. 267

¹⁷ De Pina Vara, Rafael. "DICCIONARIO DE DERECHO". Sexta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1977. Pág. 72

¹⁸ Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. "DERECHO PENAL MEXICANO". Parte General. 18ª Edición. Editorial Porrúa. México 1995. Pág 353.

La antijuricidad es el aspecto mas relevante del delito, y de tal importancia es considerada que, para algunos autores, no es un mero carácter o elemento del mismo sino, en última esencia, su intrínseca naturaleza.

Para Hans Welzel "la antijuricidad" es la contradicción de una realización típica con el ordenamiento en su conjunto.⁽¹⁹⁾

Muñoz Conde señala que la antijuricidad es la constatación de que el hecho producido es contrario a derecho, es injusto o ilícito, es la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico. Clasificando a la antijuricidad en formal y en material, siendo la primera la simple contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico y, la segunda al contenido material reflejado en la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger, concluyendo que la antijuricidad es la ofensa a un bien jurídico protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción y remata diciendo que no toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (desvalor de resultado) es antijurídica, sino solo aquella que se deriva de una acción desaprobada por el ordenamiento jurídico (desvalor de acción).⁽²⁰⁾

Servio Tulio dice que la antijuricidad es el elemento jurídico del delito sin el cual no se puede hablar de infracción penal y para lo cual se requiere de la existencia de una contradicción valorativa entre la conducta humana (típica) y el derecho. Y que un acto se convierte en delito solamente cuando choca con la ley y puede ser dañoso o malvado, pero si la ley no lo prohíbe no se puede reprochar a quien lo ejecuta.⁽²¹⁾

¹⁹ Welzel, Hans. "DERECHO PENAL ALEMAN". Parte General. 12a. edición. 3a. edición Castellana. Editorial Jurídica de Chile. Chile 1987. Pág. 76

²⁰ Muñoz Conde, Francisco. "TEORIA GENERAL DEL DELITO". Editorial Temis. Bogotá 1990. Págs. 83, 84 y 86

²¹ Tulio Ruiz. Servio. "LA ESTRUCTURA DEL DELITO". Editorial Temis. Bogotá 1978. Págs. 77 y 78

Max Ernesto Mayer nos dice, la antijuricidad "Es la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado".⁽²²⁾.

Este actuar, como se nota en su definición, se aparta del concepto eminentemente jurídico, al darle un contenido ético a su descripción, fincado en la cultura como son la costumbre, los sentimientos patrios, religiosos, etc.

EL FUNDAMENTO Y LA NATURALEZA JURIDICA DE LA ANTIJURICIDAD.

Al señalar las definiciones de la antijuricidad no basta decir que es todo lo contrario a derecho, pues se ha venido repitiendo que la esencia de la delictuosidad es, toda ella, oposición al Derecho.

La valoración de los actos es netamente objetiva: un ejemplo sería el robo, éste es antisocial inconveniente; el robo por consiguiente viene a ser un desvalor jurídico o antijurídico.

Por lo tanto, es acertada la definición que nos da Ignacio Villalobos de la antijuricidad al decir que "Es la violación de las normas objetivas de valoración".⁽²³⁾.

Y no van a importar los rasgos subjetivos de aquel o de quien cometa ese ilícito penal; ya sea un menor, un sujeto normal, un enajenado, etc., el robo siempre será antijurídico.

²² Mayer Ernesto Max. Citado por Castellanos, Tena Fernando, op. cit. pág. 179

²³ Villalobos, Ignacio. "DERECHO PENAL MEXICANO". Parte General. 3a. edición. Editorial Porrúa S.A. México 1975. Pág. 261

Si lo comete un menor o un enajenado, no serán delictuosos esos actos por la falta del elemento subjetivo de culpabilidad, pero como ha quedado asentado, sí serán esos actos plenamente antijurídicos por violar las normas objetivas de valoración.

Se considera que la concepción valorativa de antijuricidad es la más correcta, pues en el desarrollo de este estudio hemos señalado que la conducta debe considerarse antijurídica cuando lesiona un bien jurídico; además está ofendiendo las ideas valorativas de la colectividad.

A) ANTIJURICIDAD FORMAL O MATERIAL.

Ahora bien, la antijuricidad es la oposición al derecho: y como el derecho puede ser legislado, declarado por el Estado y formal, o bien de fondo, de contenido material; también de la antijuricidad se puede afirmar que es formal, por cuanto se opone a la ley del Estado, y material por cuanto afecta a los intereses protegidos por la ley.

"No es preciso pensar, por supuesto, que cada especie de antijuricidad formal o material, excluye a la otra; por el contrario, de ordinario van unidas a ambas y son, de acuerdo con su naturaleza y de su denominación, una la forma y la otra el contenido de una misma cosa".⁽²⁴⁾

Esto viene a sintetizarse en la violación de esas obligaciones o también puede decirse que es el ataque a esos derechos como el atentado contra esas normas jurídicas, esto proporciona el carácter de antijuricidad material, al violar intereses vitales de la organización social; intereses que al ser protegidos por la organización jurídica, viene a instituir una institución o un bien jurídico y por eso se dice, en una

²⁴ Villalobos, Ignacio. "DERECHO PENAL MEXICANO". Parte General. 3a. edición. Editorial Porrúa S.A. México, 1975. pág. 259

sociedad jurídicamente bien organizada o en un estado, el antijurídico material o el contenido de la antijuricidad en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos o de los intereses jurídicamente protegidos, o en el solo atentado contra el orden instituidos por los preceptos legales.⁽²⁵⁾.

En conclusión, en forma concreta la antijuricidad formal es la violación objetiva de la norma. Y la antijuricidad material es el daño o el peligro del bien jurídicamente protegido.

Puede decirse, en forma metafórica, que la antijuricidad formal y material, se puede asemejar como si fueran las dos caras de una misma moneda.

Después de este breve estudio se llega a la conclusión en no estar de acuerdo con las ideas de Luis Jiménez de Asúa, pues éste no está conforme con el dualismo, por considerar que no existe antijuricidad formal, pero nos podemos apegar o adherir a las ideas de la mayoría de los autores como son: "Ignacio Villalobos", "Cuello Calón" y "Frans Von Litz", quienes sí consideran en los estudios de ésta como una doctrina dualista en donde existe antijuricidad formal y material, pues la tipicidad, y ambas antijuricidades son tres cosas distintas e importantes cada una.

Como ejemplo de la antijuricidad material en el tipo penal a estudio (Art. 225 Frac. XVII C.P.), tenemos a la puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado, como lo es la "administración de justicia", mediante actos omisivos consistentes en no dictar auto de formal prisión o de libertad de un detenido dentro de las setenta y dos horas siguientes a la puesta a disposición.

Y, como ejemplo de la antijuricidad formal, tenemos de cuando un servidor público realiza la inactividad enmarcada en el artículo de referencia, por que éste con su inactividad viene a violar objetivamente a la norma.

²⁵ Villalobos, Ignacio. "DERECHO PENAL MEXICANO". Parte General. 3a. edición. Editorial Porrúa. México 1975. Pág. 259

El delito contra la administración de justicia cometido por servidor público al "No dictar auto de formal prisión o de libertad de un detenido, dentro de las setenta y dos horas siguientes a que lo pongan a su disposición, a no ser que el inculpado haya solicitado la ampliación del plazo, caso en el cual se estará al nuevo plazo", es un delito de peligro que se resume a lo ya estudiado en la antijuricidad formal, toda vez que no se cumple con el ordenamiento de referencia.

La antijuricidad material viene a ser, en resumen, la puesta en peligro del bien jurídico tutelado o sea la administración de justicia.

B) LA ANTIJURICIDAD EN EL DELITO COMETIDO POR SERVIDOR PUBLICO AL NO DICTA AUTO DE FORMAL PRISION O DE LIBERTAD DE UN DETENIDO, DENTRO DE LAS SETENTA Y DOS HORAS A QUE LO PONGAN A SU DISPOSICION, A NO SER DE QUE EL INculpADO HAYA SOLICITADO LA AMPLIACION DEL PLAZO, CASO EN EL QUE SE ESTARA AL NUEVLO PLAZO.

Se ha visto, que la conducta típica del delito de referencia, será antijurídica cuando no se encuentre amparada por alguna de las causas de justificación.

El artículo 225 Fracción XVII del Código Penal, al mencionar que es delito cometido por servidor público contra la administración de justicia el no dictar auto de formal prisión o de libertad de un detenido, dentro de las setenta y dos horas siguientes a que lo pongan a su disposición, a no ser que el inculpado haya solicitado la ampliación del plazo, caso en el que se estará al nuevo plazo, contiene expresamente la antijuricidad especial tipificada, totalmente o innecesaria y, en cuanto la antijuricidad, se obtiene en virtud del procedimiento de "excepción regla" por ello advierte Jiménez de Asúa, la pretendida antijuricidad especial, no es otra cosa que un elemento normativo, indebida e

impacientemente incrustado en lo que debio ser una descripción típica sin más alcance que el cognoscitivo y sin más propósito que el de concretizar o señalar lo injusto.⁽²⁶⁾

En consecuencia, la conducta en este delito, será antijurídica cuando, siendo conforme al tipo descrito por la ley, no está el sujeto amparado por una causa de justificación. Por ello expresa Manzini, el hecho es punible naturalmente sólo cuando presente el carácter de ilegitimidad.⁽²⁷⁾

En concreto, la antijuricidad se dará en el delito a estudio cuando se realice todo lo contrario o estipulado en la norma, para proteger a la administración de justicia.

El carácter antijurídico deviene de la naturaleza atentatoria del acto realizado, contra la administración de justicia.

Tal acto desprecia o desvalora las normas jurídicas de mas alto rango en el país, precisamente las normas constitucionales que consagran la administración de justicia.

CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Como ya hemos visto, a la luz de la teoría tetratológica, cada elemento tiene su aspecto negativo, siendo en la antijuricidad las que permiten a la conducta realizada por el sujeto, aun siendo típica, ser lícita o jurídica, por estar amparada por una causa de justificación. Cuando se presentan estas causas no existe antijuricidad y por lo tanto no hay responsabilidad del sujeto activo.

A continuación se harán algunas consideraciones de diversos autores acerca del problema en estudio.

²⁶ Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob. Cit. pág. 349

²⁷ Porte Petit Candaudap, Celestino. op. cit. Pág. 349

Ignacio Villalobos nos da la siguiente definición y dice que: "Las excluyentes de responsabilidad, son, pues condiciones excepcionales que concurren a la realización de un hecho típico del derecho penal, por las cuales el acontecimiento deja de ser delictuoso, a pesar de su tipicidad, y por lo tanto no produce la responsabilidad que es inherente al delito"⁽²⁸⁾.

Por su parte Porte Petit señala, existe una causa de licitud "Cuando la conducta o hecho siendo típico son permitidos, autorizados o facultados por la ley, a virtud de ausencia de interés o de la existencia de un interés preponderante".⁽²⁹⁾.

Por otro lado, Jiménez de Asúa las define como causas de impunidad o excusas absolutorias. "Las que hacen a un acto típico antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna, por razones de utilidad pública".⁽³⁰⁾.

Castellanos Tena nos dice: "Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuricidad de una conducta típica" ⁽³¹⁾. Y es que viene a representar un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber la antijuricidad.

En nuestro derecho, las causas de justificación, se encuentran consagradas en el artículo 15 Fracciones IV, V Y VI del Código Penal referentes a la legítima defensa, estado de necesidad, el cumplimiento de un deber jurídico o ejercicio de un derecho.

Por lo que nos adherimos a la opinión del profesor Ignacio Villalobos, pues las causas de justificación son excluyentes de responsabilidad. Aun realizándose los actos tendientes a la comisión del hecho delictuoso, por las condiciones excepcionales que concurren a la realización del mismo, el sujeto activo no tiene

²⁸ Villalobos, Ignacio. "DERECHO PENAL MEXICANO". Parte General. 3a. Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1975. Pág. 335

²⁹ Porte Petit, Candaudap Celestino. Op. Cit. Pág. 493

³⁰ Jiménez de Asúa, Luis. Op cit. pag. 433

³¹ Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 183

responsabilidad. La definición del autor antes citado, se considera la mas completa y precisa, la cual está de acuerdo con el punto de vista expuesto acerca de lo que debe entenderse por causas de justificación.

DEFINICIONES DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Como se dijo, en nuestro Derecho las "causas de Justificación" se encuentran previstas en el artículo 15 Fracciones IV, V y VI del Código Penal Vigente y que a saber son:

LA LEGITIMA DEFENSA.

El Código Penal vigente en el Distrito Federal en su artículo 15 Fracción IV, la define señalando:

"IV. Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista la necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie la provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende".

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio en donde se encuentren bienes propios o ajenos de los que exista la misma obligación: o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión".

Ignacio Villalobos nos dice al respecto que "Defender significa mantener incólume la cosa, la persona o el derecho que se ve amenazado, rechazando el

peligro y evitando el mal que le amenaza; y es legítima esa defensa cuando es auténtica y se lleva a cabo por necesidad, contra una agresión injusta y dentro de los límites indispensables para su objeto".⁽³²⁾.

Para Eduardo Zaffaroni el fundamento de la legítima defensa fue oscurecida por el desconocimiento de su complejidad y por consiguiente su más escueta formulación diciendo que se apoya sobre "La necesidad de conservar el orden jurídico y de garantizar el ejercicio de los derechos".⁽³³⁾.

Según Cuello Calón "Es legítima la defensa cuando es necesaria para rechazar una agresión actual inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor".⁽³⁴⁾.

Para Jiménez de Asúa "Legítima defensa es la repulsa de una agresión antijurídica, actual inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios".⁽³⁵⁾.

Castellanos Tena nos dice: "Es la repulsa de una agresión antijurídica y actual o inminente por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección".⁽³⁶⁾.

Un ejemplo de la legítima defensa se presenta cuando un individuo es sorprendido escalando los muros de una casa o es encontrado dentro de la habitación del dueño del inmueble y recibe una agresión por parte del éste, y se esta en presencia de la legítima defensa por que en ambos casos se estará actuando con derecho.

³² Villalobos, Ignacio. "DERECHO PENAL MEXICANO". Parte General. 3a. edición. Editorial Porrúa S.A. México 1975. pág. 391

³³ Zaffaroni, Eugenio Raúl. "TEORIA DEL DELITO". Editorial Ediar. Sociedad Anonima, Editorial Comercial, Industrial y Financiera. Impreso en Argentina, 1973. Pág. 466

³⁴ Cuello Calón. Citado por Castellanos Tena, Fernando. op. cit. pág. 191

³⁵ Jiménez de Asúa, Luis. citado por Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 191

³⁶ Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Págs. 191 y 192.

ESTADO DE NECESIDAD.

El Código Penal en su artículo 15 Fracción V nos dice:

"V. Se obre por necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo".

Cuello Calón nos dice, el estado de necesidad es: "El peligro actual o inminente para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona".⁽³⁷⁾.

"El estado de necesidad es una situación de peligro actual para los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos".⁽³⁸⁾.

Para Sebastián Soler "Es una situación de peligro para un bien jurídico, que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico".⁽³⁹⁾.

Según Zaffaroni "El estado de necesidad se da cuando el sujeto se ve precisado de actuar de modo lesivo, pero el mal que provoque no sea menor que el que evita".⁽⁴⁰⁾.

En el estado de necesidad, como su nombre lo indica, existe la necesidad de causar un daño para salvaguardar los intereses que peligran.

Un claro ejemplo es el aborto terapéutico en donde está en peligro el producto y la madre, y se salva el de mayor importancia, en este caso la madre.

³⁷ Cuello Calón, citado por Castellanos Tena, Fernando. op. cit. pág.203

³⁸ Liszt Von, Franz. Citado por Castellanos Tena, Fernando. op. cit. pág. 203

³⁹ Soler Sebastián. Citado por Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 203

⁴⁰ Cfr. Zaffaroni, Raúl Eugenio. Op. Cit. Pág. 486

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EJERCICIO DE UN DERECHO.

El artículo 15 Fracción VI señala. "La acción o la omisión se realicen en, cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro".

Ignacio Villalobos nos dice, que éste se origina por la "Concurrencia de un deber especial o de un derecho de atención al cual se ejecuta el acto y que por su misma naturaleza de deber o de derecho cumplido, elimina el carácter delictuoso de aquella conducta".(4).

De aquí se desprende como formas específicas las lesiones y el homicidio cometidos en los deportes o como consecuencia de tratamiento médico-quirúrgicos y un tipo de lesiones inferidas con motivo del ejercicio de corregir.

Un ejemplo es el box en donde los dos individuos se golpean mutuamente para poder ganar.

Otro ejemplo de esta causa de justificación sería, aquel sujeto que se introduce a una casa ajena por el deber que tiene de practicar un cateo.

CAUSAS DE JUSTIFICACION EN EL TIPO PENAL PREVISTO POR EL ARTICULO 225 FRACCION XVII DEL CODIGO PENAL.

Si tomamos en cuenta la naturaleza del delito cometido por servidor público, al no dictar auto de formal prisión o de libertad de un detenido dentro de las

" Villalobos Ignacio. Op. Cit. Pág. 355

setenta y dos horas siguientes a que le fue puesto a su disposición, nos daremos cuenta de que de las causas de justificación que señala el artículo 15 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, las cuales ya fueron estudiadas, solo puede presentarse el estado de necesidad.

La legítima defensa no se presenta en el delito objeto de este estudio por ser, como su misma definición lo indica, una agresión de una o varias personas a otra, y no se encuadra dentro del delito previsto por el artículo 225 Fracción XVII del Código Penal vigente en el D.F.

Se podría presentar un estado de necesidad en el caso de cuando el servidor público es precionado por medio de amenazas, de que van a matar a su familia o a él, si no coopera no dictando auto de formal prisión o bien auto de libertad al mismo tiempo, de un detenido que le fue puesto a su disposición, dentro de las setenta y dos horas siguientes a esta, por lo que no teniendo otra alternativa se ve precisado a no actuar; aquí se está actuando en un estado de necesidad, el de salvar su vida propia y la de sus familiares.

En el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, casi siempre por lo regular se da única y exclusivamente en los deportes, en donde la contienda es cuerpo a cuerpo, no siendo factible que se de la figura delictiva que se estudia.

III.-LA CULPABILIDAD.

A) LA IMPUTABILIDAD COMO CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD.

Entrar al campo subjetivo del delito, hace necesario primeramente precisar sus linderos pues, según el criterio adoptado, así será el contenido de la culpabilidad.

Existen varios criterios para hablar de la imputabilidad, algunos autores la separan de la culpabilidad y la ven como elemento autónomo del delito otros, sin embargo, dan amplio contenido a la culpabilidad y comprenden e integran en ella a la imputabilidad.

Estoy de acuerdo con esta última posición compartida por la gran mayoría de los autores que estiman que la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad; por eso tiene gran importancia estudiar la imputabilidad, antes de pasar de lleno a la culpabilidad.

B) PRESUPUESTOS DE LA CULPABILIDAD.

La imputabilidad viene a ser requisito indispensable para que se pueda configurar la culpabilidad. El soporte básico de la culpabilidad es la imputabilidad, con su aspecto negativo de la inimputabilidad, las cuales se estudiarán enseguida.

a) La Imputabilidad.

La imputabilidad, como ha quedado asentado en líneas atrás, viene a ser el soporte de la culpabilidad.

Para Ramón Fernández Pérez, "la imputabilidad es la capacidad psicológica de actuar con discernimiento, voluntad y aptitud por tanto, de apartarse de las normas jurídicas o ajustarse a ellas; capacidad de conducirse: ... imputabilidad en funcionamiento psicológico normal, es algo que lleva implícita una capacidad de entender y de querer, entender y querer al ejecutar un acto antijurídico, es lo que propiamente constituye la culpabilidad".⁽⁴²⁾.

Según Cuello Calón la imputabilidad es: "El elemento más importante de la culpabilidad. Se refiere a un modo de ser del agente, a un estado espiritual del mismo, y tiene por fundamento la existencia de ciertas condiciones psíquicas y morales (salud y madurez) exigidas por la ley para responder a los hechos cometidos.

No exige la concurrencia de condiciones de fina y delicada espiritualidad, sólo la de condiciones mínimas, de aquellas que son absolutamente necesarias para que una persona pueda responder de los propios actos. Es la capacidad de conocer y querer.

Para Ernesto Mayer "La imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente".⁽⁴³⁾.

Von Litz nos dice que la imputabilidad: "es la capacidad de obrar en Derecho Penal, es decir, de realizar actos referidos al Derecho Penal que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción".⁽⁴⁴⁾.

Castellanos Tena la define "Como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal".⁽⁴⁵⁾.

⁴² Fernández Prado Ramon. "ELEMENTOS BASICOS DE MEDICINA FORENSE". 4a. Edición. Corregida y aumentada. Derechos Reservados Dr. Ramón Fernández Pérez. México 1980. Pág. 214

⁴³ citado por Castellanos Tena. op. cit. pág. 218

⁴⁴ Von Litz, Franz. citado por Castellanos Tena, Fernando. op. cit. pág. 218

Rafael de Pina la define como la "Capacidad general atribuible a un sujeto para cometer cualquier clase de infracción penal. La imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad".⁽⁴⁶⁾.

Muñoz Conde refiere que "es la capacidad de motivación a nivel individual, la capacidad para motivarse por los mandatos normativos, lo que constituye la esencia de la imputabilidad".⁽⁴⁷⁾

La gran mayoría de los doctrinarios están de acuerdo en lo que debemos entender por imputabilidad, y es la capacidad de querer y entender en el campo del Derecho penal; en nuestra legislación esta capacidad exige un aspecto material, el cual consiste en una mayoría de dieciocho años de edad y un aspecto psicológico, un mínimo de sanidad mental; por consiguiente, entendemos a la imputabilidad como la capacidad ciudadana que debe tener el sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho y determinarse espontáneamente conforme a esa comprensión y, como consecuencia, responder de la conducta realizada, pues quienes carecen de capacidad para entender lo que el Estado les señala, no se les podrá imputar una conducta o hecho, por necesitarse un mínimo de exigencias tales como el desarrollo físico, determinada edad, para ser capaz, aunque posean la mente sana; los idiotas, imbeciles y locos nunca podrán entender lo que el Estado está prohibiendo o mandando y por lo tanto no serán imputables.

⁴⁵ Castellanos Tena, Fernando. op. cit. pág. 218

⁴⁶ De Pina Vara, Rafael. "DICCIONARIO DE DERECHO PENAL". 6a. Edición. Editorial Porrúa. México. 1977. Pág. 239

⁴⁷ Muñoz Conde. Francisco. "TEORIA GENERAL DE DELITO". Editorial Temis, S.A. Bogotá 1990. Pág. 140

b) Imputabilidad en el delito a estudio.

La imputabilidad como ha quedado asentado es un presupuesto de la culpabilidad, pues sin ella jamás podría integrarse: por lo tanto será imputable quien es capaz de querer y entender su conducta, la cual debe estar encuadrada en el tipo descrito en el artículo objeto de este estudio. Esto es que si el sujeto (servidor público) realiza un acto que se encuadre dentro de la Fracción XVII del artículo 225 del Código Penal y que nos dice "No dictar auto de formal prisión o de libertad de un detenido, dentro de las setenta y dos horas siguientes a que lo pongan a su disposición,...". El que comete dicho ilícito además de encuadrarse en el tipo penal, debe de tener un determinado grado de madurez, tanto física como psíquica para ser plenamente culpable.

En conclusión, todo sujeto con capacidad de conocer el carácter ilícito de su conducta y determinarse de acuerdo a esa comprensión, es imputable para responder de una conducta que encuadre en el artículo 225 Fracción XVII del Código Penal vigente en el Distrito Federal.

Carranca y Trujillo al abordar este tema nos señala: "Será pues imputable todo aquello que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas abstractas indeterminadamente, para poder desarrollar su conducta socialmente, todo lo que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a la exigencia de la vida en sociedad humana".⁽⁴⁸⁾.

⁴⁸ Carranca y Trujillo, Raúl y Carranca y Rivas, Raúl. "DERECHO PENAL MEXICANO". Parte General. 18ª Edición. Editorial Porrúa. México 1995. Pág. 431.

c) La inimputabilidad.

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad y serán inimputables aquellos sujetos que realicen una conducta antijurídica, pero que no estén capacitados para quererla y entenderla, es decir, que exista una perturbación plena de las facultades psíquicas que impida al sujeto conocer su conducta antijurídica o determinar su actividad conforme a dicho conocimiento. En otros términos, la inimputabilidad es la falta de capacidad del sujeto para conocer la ilicitud del hecho y para determinarse en forma espontánea conforme a Derecho.

Castellanos Tena nos dice al respecto: "Las causas de inimputabilidad son, pues, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad". (49).

Según Cuello Calón "Cuando el agente carece de la capacidad de conocer y querer es inimputable. Esta capacidad puede faltar cuando no se ha alcanzado a un determinado grado de madurez física y psíquica, o cuando la conciencia o la voluntad están anuladas o gravemente perturbadas de modo permanente o transitorio. Las causas de inimputabilidad son la minoría de edad, la enfermedad mental, la embriaguez, el sonambulismo, la sordomudez". (50).

Jiménez de Asúa dice que las causas de inimputabilidad "son aquellas en que, en el hecho intrínsecamente malo, contrario a derecho, no se encuentra sujeto de delito en condiciones de serle atribuible en el acto realizado, por no concurrir en el desarrollo o salud mentales, la conciencia o la espontaneidad". (51).

⁴⁹ Castellanos Tena, Fernando. op. cit. pág. 223

⁵⁰ Cuello Calón, Eugenio. op. cit. pág. 407

⁵¹ Citado Por Carranca y Trujillo, Raúl y Carranca y Rivas, Raúl. "CODIGO PENAL ANOTADO". 18ª Edición. Editorial Porrúa. México 1995. Pág. 80

Las causas de inimputabilidad son todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carecerá de toda aptitud psicológica para la delictuosidad.

En consecuencia, se podrá dar en el delito a estudio el aspecto negativo de la imputabilidad, cuando el sujeto se encuentre encuadrado en el caso previsto de la fracción VII del artículo 15 del Código Penal vigente en el Distrito Federal (excluyente de responsabilidad).

El cual a la letra dice:

Frac. VII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer **trastorno mental o desarrollo intelectual retardado**, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

1) **Trastornos mentales transitorios.**- Son la perturbación pasajera de las facultades psíquicas, de corta duración, diferente de la enajenación mental, las cuales se pueden dar por la ingestión de sustancias tóxicas tales como la quinina, el yodoformo, el ácido salicílico, la tropococaina así como la ingestión sustancias embriagantes al igual que la aplicación en sus diversas formas de estupefacientes como el opio y sus derivados, etc. y que pueden producir un estado de inconsciencia. Ingestión que para que se de la inimputabilidad, deberá ser accidental, es decir, los trastornos mentales no deberán ser producidos ni dolosa ni imprudencialmente. Sin omitir señalar que para la ingestión de sustancias embriagantes provoquen un estado de inconsciencia y esta a su vez de lugar a la inimputabilidad, la embriaguez deberá de ser plena o completa.

Asimismo pueden producir un trastorno mental transitorio, ciertos estados toxinfeciosos considerados como de inconsciencia, el tifus, la viruela, la

neumonía, la corea, el paludismo, la septicemia, la tisis, la rabia, la lepra, etc. y que provocan delirios, estados confusionales y de debilidad mental, post-infecciosos. Caso en el que es operante la excluyente de la inimputabilidad.

De lo que se desprende que, el sujeto activo, al padecer un trastorno mental en el momento de desplegar la conducta típica, sin que haya provocado su estado en forma dolosa o culposamente, será inimputable en virtud de haber realizado el hecho delictivo bajo un estado de inconciencia.

Cuello Calón nos dice al respecto lo siguiente: "La embriaguez fortuita, no querida ni prevista, cuando ha originado la anulación de las facultades mentales, cuando es plena, excluye la responsabilidad pues nada puede reprocharse al que bebe desconociendo la fuerza tóxica del líquido que se ingiere".⁽⁵²⁾

El problema se presenta cuando el sujeto al ingerir sustancias tóxicas o embriagantes, sabe que su sistema nervioso se va a alterar, y por ende su conducta variará de lo normal, llegando a la comisión de un delito, en este caso el sujeto será imputable.

O bien, si la ingestión de sustancias tóxicas es deliberada o procurada para delinquir, se estará en presencia del dolo perordenado.

Al respecto la Acción Libre en su Causa nos señala: "Actio libera in causa. Tal acción es aquella en la que el autor establece la causa decisiva en una situación de imputabilidad y se desenvuelve luego en una situación de inimputabilidad. En estos casos, el autor se utiliza asimismo, por decirlo así, como instrumento. Hay una acción "no libre" "in actu", pero "libre" "in causa".⁽⁵³⁾

Castellanos Tena nos dice: "Hay ocasiones en que el sujeto antes de actuar, voluntaria o culposamente se coloca en una situación inimputable y en esas

⁵² Cuello Calón, Eugenio, Op. Cit. Pág. 442

⁵³ Mezger, Edmund, Op. Cit. Pág. 222

condiciones produce el delito. A estas acciones se les llama liberae in causa (libres en su causa, pero determinadas en cuanto su efecto)".⁽⁵⁴⁾.

En conclusión, todo sujeto que se embriaga intencionalmente para realizar un ilícito, sabiendo que no lo cometería no estando ebrio, en tanto lo quiere realizar será imputable.

2) Desarrollo intelectual retardado.

El "desarrollo intelectual retardado" es un estado total de inconsciencia derivado de la pérdida de conciencia, o la falta de conciencia, que se denomina locura, alienación o enajenación mental.⁽⁵⁵⁾.

Edmundo Mezger señala que "imbecilidad" es un concepto amplio de enfermedad y mientras no se trate de estados de imbecilidad adquiridos, son objeto de examen los estados que tienen su base, desde el principio, en una determinada predisposición. En tal sentido se entiende por imbecilidad, en términos generales, las perturbaciones del desarrollo psíquico en el campo del intelecto. Se acostumbra a distinguir entre la idiotez, de la que padecen los imbeciles cuyo desarrollo espiritual no alcanza el de un niño de seis años, la imbecilidad, si el desarrollo espiritual del enfermo no corresponde al que se comprueba en las personas normales una vez terminado el periodo de la pubertad.⁽⁵⁶⁾.

De lo que se desprende que el legislador tomó en consideración la inimputabilidad de éstos a esta descripción, considerados por ende así, inimputables a quienes no tengan capacidad psíquica.

⁵⁴ Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 221

⁵⁵ Cfr. Carranca y Trujillo, Raúl y Carranca y Rivas., Raúl. "CODIGO PENAL ANOTADO". 18a. Edición. Editorial Porrúa. México 1995. Pág. 84

⁵⁶ Mezger Edmund. "DERECHO PENAL". Parte General. Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1985. Pág. 214

De lo anterior podemos afirmar que las expresiones "**trastorno mental**" y "**desarrollo intelectual retardado**" son conceptos amplios y abarcan, la primera, toda clase de trastornos mentales que impiden al sujeto comprender el carácter ilícito de un hecho y de conducirse de acuerdo a esa comprensión y, la segunda, comprende los casos en que, si bien no existe propiamente un trastorno mental, el sujeto por su desarrollo intelectual retardado o incompleto no se encuentra, igualmente, en posibilidad de comprender el carácter ilícito de un hecho y de conducirse de acuerdo a esa comprensión, como sucede en los caso de los ciegos o sordomudos, cuando carecen de una total instrucción.

Y para complementar lo antes señalado, es de hacer referencia de los artículos 24, Inciso 3, 67, 68, y 69 del Código Penal vigente en el Distrito Federal y que al respecto declaran: el primero refiere "Las penas y medidas de seguridad son 3. Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quiénes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos", en donde se contempla un sistema alternativo consistente en internamiento o tratamiento en libertad de inimputables. El artículo 67 faculta al juzgador disponer, en caso de inimputables, la medida de tratamiento aplicable (libertad o internamiento), previo el procedimiento correspondiente, y si se trata de internamiento, el sujeto será internando en la institución correspondiente. Como se ve la ley autoriza uno u otro tratamiento, debiéndose concluir que si el inimputable lo necesita y la seguridad social permite el sistema mixto, con períodos de internamiento y libertad vigilada, no existe problema para que el juzgador a sí lo determine una vez llevado el procedimiento correspondiente. Por último, el artículo 68 faculta a la autoridad judicial a entregar, a las personas inimputables, a quiénes corresponda hacerse cargo de ellas, mediante las medidas de tratamiento y vigilancia adecuadas, prorrogando facultades a la autoridad ejecutora para resolver sobre la modificación o conclusión de la medida, en forma provisional o definitiva, considerando las necesidades del tratamiento, las que se acreditarán mediante revisiones periódicas,

con la frecuencia y característica el caso, y finalmente el artículo 69 consagra la limitación de que la medida de tratamiento impuesta por el juez penal, excederá de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito, pero si concluido ese tiempo, la autoridad ejecutora considera que el sujeto continúa necesitando el tratamiento, lo pondrá a disposición de las autoridades sanitarias para que procedan conforme a las leyes aplicables.

3.- **Menores de edad.**- Son inimputables ya que carecen de un mínimo de sanidad tanto mental como física, para que se les pueda considerar como personas que puedan disponer de sus actos, y puedan ser sujetos de derecho.

Las infracciones típicamente penales, no están reguladas en nuestro Código Penal, por ser éste represivo y por lo tanto aplicable sólo aquellos que sean imputables.

C) LA INIMPUTABILIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO.

Se presentará la inimputabilidad en este delito, cuando la conducta del sujeto coincida con el marco jurídico del artículo 15 Fracción VII y el artículo 67 del Código Penal.

Es decir, cuando el servidor público incumpla con su obligación de determinar la situación jurídica de un inculcado dentro del término señalado por la ley, por encontrarse bajo los efectos de un trastorno mental, como consecuencia de la ingestión accidental de alguna sustancia tóxica.

Como vimos tiene gran importancia la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, por consiguiente analizaremos el último elemento el cual tiene gran importancia en el estudio de la teoría del delito, ya que sin este elemento no se podría hablar de la existencia del delito.

Por consiguiente a continuación pasaremos a analizar todo lo conducente a la culpabilidad.

D) LA CULPABILIDAD EN GENERAL.

El estudio dogmático de este delito lo hemos venido analizando de acuerdo a la teoría tetralógica, compuesta de cuatro elementos: la conducta, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, por consiguiente debemos seguir ese orden cronológico.

Sólo quien es imputable en general debe responder en concreto del hecho penal determinado que se le atribuye, es decir, es culpable.

La conducta para ser delito, debe ser un hecho antijurídico, típico, y además culpable.

No basta que el agente sea su autor material, es necesario que lo ejecute culpablemente.

Una acción será culpable cuando a causa de la relación psicológica entre ella y su autor, pueda ponerse a cargo de éste y además serle reprochada.

Se reprocha al agente su conducta y se reprueba esta por que no ha obrado conforme a su deber.

Jiménez de Asúa define a la culpabilidad "Como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".⁽⁵⁷⁾.

Castellanos Tena nos dice: "La culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto".⁽⁵⁸⁾.

⁵⁷ Jiménez de Asúa, Luis. "LA LEY Y EL DELITO". 5a. Edición. Editorial Sudamericana. Buenos Aires 1961. pág. 352

⁵⁸ Castellanos Tena, Fernando. op. cit. pág 234

Para Ignacio Villalobos la culpabilidad consiste en: "El desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandamientos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo".⁽⁵⁹⁾.

Para Francesco Antolisei "Culpabilidad es un nexo psíquico entre el agente y el hecho exterior".⁽⁶⁰⁾.

Podemos decir en conclusión, que la culpabilidad es el elemento subjetivo del delito.

Dos corrientes son las que han pretendido desentrañar la naturaleza de la culpabilidad, el psicologismo y el normativismo. Para la primera consiste en el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto y el normativismo señala, el ser de la culpabilidad constituye un juicio de reproche".⁽⁶¹⁾.

De los normativistas mas destacados tenemos a Reinhart Maurach autor alemán quien nos dice: la culpabilidad es reprochabilidad, pues se reprocha al autor el no haber actuado conforme al derecho, el haberse decidido en favor del injusto, aun cuando podía haberse comportado conforme a derecho".⁽⁶²⁾.

Castellanos Tena citando a Frank expresa: "La culpabilidad es reprochabilidad del injusto típico".⁽⁶³⁾.

Carranca y Trujillo en su libro Derecho Penal Mexicano nos define a la culpabilidad como "La relación psíquica, de causalidad entre el autor y el resultado".⁽⁶⁴⁾.

Para Rafael de Pina "La culpabilidad es la calidad de ser culpable".⁽⁶⁵⁾.

⁵⁹ Villalobos, Ignacio, citado por Castellanos Tena, Fernando. Op. cit. pág. 234

⁶⁰ Antolisei, Francesco. "MANUAL DE DERECHO PENAL". Parte General. op. cit. pág. 3-43

⁶¹ Cfr. Castellanos Tena, Fernando. op. cit. págs. 234 y 235

⁶² Cfr. Maurach Reinhart. Citado por Castellanos Tena, Fernando. Op. cit. pág. 236

⁶³ Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 236

⁶⁴ Carranca y Trujillo, Raúl Carranca y Rivas, Raúl. op. cit. pág. 429

⁶⁵ De Pina Vara, Rafael. op. cit. pág. 165

Según Zaffaroni la culpabilidad es reprochabilidad, esto quiere decir el conjunto de presupuestos o caracteres que debe presentar una conducta, para que le sea reprochada jurídicamente a su autor. ⁽⁶⁶⁾.

Otro autor que nos define a la culpabilidad es Mezger quien nos dice: "Que es la suma de los requisitos que fundan un reproche personal contra el autor y muestra el hecho como expresión jurídicamente desvalorada de la personalidad del autor".⁽⁶⁷⁾.

Para dar fin a las definiciones de culpabilidad Porte Petit la define "Como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto".⁽⁶⁸⁾.

C) FORMAS DE CULPABILIDAD.

Entre las principales formas de culpabilidad se encuentran el dolo y la culpa. Algunos autores han pretendido incluir como una tercera forma la preterintencionalidad, posición no aceptada por algunos tratadistas.

⁶⁶ Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl. "TEORIA DEL DELITO". Editorial Ediar. Sociedad Anónima, Editorial Comercial Industrial y Financiera. Impreso en Argentina, 1973. Págs. 505 y 506

⁶⁷ Mezger, Edmund. Citado por Zaffaroni, Eugenio Raúl. op. cit. pág. 517

⁶⁸ Citado por Castellanos Tena, Fernando. op. cit. págs. 233 y 234.

I.- CONCEPTO DE DOLO.

Para Eugenio Cuello Calón, "dolo" "Consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso".⁽⁶⁹⁾.

Luis Jiménez de Asúa define al "dolo" como "La producción de un resultado 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".⁽⁷⁰⁾.

Para Muñoz Conde "dolo", en el Derecho Penal, "debe entenderse simplemente como conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito".⁽⁷¹⁾.

Para Carranca y Trujillo y Carranca y Rivas el "dolo" puede ser considerado para la ley penal, como la intención de delinquir o sea dañada intención; de ahí que obrará con dañada intención aquel que en su conciencia haya admitido causar un resultado ilícito, representándose las circunstancias y la significación de la acción.⁽⁷²⁾.

Para Castellanos Tena el "dolo" consiste en "el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico".⁽⁷³⁾.

⁶⁹ Op. Cit. Castellanos Tena, Fernando. "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL". 3-4a. edición. Editorial Porrúa. México 1994. Pág. 239

⁷⁰ *Ibidem* pág. 239

⁷¹ Muñoz Conde, Francisco. "TEORIA GENERAL DEL DELITO". Editorial Temis, S.A. Bogotá 1990. Pág. 55

⁷² Carranca Y Trujillo, Raúl y Carranca Y Rivas, Raúl. "DERECHO PENAL MEXICANO". Parte General. 18a. edición. Editorial Porrúa. México 1995. Págs. 441 y 442

⁷³ Castellanos Tena, Fernando. "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL". 3-4a. edición. Editorial Porrúa S.A. México 1994. Pág. 239

Para Servio Tulio "existe dolo cuando el sujeto se representó y quiso el comportamiento ordenado o prohibido en la ley penal".(74).

De las definiciones antes dadas se desprende que el dolo tiene dos elementos que son: **conocimiento y voluntad** o que es lo mismo, un elemento intelectual y un elemento volitivo y que consisten en lo siguiente:

a) Elemento intelectual. Para que exista, el sujeto activo debe representarse la conducta descrita en la ley penal como delito, debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como acción típica. Ejemplo, en el homicidio debe saber que priva de la vida a otra persona; en el robo debe saber que se apodera de una cosa ajena mueble sin derecho y sin consentimiento de quien puede disponer de ella con arreglo a la ley, etc.. En conclusión, el sujeto debe estar conciente de que quebranta el deber.

b) Elemento Volitivo.- Consiste en la voluntad o intención, por parte del sujeto activo, de realizar la conducta típica y antijurídica que se ha representado, concluyendo que para actuar dolosamente no basta con el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, sino que es necesario, además, querer realizarlos.

⁷⁴ Tulio Ruz, Servio. "LA ESTRUCTURA DEL DELITO". Editorial Temis. Bogotá 1978. Pág. 132

CLASES DE DOLO.

Cada uno de los tratadistas ha hecho su propia clasificación de las especies dolosas, así por ejemplo, Muñoz Conde habla de **dolo directo y dolo eventual**; Fernando Castellanos Tena del **dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual**; Servio Tulio del **dolo genérico, dolo específico, dolo directo o determinado, dolo eventual, dolo de daño y peligro y dolo de ímpetu y dolo de propósito**; Villalobos del **dolo directo, dolo simplemente indirecto, dolo indeterminado y dolo eventual**; nosotros concretaremos a analizar los tipos de dolo que establece el artículo 9º del Código Penal vigente en el Distrito Federal y que a saber son: **a) el dolo directo, y b) el dolo indirecto.**

Pero, antes de analizar lo que es el dolo directo y el dolo indirecto, es necesario saber el contenido del artículo antes referido y que a continuación se transcribe:

Art. 9º.- Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley.

Procediendo a continuación a definir lo que es dolo directo y lo que es el dolo indirecto:

a) Dolo Directo.

Para Castellanos Tena "Dolo Directo" "Es aquel en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere"⁽⁷⁵⁾.

Para Servio Tulio el "Dolo Directo o Indeterminado" se da cuando la intención está dirigida a la producción de un resultado antijurídico y este se produce, como cuando se quiere la muerte y ella se ocasiona".⁽⁷⁶⁾.

⁷⁵ Ibidem. Castellanos Tena, Fernando, pág. 240

Para Muñoz Conde en el "Dolo Directo" el autor quiere realizar precisamente el resultado prohibido en el tipo penal (en los delitos de resultado) o la acción típica (en los delitos de simple actividad)".(77).

Cuello Calón señala: "Dolo directo es cuando el agente ha previsto como seguro y ha querido directamente el resultado de su acción u omisión, o los resultados ligados a ella de modo necesario, aquí el resultado corresponde a la intención del agente".(78)

En resumen, el dolo directo es aquel en donde el sujeto sabe el daño que va a causar con el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Hay voluntad en la conducta y en el resultado.

b) **Dolo Indirecto.**

El dolo indirecto se da cuando el agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos.

Al "Dolo Indirecto" Castellanos Tena lo define como "aquel que se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aun previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho".(79).

Para Villalobos "Dolo Indirecto" es aquel en el que el sujeto se propone un fin y sabe ciertamente que se producirán otros resultados típicos y antijurídicos, los cuales no son el objeto de su voluntad, pero cuyo seguro acaecimiento no le hace retroceder con tal de lograr el propósito rector de su conducta".(80).

⁷⁷ Ibidem. Tulio Ruiz, Servio. pág. 137

⁷⁸ Ibidem., Muñoz Conde, Francisco. pág. 58

⁷⁹ Cuello Calón, Eugenio. Op. Cit. Pág. 75.

⁸⁰ Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 240

⁸⁰ Citado por Castellanos Tena, Fernando. "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DEL DERECHO PENAL". 34a. edición. Editorial Porrúa, A.S. México, 1994. Pág. 240

II.- CONCEPTO DE CULPA.

Esta constituye la segunda forma de culpabilidad y para que la culpa se concrete en la delictuosidad de una conducta es preciso que surja por un olvido, por insigne que sea, en la disciplina social impuesta por la vida gregaria o en sociedad.

Carranca Y Trujillo a la "culpa" la define "como la no previsión de lo previsible y evitable, que causa un daño antijurídico y penalmente tipificado".⁽⁸¹⁾.

Cuello Calón define a la culpa como "el obrar sin la diligencia debida causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley."⁽⁸²⁾.

Mezger define a la "culpa" como "la infracción de un deber de cuidado que personalmente incumbe, pudiendo preverse la aparición del resultado"⁽⁸³⁾.

Antolisei nos dice "una acción es culposa cuando existe una violación a determinadas normas establecidas por la ley, por algún reglamento, por una autoridad, o en fin, por el uso o la costumbre".⁽⁸⁴⁾.

De este modo, el mecanismo de la culpa se desarrolla reprochando al autor el acto por no acatar las disposiciones establecidas.

Se puede establecer que la naturaleza de la culpa está en un obrar negligente, imperito, irreflexible o sin cuidado.

Servio Tulio dice que a diferencia del dolo, en el cual el agente quiere el resultado, en la "culpa" se reprocha y censura al autor haber realizado una conducta voluntaria que trae como consecuencia un resultado antijurídico no querido por el agente, pero que es producto de un comportamiento negligente, imprudente o imperito".⁽⁸⁵⁾.

⁸¹ Carranca Y Trujillo, Raúl y Carranca Y Rivas, Raúl. "DERECHO PENAL MEXICANO". Parte General. 18a. edición. Editorial Porrúa. México 1995. Pág. 457

⁸² Cuello Calón, Eugenio Op. Cit. Pág. 171

⁸³ Mezger, Edmund. Citado por Carranca y Trujillo, Raúl. Op. Cit. Pág. 457

⁸⁴ Citado por Castellanos Tena, Op. Cit. Pág. 246

⁸⁵ Tulio Ruiz, Servio. "LA ESTRUCTURA DEL DELITO". Editorial Temis. Bogotá 1978. Pág. 139

Para Castellanos Tena "existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas".⁽⁸⁶⁾

a) ELEMENTOS DE LA CULPA.

Por ser necesaria la conducta humana para la configuración del delito, el primer elemento estará constituido por un actuar voluntario tanto positivo como negativo; en segundo, esa conducta deberá de ser llevada a cabo sin la cautela o precauciones exigidas por el Estado; los resultados del acto han de ser previsibles y evitables y tipificarse penalmente; por último, se precisa de una relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido. Si el resultado es querido o aceptado, ya sea directa o indirecta, indeterminada o eventualmente, se estará en el caso de la imputación dolosa.

b) DIVERSAS CLASES DE CULPA.

Son dos las especies principales de la culpa:

- 1) Con Previsión o con Representación.
- 2) Inconsciente, sin previsión o sin representación.

La primera se da cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no la quiere, sino que abraza la esperanza de que no ocurrirá.

⁸⁶ Castellanos Tena, Fernando. "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL". 3-4a. edición. Editorial Porrúa. México 1994. Pág. 246

La segunda se presentará, cuando no se prevee un resultado previsible (penalmente tipificado). Existe voluntariedad de la conducta, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible.

A la culpa sin representación o inconsciente se le solía clasificar en lata, leve y levisima. Es lata cuando el resultado hubiera podido ser previsto por cualquier persona; leve si tan sólo por alguien cuidadoso y, levisima únicamente por los muy diligentes.

La culpa en el Derecho Penal Mexicano se encuentra prevista en el artículo 8º Párrafo Unico, del Código Penal vigente en el Distrito Federal, en el cual nos dice que la acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa y culposamente.

Por eso mismo la culpa la podemos fundamentar en el Párrafo Segundo del artículo 9º del mismo ordenamiento legal antes indicado, en el que nos dice que "obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o que previó confiado en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales".

Concluyendo, por lo que hace a este rubro, que en el delito previsto en el artículo 225 Fracción FVII del Código Penal vigente en el Distrito Federal, se puede presentar en la forma dolosa de la omisión y nunca en forma culposa en virtud de que dicha figura delictiva no se encuentra contemplada dentro de los tipos penales que refiere el artículo 60 del Código Penal vigente en el Distrito Federal pueden ser realizados en forma culposa.

FORMAS DE CULPABILIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO.

De los expresados de la culpabilidad, al ubicarla en el delito de este ensayo o sea en el Delito Cometido por Servidor Público, previsto en el artículo 225 Fracción XVII del Código Penal vigente, decimos:

Su forma de culpabilidad siempre será dolosa, nunca culposa, por que no solo requiere representación del hecho y conciencia de su ilicitud, sino voluntad, lo cual demuestra la exigencia de la ley de un dolo encaminado a la lesión de aquellos valores, además de que de acuerdo a lo establecido en el artículo 60 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, no contempla al artículo 225 Fracción XVII del Código Penal como figura típica en la que opere la culpa.

El sujeto al realizar dicha conducta ilícita va a reunir los dos elementos, tanto el intelectual como el volitivo, es decir, va a tener pleno conocimiento y voluntad de lo que está haciendo, por consiguiente este delito siempre será doloso.

No es posible por ello, hablar de la comisión culposa e imprudencial de este delito.

LA INCULPABILIDAD.

La inculpabilidad viene a ser el aspecto negativo de la culpabilidad y opera al hallarse ausentes los elementos de esta última (conocimiento y voluntad), eliminando la configuración del delito aunque existan los antecedentes lógicos como la conducta, la tipicidad y la antijuricidad.

Al referirse al aspecto negativo, lo encuadramos dentro del marco intelectual y volitivo del agente, y para mayor comprensión de este delito señalaremos lo

expresado por Jiménez de Asúa al decir que la inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto en el juicio de reproche.⁽⁸⁷⁾

Si para que se presente la culpabilidad es necesario existan los elementos volitivo y cognoscitivo, para que se dé la inculpabilidad es necesario que exista una causa que elimine a ambos o a uno de ellos, por lo tanto la inculpabilidad existirá cuando se encuentre ausente alguno o ambos elementos esenciales de la culpabilidad.

Para que un sujeto sea culpable, debe reunir los elementos intelectual y volitivo, es decir que exista un conocimiento y una voluntad, y para poder determinar la inculpabilidad podemos decir que, las causas de exclusión de la culpabilidad son:

Castellanos Tena dice "que en estricto rigor, las causas de inculpabilidad serían el ERROR ESENCIAL DE HECHO (ataca al elemento intelectual) y la COACCION SOBRE LA VOLUNTAD (afecta al elemento volitivo) y remata diciendo que si la culpabilidad se forma con el conocimiento y la voluntad, solo habrá inculpabilidad en ausencia de cualquiera de los dos factores, o de ambos".⁽⁸⁸⁾

Para muchos otros autores, entre ellos Pavón Vasconcelos, las causas generales de inculpabilidad son: a) El error, y b) La no exigibilidad de otra conducta.

Y, para entrar de lleno a su estudio, es necesario saber que se entiende por error y que por ignorancia y, así diremos que el primero consiste en una idea falsa o errónea de un objeto, cosa o situación, es una laguna en nuestro entendimiento y, el segundo, es la falta absoluta de toda representación, el desconocimiento total de un hecho, la carencia de toda noción sobre una cosa, conceptos que para el derecho se reúnen en uno solo, pues tanto vale ignorar como conocer falsamente, sin omitir señalar de que existe un principio casi universal de que "la ignorancia de las leyes a nadie beneficia".

⁸⁷ Cfr. Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 257.

⁸⁸ Castellanos Tena, Fernando. "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL". 34ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1994. Pág. 258

La doctrina dice que lo que al derecho le interesa es que un hecho sea de trascendencia jurídica, ya que lo inexistente para el derecho carece de toda importancia, de donde el error deberá ser relevante.

El error a su vez se divide en **error de derecho** (de prohibición, de permisión, de licitud) y **error de hecho**.

ERROR DE DERECHO.

Pavón Vasconcelos señala que se estima como casos de error de derecho o de prohibición los siguientes:

a) Error invencible por considerar que el hecho típico ejecutado no estaba prohibido.

b) Error invencible por considerar que, un hecho generalmente prohibido, en el caso particular se encuentra justificado en virtud de alguna circunstancia que en realidad no tiene esa eficacia.

c) Error invencible al considerar que el hecho, prohibido en general, en el caso particular se encuentra comprendido dentro de una auténtica causa de justificación.

El error de Derecho incide sobre el derecho objetivo.

El error esencial de hecho y de derecho (ataca al elemento intelectual) y la coacción sobre la voluntad (afecta el elemento volitivo). Sólo habrá inculpabilidad en ausencia de cualquiera de los dos elementos (intelectual y volitivo) o de ambos.^(8º)

™ Cfr. Castellanos Tena, Fernando. op. cit. pág. 258

ERROR DE HECHO.

El error de hecho se divide en esencial y accidental, el primero recae sobre un elemento fáctico, cuyo reconocimiento afecta al factor intelectual del dolo por ser tal elemento requisito constitutivo del tipo. El error esencial puede ser vencible, según deje subsistente la culpa o borre toda culpabilidad.⁽⁹⁰⁾.

Pavón Vasconcelos dice que el error de hecho esencial produce inculpabilidad en el sujeto cuando es invencible, pudiendo recaer sobre los elementos constitutivos del delito, de carácter esencial, o sobre alguna circunstancia agravante de penalidad (calificativa del delito). Y que el error esencial vencible (aquel en el que el sujeto pudo y debió prever el error) excluye el dolo pero no la culpa careciendo por ello de naturaleza inculpable, salvo que la estructura del tipo impida esa forma de culpabilidad.⁽⁹¹⁾.

El error accidental recae sobre circunstancias secundarias, puede ser el golpe, en la persona o en el delito. El error de derecho puede ser penal o extrapenal, el primero recae en la norma en cuanto a su contenido y significación; el segundo versa sobre ese contenido, pero el error consiste en un concepto jurídico perteneciente a otra rama del derecho.

Vasconcelos dice que el error inessential o accidental no es causa de inculpabilidad por recaer sobre los elementos no esenciales, accidentales del delito, o sobre simples circunstancias objetivas, etc. comprendiendo los llamados casos de aberración (aberración ictus y aberración in persona).⁽⁹²⁾.

La coacción sobre la voluntad, afecta al elemento volitivo, esta coacción sobre la voluntad impide que se manifieste en una forma libre, y por lo tanto

⁹⁰ Cfr. Castellanos Tena, Fernando, op. cit. págs. 258 y 259

⁹¹ Pavón Vasconcelos, Francisco, "MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO". Parte General. 9ª Edición. Editorial Porrúa, México 1990, Pág. 436 y 437

⁹² Pavón Vasconcelos, Francisco. Pág. 437

será un presupuesto de la inculpabilidad en el delito cometido por servidor público al no dictar auto de formal prisión o de libertad de un detenido dentro de las setenta y dos horas siguientes a que le fue puesto a su disposición

Al respecto nuestra legislación Penal en su artículo 15 Fracción VIII, señala:

Frac. VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea por que el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o por que crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código.

De donde se desprende que en nuestra legislación en el inciso "a" se regula el error de hecho y, en el inciso "b" se regula el error de derecho y que, para que sean impositivos de integración del delito, deberán de ser esenciales e invencibles.

LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA.

Para algunos autores, como Castellanos Tena, para que desaparezca la culpabilidad precisa la anulación de alguno de sus dos elementos, o de ambos, de lo cual se infiere que las causas de inculpabilidad son aquellas capaces de afectar el conocimiento o elemento volitivo; en consecuencia, las inculpabilidades están constituidas por el error esencial de hecho y la coacción sobre la voluntad". (93).

"Cuando se habla de la no exigibilidad de otra conducta, se hace referencia sólo a consideraciones de nobleza o emotividad, pero no de derecho, por las

⁹³ Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 271

cuales resulta humano, excusable o no punible que la persona obre en un sentido determinado, aún cuando haya violado una prohibición de la ley o cometido un acto que no puede ser aprobado propiamente ni reconocido como de acuerdo con los fines del Derecho y con el orden social. Se trata de infracciones culpables cuyo sujeto, por una indulgente comprensión de la naturaleza humana y de los verdaderos fines de la pena, puede ser eximido de las sanciones que se reservan para la perversidad y el espíritu egoísta y antisocial".

"Alguna solución se ha de buscar, en el terreno de la conveniencia política, al problema que en tales condiciones se plantea: pero ciertamente no es necesario pasar sobre la verdad técnica como lo hacen quienes declaran jurídica o culpable una conducta que se realiza conscientemente contra la prohibición del derecho, sin que medie causa alguna que la autorice y aun cuando concurren condiciones precarias que sólo corresponden a un orden subjetivo y extrajurídico". (94).

Al respecto Tulio Ruiz dice que una teoría Alemana señala "que para poder atribuir psicológicamente y, por ende, reprochar un comportamiento a su autor, es indispensable el requisito de la normalidad de las circunstancias en que la acción se ha desarrollado. El juicio de reprochabilidad en que se apoya la culpabilidad, no se podría realizar cuando el sujeto se encontrase en condiciones tales, que no fuera posible pretender o exigir de él un comportamiento diferente al realizado u observado." (95).

En conclusión, la realización de un hecho penalmente tipificado como delito, obedece a una situación especialísima, apremiante, que hace excusable ese comportamiento.

Al respecto la Fracción IX del artículo 15 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, señala:

⁹⁴ Villalobos, Ignacio. Op. Cit. Pág. 42

⁹⁵ Tulio Ruiz, Servio. "ESTRUCTURA DEL DELITO". Editorial Temis. Bogotá 1978. Pág. 172 y 173

Fracc. IX Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.

EXIMIENTES PUTATIVAS.

Las eximientes putativas son aquellas en donde el sujeto al llevar a cabo una conducta típica, desconoce la significación de su acto, o poseyendo esa consecuencia, ejercita esa conducta o hecho con voluntad coaccionada, luego entonces se estará en presencia de la ausencia de culpabilidad.

Castellanos Tena nos dice que las eximientes putativas son "Las situaciones en las cuales el agente, por un error esencial de hecho insuperable cree, fundadamente, al realizar un hecho típico de Derecho Penal, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita), sin serlo". (96).

Pavón Vasconcelos señala como eximientes putativas a las siguientes:

- a) Defensa putativa;
- b) Estado de necesidad putativo;
- c) Ejercicio de un derecho Putativo, y
- d) Cumplimiento de un deber putativo.

Dice que éstas sirven de guía para encontrar el concepto de cada una de tales eximientes, los propios elementos constitutivos de las causas de justificación, a las cuales se agrega el error esencial e invencible en que se encuentra el autor del hecho enjuiciado, respecto a la licitud de su conducta y del resultado causal de ésta. En la "defensa putativa", el sujeto cree fundado en error esencial e invencible; ejecutar un legítimo derecho de defensa, siendo injustificada tal creencia por la inexistencia de una auténtica agresión. En el "estado de necesidad putativo", la creencia de un estado de

⁹⁶ Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 267

peligro, real, grave e inminente, fuera de toda realidad, constituye el falso conocimiento del hecho que lleva al agente a lesionar bienes jurídicos ajenos. En el "ejercicio de un derecho" y "el cumplimiento de un deber putativos", la conducta antijurídica se supone lícita, a virtud del error sobre la existencia del derecho o del deber que se ejercita o cumplimenta". (97).

INCUPLABILIDAD EN EL DELITO COMETIDO POR SERVIDOR PUBLICO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PREVISTO EN EL ART. 225 FRACCIÓN XVII DEL CODIGO PENAL.

De las causas de inculpatibilidad ya estudiadas (error y no exigibilidad de otra conducta), es de señalarse de que el tipo penal a estudio solamente es operante como causa de inculpatibilidad "la no exigibilidad de otra conducta" por que solamente atacando la voluntad del sujeto es como se puede dar, toda vez que, como se dijo, para que la inculpatibilidad se dé es necesario sea eliminado alguno de los elementos del dolo (cognoscitivo y volitivo) o ambos y, en el caso concreto, el elemento cognoscitivo no puede ser eliminado por el error en virtud de que el servidor público (juez) conoce perfectamente sus deberes.

EL CASO FORTUITO.

En nuestra Legislación penal, el caso fortuito, se encuentra regulado en la Fracción X del artículo 15 del Código Penal, en el cual se da una "falta de acción".

La falta de acción existe cuando no es atribuible a la voluntad del sujeto el movimiento (o la falta de movimiento) en las omisiones. (98).

97 Pavón Vasconcelos, Francisco. "MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO". Parte General. 9ª Edición. Editorial Porrúa. México 1990. Pág. 442 y 443

98 Villalobos, Ignacio. "DERECHO PENAL MEXICANO". Parte General. 3ª Edición. Editorial Porrúa. México 1975. Pág. 413

En el caso fortuito, a diferencia de la culpa, el resultado jamás puede preverse por ser imprevisible y, en la culpa el resultado es previsible ya que existe esa posibilidad.

"Se ha dicho que este caso fortuito no es propiamente una excluyente sino la simple falta de dolo y de la culpa: que "comienza allí donde termina la culpabilidad".⁽⁹⁹⁾

Antolisei dice que cuando en la actividad del hombre no se encuentra dolo ni culpa, por no haber querido el resultado ni haberlo causado negligente o imprudentemente, surge el fortuito, sin haber lugar a ningún reproche, ni siquiera de ligereza, con relación al autor del hecho".⁽¹⁰⁰⁾

Castellanos Tena nos dice que "en el caso fortuito el resultado adviene por el concurso de dos energías diversas: la conducta del agente (por hipótesis precavida, lícita) y una fuerza a él extraña. De una parte ese actuar voluntario y de otra, una concausa que se une a la conducta: de esa amalgama surge el evento". En consecuencia, el caso fortuito queda fuera de la culpabilidad: si una conducta es cautelosa y absolutamente lícita, pero se une a ella una concausa extraña y por ello se produce el resultado coincidente con la descripción legal de un delito, no puede atribuirse al sujeto por que no lo quiso, ni omitió deber alguno de cuidado o diligencia.⁽¹⁰¹⁾

Manzini señala que el "caso es toda energía extraña a la voluntad del individuo en cuya esfera de actividad ha ocurrido el evento, la cual ha impedido al individuo mismo llevar a cabo aquella diligencia ordinaria que, de acuerdo con las relaciones de que se trata, habría sido suficiente para ajustarse a un precepto penal, o a

⁹⁹ Marizene. Citado por Villalobos Ignacio. Pág. 413

¹⁰⁰ Op. Cit. por Pavón Vasconcelos, Francisco. Pág. 450

¹⁰¹ Castellanos Tena, Fernando. "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL". 34ª Edición. Editorial Porrúa, México, 1994. Págs.254 y 255

otra norma de conducta, de la violación ordinaria de la cual puede surgir responsabilidad penal por las consecuencias no queridas". (102).

De lo anterior se desprende que en el caso fortuito no existe ni el dolo ni la culpa, por no haber querido el resultado ni haberlo causado negligente o imprudentemente; estableciéndose el límite a la culpabilidad, allá donde termina la culpa surge el caso fortuito, por tanto el hecho no es reprochable a su autor.

Ignacio Villalobos dice que para que el casus tenga consideración en el Derecho penal, se requiere que concurra una actividad del hombre, impidiendo a éste llevar a cabo la diligencia común, necesaria para ajustarse a un precepto penal. El hombre que maneja un automóvil y, por la rotura repentina e imprevisible de los frenos o de los mecanismos de dirección, va a causar daños a las personas o pertenencias ajenas, ha ejecutado el acto de poner y llevar en movimiento el vehículo, movimiento y vehículo que son causas inmediatas y materiales del daño causado; pero no ha querido, ni previsto, ni podido evitar el evento, y por eso no se le puede considerar culpable". (103).

En el delito a estudio, es decir, el delito cometido por servidor público contra la administración de justicia previsto en el artículo 225 Fracción XVII del Código Penal, el caso fortuito sí es operante toda vez que en un caso en donde el servidor público habiendo tomado las providencias para dictar Auto de Formal Prisión o de Libertad, por una fuerza extraña a su voluntad se ve impedido a dar cumplimiento con el ordenamiento (un incendio, un terremoto), es decir, no alcanza a notificar la situación jurídica del inculpado dentro del término conferido por la ley.

¹⁰² Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. "MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO". 9ª Edición. Editorial Porrúa, México 1990. Pág. 449

¹⁰³ Citado por Marquez Piñero, Rafael. "DERECHO PENAL". 3ª Edición. Editorial Trillas. México 1994. Pág. 302

IV.- LA PUNIBILIDAD.

Naturaleza Jurídica de la Punibilidad.

Hablar de la naturaleza de la punibilidad, ha sido una larga discusión por que hasta la actualidad no se ha llegado a un común acuerdo entre los estudiosos del Derecho; muchos autores dicen que la punibilidad es uno de los elementos esenciales del delito, en cambio otros, entre ellos Raúl Carranca y Trujillo, Ignacio Villalobos y Celestino Porte Petit, lo explican no como elemento esencial del delito sino mas bien como una consecuencia del mismo, no teniendo por tanto nada que ver con el delito y solo responde en materia de penalidad.

Con claridad esto nos da a entender que la punibilidad no justifica su consideración en la teoría del delito.

Para Ignacio Villalobos, "La punibilidad no es elemento del delito.- Con lo dicho.: acto humano típicamente antijurídico y culpable, queda completa la definición esencial del delito, pues a pesar de algunas supervivencias del pensamiento anterior, el estudio cuidadoso nos ha desembarazado del primer espejismo que involucró la pena en la constitución del delito. Esta es oposición al orden jurídico y nada mas; oposición objetiva que se conoce como antijuricidad; y oposición subjetiva o culpabilidad. La pena es la reacción de la sociedad o el medio de que ésta se vale para tratar de reprimir el delito; es algo externo al mismo y, dados los sistemas de represión en vigor, su consecuencia ordinaria; por esto es que, acostumbrados a los conceptos arraigados sobre justicia retributiva, mera lógica el decir que el delito es punible; pero ni esto significa que la punibilidad forme parte del delito, como no es parte de la enfermedad el uso de una determinada medicina, ni el delito dejará de serlo si se cambiaran los medio de defensa de la sociedad. Un acto es punible porque es delito; pero no es delito por que es punible". (104).

¹⁰⁴ Villalobos Ignacio. Op. Cit. Pág. 212

Como se ha visto, la punibilidad no es un elemento esencial del delito, este se puede dar aunque no exista aquella.

Por lo tanto la punibilidad no es requisito esencial del delito, es una consecuencia del mismo; la hipótesis penal prevalece por sí sola, la sanción no forma parte de la esencia, sino de un acto que la contraría.

Por consiguiente se consideran elementos del delito: la conducta la cual debe ser típica, antijurídica y culpable

Pero no por eso queremos decir que la punibilidad no sea importante de estudiar, es sin lugar a dudas importante por que constituye la parte medular de la represión del delito, es la sanción que se llega a aplicar a quien transgrede las normas penales.

A) LA PUNIBILIDAD EN GENERAL.

Para Castellanos Tena la Punibilidad "es merecimiento de penas: Conminación Estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales; y, aplicación fáctica de penas señaladas en la ley". (105).

Para Pavón Vasconcelos, es en consecuencia, "La amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social".(106).

¹⁰⁵ Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 275

¹⁰⁶ Pavón Vasconcelos, Francisco. "MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO". Parte General. 9ª Edición. Editorial Porrúa, México 1190. Pág. 453

Para Ignacio Villalobos se entiende que la punibilidad: "Es justo aplicarla en un delito siempre y cuando sea antijurídico y además culpable y la persona que lo cometa es un hombre que está obrando contra la sociedad por egoísmo y culpablemente y que por esto se hace merecedor del reproche y la sanción".⁽¹⁰⁷⁾.

Puede decirse que para este autor significa lo siguiente:

Merecimiento como responsabilidad o como derecho correspondiente al Estado, se engendra por la antijuricidad y la culpabilidad; no implícita en éstas como su consecuencia; por eso se ha dicho que agregarla en la definición del delito es una antología y, que si por "punibilidad" se entiende la calidad de acto que amerita una pena, no es un elemento nuevo sino una especial apreciación de la naturaleza conjunta del delito.⁽¹⁰⁸⁾.

LA PUNIBILIDAD EN EL DELITO COMETIDO POR SERVIDOR PUBLICO AL NO DICTAR AUTO DE FORMAL PRISION O LIBERTD DE UN DETENIDO DENTRO DE LAS SETENTA Y DOS HORAS SIGUIENTES A QUE LO PONGAN A DISPOSICION A NO SER QUE EL INculpADO HAYA SOLICITADO LA AMPLIACION DEL PLAZO, CASO EN EL QUE SE ESTARA AL NUEVO PLAZO.

En cuanto a la punibilidad en el delito a estudio, en el artículo 225, Párrafos Penúltimo y Ultimo del Código Penal vigente en el Distrito Federal, se señala: "A quien cometa los delitos previstos en las fracciones ..., XVII, ... se les impondrá una pena de prisión de dos a ocho años y de doscientos a cuatrocientos días multa".

¹⁰⁷ Villalobos, Ignacio., Op. Cit. Pág. 214

¹⁰⁸ Cfr. Villalobos, Ignacio. Op. Cit. Pág. 214

" En todos los delitos previstos en este capítulo, además de la pena de prisión correspondiente, el agente será privado de su cargo e inhabilitado para el desempeño de uno nuevo, por el lapso de uno a diez años".

B) EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

El fundamento de estas excusas es que fueron tomadas de franceses, y a través de españoles ha llegado hasta nosotros esta denominación de excusas absolutorias que en la doctrina alemana se sustituye por la de causas que excluyen la pena.

Pero ya sea bajo una denominación o bajo la otra, se hace referencia a caracteres o circunstancias de diversos hechos, por lo cual, no obstante que existe y está plenamente integrado el delito, la ley no impone sanción por razones particulares de justicia o de convivencia contra las cuales no puede ir la pena, aún cuando no se admita que justicia y utilidad son su ratio escandio, su fundamento y su fin.⁽¹⁰⁹⁾

Se dice por muchos autores que éstas nada tienen que ver con el delito pues al ser elemento negativo de la punibilidad se le rechaza como parte o elemento del delito y se aplica como sanción, por esto también se niegan como parte del mismo, diciendo: Las excusas responden a razones de política en materia de penalidad, como es la protección del núcleo familiar, evitación de consecuencias dañosas ulteriores, etc., o sea de política criminal expresada legalmente a nivel de aplicación de pena y no de tiricia ni antijuricidad por esto mismo se estima que su tratamiento corresponde a la teoría de la sanción y no a la del delito. ⁽¹¹⁰⁾

En función de estas no es posible la aplicación de la pena y eso si deja subsistencia del carácter delictivo de la conducta o hecho.

¹⁰⁹ Cfr. Villalobos, Ignacio. Op. Cit. Pág. 430

¹¹⁰ Cfr. Zaffaroni., Eugenio Raúl. Op. Cit. Pág. 76

Sólo se excusa la posibilidad de punición y permanecen inalterables los elementos del delito como lo son la conducta, la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

Por excusas absolutorias se debe entender como aquella circunstancia cuya existencia, en relación con un determinado delito, eximé de la pena al autor a quien personalmente beneficié, sin que esto constituya un obstáculo para la sanción a los coautores (si los hubiere), que no se encuentren amparados por la misma. Aquella se hace referencia al artículo 377 (Derogado) del Código Penal, al tratar del robo entre ascendiente y descendiente. ⁽¹¹⁾.

En resumen, el breve examen realizado nos lleva a precisar en nuestro Código Penal, y de acuerdo a lo señalado por el maestro Carranca y Trujillo, la existencia de las siguientes excusas absolutorias:

a) Excusas en razón de los móviles afectivos revelados. Esta excusa se da en razón de que de la acción desarrollada por el sujeto activo, se demuestra que en éste existe nula temibilidad en virtud de que el móvil que lo llevó a delinquir es respetable y noble. Las relaciones de familia, los lazos de sangre, la comunidad del hombre familiar, el afecto en una palabra, que ata entrañablemente a los hombres entre sí, al mismo tiempo que el respeto a la opinión pública, que en cierto modo justifica al infractor que favorece a los de su propio linaje, o a los que ama o respeta, llevan al Estado a otorgar el perdón legal de la pena.

Como ejemplo tenemos: 1) Es excusa absolutoria **ocultar al responsable de un delito o los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impedir que se averigüe, cuando no se hiciere por un interés bastardo y no se empleare algún medio delictuoso, siempre que se trate de** a) Los ascendientes y descendientes consanguíneo o afines; b) El cónyuge y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo; y c) Los que estén ligados con

¹¹ De Pina Vara, Rafael. Op. Cit. Pág.212

el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad.(Art. 15 Frac. IX c.p y 216 Frac. IX in fine Proy..1949).(Es causa legal de no exigibilidad de otra conducta).

Y, siendo delictuoso **ocultar o sin licencia correspondiente sepultar o mandar sepultar el cadáver de una persona a la que se haya dado muerte violenta o que haya fallecido a consecuencia de golpes, heridas u otras lesiones; sin embargo, no se aplicará sanción a los ascendientes o descendientes, cónyuge o hermanos del responsable del homicidio** (Art. 280 Frac. II c.p. y 273 Frac. II Proy. 1949).(Siendo esta otra causa legal de no exigibilidad de otra conducta).

2) Señalada sanción por el delito de evasión de presos, no se aplica dicha sanción a **los ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos del prófugo, ni a sus parientes por afinidad hasta el segundo grado, pues están excluidos de toda sanción, excepto el caso de que hayan proporcionado la fuga por medio de la violencia en las personas o fuerza en las cosas** (Art. 151 c.p. y 142 Proy. 1949) Se trata de una causa legal de no exigibilidad de otra conducta.

3) Está considerada como delito contra la autoridad la desobediencia de particulares consistente en reusarse a prestar un servicio de interés público (Art. 178 c.p.); y comete el delito **el que sin excusa legal se negare a comparecer ante la autoridad a dar su declaración, cuando legalmente se le exija...si insistiere en su desobediencia después de haber sido apremiado** (Art. 179 c.p.). Concordantemente el c.p. dispone que **toda persona, cualquiera que sea su edad, sexo, condición social o antecedentes, deberá de ser examinada como testigo siempre que pueda dar alguna luz para la averiguación del delito y el juez estime necesario su examen** (Art.191); pero no se obligará a declarar al tutor, curador, pupilo o cónyuge del acusado, ni a sus parientes por consanguinidad o afinidad en línea recta ascendente o descendente, sin limitación de grados y en la colateral hasta el tercero inclusive, ni a los que estén ligados con el acusado por amor, respeto o gratitud; si estas personas tuvieren voluntad de declarar, se les recibirá esta declaración y se hará constar esta

circunstancia (Art. 192 c.c.p.). Es causa legal también de no exigibilidad de otra conducta.

b) Excusas en razón de la propiedad familiar.- En atención a ésta el robo cometido por un ascendiente contra un descendiente suyo, o por éste contra aquél, no produce responsabilidad penal contra dichas personas. (Arts. 377 c.p. ya derogado y 362 Proy. 1949).

c) Excusas en razón de la patria potestad o de la tutela.- Los golpes dados y las violencias simples hechas en el ejercicio del derecho de corrección no son punibles (Art. 347 c.p. derogado, y 333 Proy. 1949)- Las lesiones inferidas por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela y en el ejercicio del derecho de corregir, no serán punibles si fueran de las comprendidas en la primera parte del artículo 289 (que no pongan en peligro la vida y tarden en sanar menos de quince días) y, además, el autor no abusare de su derecho, corrigiendo con crueldad o con innecesaria frecuencia (Art. 294 c.p., ya derogado y 288 Proy. 1949). Precepto que concuerda con lo previsto en la Ley Civil que impone que a las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente (Art. 422 c.c.); y con el que reconoce que los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente (Art. 423 c.p.). Además, como la patria potestad se pierde con los malos tratamientos (Art. 444 Fr. III c.c.), durante el incidente respectivo puede decretarse el depósito de menores que se hallen sujetos a patria potestad o tutela y que fueren maltratados por sus padres o tutores (Art. 939 c.p.c.).

d) Excusas en razón de la maternidad conciente.- No es punible el aborto causado solo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación (Art. 333 c.p. y 319 Proy. 1949). Se trata de una causa legal de no exigibilidad de otra conducta.

e) Excusas en razón del interés social preponderante.- Como consecuencia del interés social vinculado al derecho profesional o al ejercicio de una función pública, siendo inculminable el no procurar por los medios lícitos que estén al alcance del sujeto impedir la consumación de los delitos sepa van a cometerse o que se estén cometiendo, si son de los que se persiguen de oficio, en el c.p. quedaron excluidas no obstante las personas que **no puedan ser compelidas por las autoridades a revelar secreto que se les hubiera confiado en el ejercicio de su profesión o encargo** (art. 400 Fr. VI in fine c.p.). Figura que se suprimió por reforma posterior y se encuentra comprendida en el delito de revelación de secretos: **cuando la revelación punible sea hecha por persona que presta servicios profesionales o técnicos, o por funcionario o empleado público, o cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter industrial.**(Art. 211 c.p. y 199 Proy. 1949)

f) Excusas en casos de injurias, difamación y calumnia. Por el mismo interés social preponderante procede la excusa en los siguientes casos relativos a injurias, difamación y calumnia: a) Por la prueba de la verdad de la imputación motivo de la acción de difamación, cuando aquella haya sido hecha a **un depositario o agente de la autoridad o a cualquier otra persona que haya obrado con carácter público si la imputación fuera relativa al ejercicio de sus funciones; y cuando el hecho imputado esté declarado cierto por sentencia irrevocable y el acusado obre por motivo legítimo de interés público o por interés privado, pero legítimo, pero sin ánimo de dañar** (Art. 351 c.p. y 355 Proy. 1949); b) Cuando la injuria consista en **manifestar técnicamente su parecer sobre alguna producción literaria, artística, científica, o industrial; en manifestar su juicio sobre la capacidad, instrucción, aptitud o conducta de otro, si probare que obró en cumplimiento de un deber o por interés público o que con la debida reserva lo hizo por humanidad, por prestar servicio a persona con quien tenga parentesco o amistad o dando informes que se le hubieren pedido, si no lo hiciera a sabiendas calumniosamente; y al autor de un escrito**

presentado o de un discurso pronunciado en los tribunales, pues si hiciera uso de alguna expresión injuriosa o difamatoria., los jueces, según la gravedad del caso, le aplicarán alguna de las correcciones disciplinarias de las que permita la ley (Art. 352 c.p. y 336 Proy. 1949); c) Cuando, tratándose de calumnia, el reo presente pruebas de su imputación y esta quedare probada (Art.354 c.p. y 338 Proy. 1949), excepto el caso de que ya exista sentencia irrevocable que haya absuelto al calumniado del mismo delito (Art. 358 .c.p. y 342 Proy. 1949); y por último, aunque se acredite la inocencia del calumniado o que son falsos los hechos en que se apoya la denuncia, la queja o la acusación, no se castigará como calumniador al que la hizo si probare plenamente haber tenido causas bastantes para incurrir en error. Tampoco se aplicará sanción alguna al autor de una denuncia, queja o acusación, si los hechos que en ella se imputan son ciertos, aunque no constituyan un delito, y él errónea o falsamente les haya atribuido ese carácter (art.357 c.p. y 341 Proy. 1949)..

g) Excusas en razón de la temibilidad específicamente mínima revelada. Por último, tratándose del delito de robo, cuando el valor de lo robado no pase de 10 veces el salario mínimo, sea restituido por el ladrón espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia (Art. 375 c.p. y 359 Proy. 1949).

Dentro de este grupo también se incluyen las injurias recíprocas: Cuando las injurias fueren recíprocas, el juez podrá, según las circunstancias, declarar exentas de pena a las dos partes o alguna de ellas, o exigirles la caución de no ofender (Art. 349 c.p. derogado y 332 Proy. 1949).⁽¹¹²⁾

¹¹² Cfr. Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. Op. Cit. Págs.652 a 658.

AUSENCIA DE PUNIBILIDAD (excusas absolutorias).

Las causas de impunidad de la conducta o del hecho típico antijurídico y culpable, denominadas excusas absolutorias, vienen a ser el aspecto negativo de la punibilidad con lo cual originan la inexistencia del delito.

Castellanos Tena nos dice: "Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena." (113)

Jiménez de Asúa define a las excusas absolutorias como las causas de impunidad o excusas absolutorias, las cuales hacen que un acto típico, antijurídico imputable o a un autor y culpable no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública. (114)

Para Ignacio Villalobos las excusas absolutorias: "Son aquellas en que el delito está integrado plenamente y, sin embargo no es punible por razones de convivencia para la política criminal". (115)

Aquí el autor nos expone un ejemplo relacionado con el tema y nos dice: "Que a los sargentos, cabos y soldados que se rinden en una rebelión, los declare impunibles el artículo 219 del Código de Justicia Militar. ¿Antes de rendirse no eran reos de rebelión? y se habían cometido ese delito ¿cambia de naturaleza su conducta consumada, el día en que se rinden?, ¿O sólo se otorga un perdón o una excusa que elimina legalmente la pena, quedando inmutable el hecho de haber cometido el delito de rebelión y sólo declararse no punible por efecto de la rendición? (116).

¹¹³ Castellanos Tena, Fernando.- Op Cit. Pág. 278 y 279.

¹¹⁴ Cfr. Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit. Pág. 433.

¹¹⁵ Villalobos, Ignacio. Op. Cit.. Pág. 212

¹¹⁶ Ibidem. Pág. 213

Para Zaffaroni las excusas absolutorias son aquellas que no tienen que ver nada con el delito y solamente responden a razones de política en materia de penalidad, o sea, de política criminal expresada legalmente a nivel de aplicación de pena. (117).

De todas estas definiciones podemos darnos cuenta claramente que son semejantes y solamente difieren de unas cuantas palabras de un autor a otro.

¹¹⁷ Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Op. Cit.. Pág. 76

CAPITULO III.

- I.- AUTORIA Y PARTICIPACION.**
- II.- CONCURSO DE DELITOS.**
- III.- CONSECUENCIAS JURIDICAS.**

I.- AUTORIA Y PARTICIPACION.

Antes de entrar al estudio de lo que se entiende por AUTORIA Y PARTICIPACION, es de señalarse de que en materia penal existen tipos penales que para poderse concretizar es necesaria la participación de mas de dos sujetos en la ejecución del tipo delictivo, tal es el caso del tipo penal del delito de incesto, previsto en el artículo 272 del Código Penal vigente en el Distrito Federal en el que, para que la figura típica se concrete, es necesario que concurran dos personas, es decir, un ascendiente con su descendiente, dándose entonces un concurso necesario; en otros tipos penales, aún y cuando un solo individuo puede cometer el delito, sin embargo, acepta la participación de dos o mas sujetos activos (robo, despojo, etc.) apareciendo entonces un concurso eventual o participación. En otros términos, existen delitos plurisubjetivos y delitos unisubjetivos, los primeros son aquellos en los que para que se concrete el tipo penal del delito necesariamente deberán de concurrir mas de dos sujetos y. como ejemplo, podemos señalar el delito de ASOCIACION DELICTUOSA previsto en el artículo 164 del Código Penal Vigente en el Distrito Federal en el que para que se integre dicha figura delictiva, es condición necesaria la concurrencia de tres o mas sujetos activos; a diferencia de los anteriores, los delitos unisubjetivos son aquellos en los que para que se concrete el tipo penal del delito basta con la actividad típica de un sólo sujeto activo, no siendo condición necesaria la participación de mas de un sujeto, aún y cuando se acepta la participación de varios.

I.- AUTORIA.

CONCEPTO DE AUTOR.- Según la Doctrina en España, el concepto de autor debe deducirse directamente de cada tipo delictivo concreto ("el que" o "quien"), que en cada tipo de la parte especial se menciona.

Han existido múltiples teorías que han tratado de delimitar tanto la autoría como la participación, sin embargo, siempre han tenido insuficiencias, buscándose entonces la distinción de acuerdo a un criterio objetivo-material basado en el dominio final del acto sostenido por los finalistas. Este criterio sostiene que es autor quien domina finalmente la realización del acto, o lo que es lo mismo, quien decide el sí y el cómo de su realización, de donde se concluye que solamente quien tenga la última palabra y decide si el delito se comete o no, debe ser considerado como autor.

El autor es quien realiza un hecho punible por su propia voluntad en forma típica y, en los casos pertinentes, causa el resultado del mismo.

Los tratadistas expresan con gran acierto que el contenido material del concepto de autor se define siempre, en el caso particular del tipo concreto con arreglo al cual se determina el hecho punible, pero no con esto se quiere decir que el marco formal del concepto de autor pueda determinarse unitariamente para todo el ámbito del Derecho Penal.

Para Castellanos Tena, autor es el que pone una causa eficiente para la producción del delito: es decir, al ejecutor de una conducta física y psicológicamente relevante.(1).

¹ Castellanos Tena, Fernando. "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL". 34a. edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1994. pág. 296

Si alguien ejecuta por sí solo el delito, se le llama simplemente autor. (2).

Schönke-Schröder define a la autoría diciendo que "es autor quien con voluntad de autor pone una condición del resultado, en tanto no sea penado como instigador o participe".(3).

De lo anterior podemos afirmar que son autores: a) Quiénes ejecutan la acción típica; b) Los partícipes exigidos por el tipo para que se configure el delito (participación necesaria) aunque es de señalarse que no en todos los tipos penales en los que se requiere de una pluralidad de sujetos, los mismos tienen calidad de autores y como ejemplo tenemos al estupro; y, c) Quiénes se valen de otra persona como instrumento para cometer el tipo delictivo.

Por su parte la Legislación Mexicana previene a la autoría en el artículo 13 del Código Penal en su fracción II y que a la letra dice: Son autores o partícipes del delito.

Fracc. II Los que lo realicen por sí.

² Ibidem Pág. 296

³ Citado por Fontan Balestra, Carlos. Pág. 430

CLASES DE AUTORÍA.

a) Autoría Mediata.

La Autoría Mediata debe considerarse como aquella "Que admite que otra persona de la que se sirve como instrumento realice para el mismo, toda o parcialmente, el tipo de un hecho punible".(*)

En otros términos, autoría Mediata es aquella en la que el autor no realiza directa y personalmente el delito, sino sirviéndose de un inimputable o un inculpable, que es quien lo realiza. Siendo que en este caso no se puede hablar de participación por que la persona instrumento del que se sirve el autor mediato, en ocasiones ni siquiera actúa culpablemente, existiendo por tanto dominio de la realización del delito por parte del autor mediato. Por eso al autor mediato no se le puede considerar como un instigador o cómplice, y encontramos que la autoría Mediata se excluye de los delitos de propia mano, y puede decirse que la Autoría Mediata es por mano ajena.

Debemos entender por instrumento, a aquella persona que actúa voluntariamente y a veces, incluso punible; si se utiliza como objeto sin voluntad propia, por ejemplo en el caso en el cual el sujeto es manejado recurriendo a la Vis-Absoluta, existe Autoría Inmediata.

Sebastián Soler nos dice lo que se debe entender por Autor Mediato señalando que, "Es el que ejecuta la acción por medio de otro sujeto que no es autor, o no es culpable, o no es imputable.(*)".

* Mezger Edmundo. "DERECHO PENAL". Parte General. Sexta edición Tipografía Editora. Argentina Buenos Aires 1958. pág. 309

* Soler, Sebastián. "DERECHO PENAL ARGENTINO". Tomo II. 3a. Edición. Tipografía Editora Argentina 1956. pág. 258

Señala además, dicho autor, que los autores Mediatos, siendo plenamente imputables se valen para la ejecución material del delito de un sujeto excluido de responsabilidad.(*)

Eugenio Raúl Zaffaroni nos da el concepto general de Autoría Mediata, señalando que "No es menester que el autor cumpla personalmente (de propia mano) la conducta típica. Sólo cuando el tipo exige, el autor debe cumplir esa conducta "de propia mano" y ello acontece excepcionalmente. En la generalidad de los casos, el autor puede valerse de un tercero. Se ha dado en llamar Autor Mediato al que se vale de otro que, al menos, es inculpable".(*)

En resumen, el Autor llamado Mediato no requiere de un autor inmediato pues el instrumento puede no tener el dominio del hecho como sucede en los casos de las personas que actúan sin dolo.

A fin de cuentas se entiende que la Autoría Mediata no presupone una autoría inmediata.

Y, para finalizar el análisis de la Autoría Mediata, es importante ver como nos la define Ignacio Villalobos: "Son llamados así por que realizan el delito a través de una persona exenta de responsabilidad que, por lo mismo, no es participe en el delito sino simplemente en el acto material, como instrumento físico y no como sujeto de la infracción penal. (*)

El artículo 13 del Código Penal vigente en el Distrito Federal previene a la autoría mediata en su fracción IV y a la letra dice:

* Ibidem

^ Zaffaroni, Eugenio Raúl. "TEORIA DEL DELITO". Editorial Ediar. S.A. Editorial Comercial, Industrial y Financiera. Impreso en Argentina 1973. pág. 636 y 637

* Cfr. Villalobos Ignacio. "DERECHO PENAL MEXICANO". Parte General. Tercera Edición. Editorial Porrúa S.A. México. 1975.Pág. 489

Fracc. IV Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro.

b) Autoría Inmediata o Directa.

Por Autoría Inmediata debemos entender a los casos en que el autor es el que realiza personalmente el delito, es decir, el que de un modo directo y personal realiza el hecho y que incluyen a los que forman parte directa en la ejecución del hecho.

Este delito exige la ejecución inmediata por el autor y por lo mismo puede decirse que son delitos de propia mano.

Es aquí en donde el individuo que comete el delito lo hace por propia mano o lo ejecuta el mismo y no necesita de otras personas para que lo realicen.

Según Zaffaroni "Se denomina a estos delitos de propia mano a todos aquellos que deben ser realizados en forma corporalmente inmediata por el autor y que por ende, excluyen la posibilidad de determinación como Autoría Mediata".(*)

"Se trata de delitos de cuya interpretación se desprende que el legislador, de todas las posibles conductas lesivas de bienes jurídicos, solo ha sido en el tipo aquellas en que el autor ha cometido el hecho en forma inmediata.(").

Ignacio Villalobos la define, "Como delitos de propia mano los cuales se pueden cometer por el autor en persona, y no valiéndose de intermediarios".(").

El artículo 13 del Código Penal contempla a la autoría inmediata o directa en sus Fracciones I, II, III y VIII, que a la letra dicen:

* Zaffaroni, Eugenio Raúl. Op. cit. pág. 636

" Ibidem. Págs. 643 y 644

" Villalobos, Ignacio. Op. Cit. Pág. 492

Frac. I Los que acuerden o preparen su realización.

Frac. II Los que lo realicen por sí.

Frac. III Los que lo realicen conjuntamente.

Frac. VIII Los que sin previo acuerdo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

c) La Coautoría.

La coautoría consiste en la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran conciente y voluntariamente en forma material en la ejecución del delito. Siendo el caso de que aquí el dominio del hecho lo tienen varias personas. Se trata de un auxilio necesario y es de tal magnitud que el que lo presta, también domina el hecho, aún y cuando no lo ejecute.

Se le llama autor a la persona que sola o conjuntamente con otra u otros lo ejecuta todo entero y de propia mano, o bien, que determina a otro, imputable y culpable o no, para que aquella lo ejecute. Si son varios los sujetos los que han ejecutado entre todos un mismo hecho lesivo y son todos plenamente responsables, entonces son coautores. (12).

El artículo 13 del Código Penal contempla a la coautoría en sus fracciones I, III y VIII y que a la letra dicen:

¹² Carranca y Trujillo, Raúl, y Carranca y Rivas, Raúl. "DERECHO PENAL MEXICANO" (Parte General). 18ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1995. Pág. 674

Fracc. I Los que acuerden o preparen su realización.

Fracc. III Los que lo realicen conjuntamente.

Fracc. VIII Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

II.- LA PARTICIPACION.

Ya antes hemos dicho que existen tipos penales que para que se concreten basta con la intervención de un solo sujeto activo, pero puede darse en forma eventual la participación de varios sujetos activos en la realización del hecho delictivo y es en este caso en donde opera la figura de la PARTICIPACION.

Por participación debe entenderse a la cooperación dolosa en un delito doloso ajeno (el del autor o coautores materiales). De donde se desprende que esta figura sea accesoria ya que depende de que para que se presente, necesariamente deberá de concretarse en el mundo fáctico un hecho delictivo.

Algunos autores al hablar del concurso de personas en el tipo penal, lo conceptúan de la siguiente manera:

En sentido amplio, participación es intervención de varias personas en un hecho delictivo. En sentido técnico, mas estricto, participes son quiénes

contribuyen culpablemente a la producción del delito sin cumplir el proceso ejecutivo típico y ser punibles como autores. (10).

Castellanos Tena dice que la participación consiste en la "voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad". (11).

Por su parte Villalobos dice que "La cooperación eventual de varias personas en la comisión podría ser consumada sin la intervención de todos aquellos a quienes se consideran partícipes". (12).

Otra definición mas es la siguiente:

Participación.- "Participar es tener parte en una cosa, obra o empresa. El delito es, a menudo, idea de varios individuos que complementan sus esfuerzos en la tarea ilícita de la misma manera como los esfuerzos humanos se complementan en las realizaciones permitidas por la ley". (13).

Y, finalmente, es de señalarse de que una característica importante de la participación es de que, el partícipe de un hecho delictivo ajeno, no domina al mismo. Además de que para que pueda penarse la participación, esta deberá de ser dolosa, es decir, que el partícipe debe conocer y querer su participación en la realización del hecho típico y antijurídico de otra persona con característica de autor.

¹⁰ Fontan Balestra, Carlos. "TRATADO DE DERECHO PENAL". Parte General. Tomo II. 2ª Edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires Argentina, 1992. Pág. 429

¹¹ Castellanos Tena, Fernando. "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL". 34ª Edición. Editorial Porrúa. México 1994. Pág. 293

¹² Villalobos, Ignacio. Op. Cit. Pág. 481

¹³ Goldstein, Raúl. "DICCIONARIO DE DERECHO PENAL". Bibliográfica Omeba, Lavalli 328. Buenos Aires, 1962. Pág. 379

FORMAS DE PARTICIPACION.

Las únicas formas de participación que se pueden dar en los distintos tipos penales, son: a) La instigación y, b) La complicidad.

a) La Instigación.

Concepto.- La instigación consiste en determinar dolosamente a otro a cometer un delito doloso, siendo necesario de que en el concepto de la instigación la inducción tenga resultado, ya que siendo una de las formas de la participación, para que el instigador sea punible, es determinante que el inducido haya dado comienzo a los actos destinados a cometer el delito y que esos actos sean, al menos, parte del proceso ejecutivo del delito.

La característica del instigador es de que éste hace surgir en otra u otras personas (instigado) la idea de cometer un delito, pero el dominio de la acción lo tiene el instigado y no el instigador, ya que de lo contrario el instigador se convertiría en autor mediato.

Teniendo como requisitos la instigación: una, que debe ser directa, es decir, que debe haber una relación personal entre el instigador y el instigado, en forma anónima o por persona intermedia, dando como consecuencia que el instigado acepte la idea que se le propone y la haga suya; otra, que sea eficaz, es decir, que tenga la entidad suficiente para que el instigado decida cometer el delito y al menos comience su ejecución.

Si la instigación consiste en determinar dolosamente a otro a cometer un delito doloso, habrá que saber que se entiende por "determinar" y así diremos que

determinar significa, según el diccionario Academia, hacer tomar una resolución, por lo que, como se ha dicho renglones atrás, el fin es de que el instigado acepte la idea que se le propone y la haga suya e inicie el proceso ejecutivo del delito.

De donde se desprende que los actos de la instigación recaigan sobre la esfera subjetiva del autor y el aporte al hecho típico en esencia es intelectual, ya que no hace, hace hacer.

El artículo 13 del Código Penal vigente en el Distrito Federal previene a la instigación al señalar que: "Son autores o partícipes del delito:"

Fracción V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo.

b) La Complicidad.

Concepto.- Es el acto por el que dolosamente se pone una condición del hecho, coincidiendo en la resolución delictuosa, sin cumplir la acción típica, ni valerse de otro para ejecutarla.(1').

Por lo que respecta a los cómplices Raúl Carranca y Trujillo y Raúl Carranca y Rivas señalan que, "es condición en éstos que presten su auxilio o

1' Fontan Balestra, Carlos. "TRATADO DE DERECHO PENAL". Parte General. Tomo II. 2ª Edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires Argentina, 1992. Pág. 495

cooperación por actos previos o coetáneos, y accesorios, a sabiendas de que con ello favorecen la ejecución del delito; todo ello por concierto previo con el ejecutor.⁽¹⁸⁾

Fernando Castellanos Tena señala que los auxiliares indirectos son denominados **cómplices**, quiénes aun cuando contribuyen secundariamente, su intervención resulta eficaz en el hecho delictuoso. ⁽¹⁹⁾

Es característica de la complicidad con otras formas de participación de que esta se trata de una contribución en la realización del delito ya sea con actos anteriores o simultáneos al mismo y que no deban ser considerados de autoría además de ser de menor entidad material.

La diferencia entre autor y complicidad es de que en el caso del primero se aporta una cooperación necesaria y difícil de conseguir en relación a las circunstancias (financiar el delito, aportar maquinaria, armas, etc.) y en la segunda la contribución se puede conseguir fácilmente.

El cómplice con su contribución no decide el "si y el cómo" de la realización del hecho, sino solamente favorece o facilita que se realice, comprendiéndose los comportamientos omisivos de favorecimiento de la realización del hecho (no denunciar a tiempo) o bien el consejo o la aprobación de la realización del delito (complicidad psíquica), sin olvidar señalar que el comportamiento del cómplice siempre deberá de ser doloso.

En nuestro Código Penal vigente en el Distrito Federal la complicidad se encuentra contemplada en sus Fracciones VI y VII y que a la letra dicen:

¹⁸ Carranca y Trujillo Raúl Y Carranca y Rivas, Raúl. "CODIGO PENAL ANOTADO". 18a. edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1995. pág. 71.

¹⁹ Castellanos Tena, Fernando. "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL". 34a. edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1994. págs. 296 y 297.

Frac. VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión; y,

Frac. VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito.

De lo anterior podemos señalar que, en el delito a estudio, únicamente se puede hablar de la AUTORIA INMEDIATA, toda vez que, al "no determinar la situación jurídica de una persona detenida que se encuentra a su disposición, dentro del término a que se refiere nuestra Carta Magna o bien a la duplicidad contemplada en el artículo 297 del Código de Procedimientos Penales vigente en el Distrito Federal, incumbe tal determinación exclusivamente a una sola persona, por eso consideramos que dentro de la Autoría y Participación, en el presente delito, este solamente puede ser perpetrado por el autor inmediato ya que no necesita de otra persona para llevar a cabo su cometido.

II.- CONCURSO DE DELITOS.

Como su nombre lo indica, hay concurso de delitos cuando el sujeto activo realiza varias infracciones penales o bien realiza los actos tendientes a la comisión del delito, produciendo el resultado, pero además trae aparejado otras consecuencias jurídicas constitutivas de otra violación a la ley penal, configurando nuevos delitos, diferentes al original, y se presentan resultados diversos, lo cual indica la aparición de otros delitos.

Habrá concurso de delitos, cuando una o varias personas cometen, con una o varias acciones, dos o mas delitos valorados conjuntamente en un mismo proceso penal.

CLASIFICACION.

De acuerdo a la tradición, el concurso de delitos se estructura en concurso real o material y concurso ideal o formal.

a) Concurso Real o Material.

"Existe siempre que un mismo sujeto cometa dos o mas delitos, integrados cada uno de ellos plenamente por todos sus elementos de acto humano, antijuridico, típico y culpable. Esos delitos pueden ser homogéneos (dos homicidios) o heterogéneos (un homicidio y un robo), sin que importe su mayor o menor separación en el tiempo y con el solo requisito de que la responsabilidad de todos ellos se halle viva, es decir que no haya prescrito ni haya sido juzgada". (20).

El Concurso real para Jiménez de Asúa es: "La pluralidad de actos independientes, queda, por ende, una pluralidad de delitos y que puede ser simultaneo o sucesivo". (21).

Desprendiéndose de lo anterior que para que se presente un concurso real de delitos, es necesario que concurren varias acciones o hechos cada uno constitutivo de un delito autónomo, es decir, que cada una de las acciones por separado constituye un delito.

El Código Penal vigente en el Distrito Federal nos define al concurso real en el artículo 18 Párrafo único Parte segunda al señalar que: existe concurso real "cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos". Por su parte el artículo

²⁰ Villalobos, Ignacio. Op. Cit. Pág. 505

²¹ Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit. Pág. 534

64 Párrafo Segundo del mismo ordenamiento invocado señala: "En caso de concurso real, se impondrá la pena del delito que merezca la pena mayor, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda del máximo señalado en el Título Segundo del Libro Primero. Cuando el concurso real se integre por lo menos con un delito grave, la autoridad judicial impondrá la pena del delito que merezca la mayor, la cual deberá aumentarse con cada una de las penas de los delitos restantes, sin que exceda del máximo señalado antes mencionado".

b) Concurso Ideal o Formal.

A diferencia del concurso real o material, habrá concurso ideal o formal cuando con una sola acción se infrinja varias disposiciones legales o bien varias veces la misma disposición. En otros términos, el concurso ideal o formal se dará cuando con una sola conducta se cometan varios delitos heterogéneos o bien cuando con una sola acción se cometan varios delitos de la misma especie. Ejemplo, el caso de un incendiario en el que con su conducta cause diversos homicidios o bien homicidio, lesiones, daño en propiedad ajena, etc.

Existirá cuando sólo por su aspecto ideal, de antijuricidad o de valoración, se puede decir, hay una doble o múltiple infracción. Debe existir una sola actuación del sujeto activo, con la cual resulten cumplidos varios tipos penales, realizadas varias lesiones jurídicas o afectados varios intereses protegidos.

Esta clase de concurso puede ser de dos maneras:

1.- Cuando con una sola acción se producen dos resultados antijurídicos.

Pudiendo señalar como ejemplo el caso del sujeto que dispara un arma de fuego y lesiona a dos personas o bien cuando el disparo se hace a través de la ventana de un establecimiento para lesionar a una persona que se halla en el interior del mismo, causando además de la lesión y del homicidio, el daño en propiedad ajena, consistente en la ruptura del cristal a través del cual se hizo el disparo.

2.- Cuando el acto ejecutado, sin pluralidad en sus efectos materiales corresponde a dos o mas estimaciones jurídicas diferentes o puede ser considerada bajo dos o mas aspectos, y cada uno de ellos merezca una sanción diversa, se le impondrá la mayor.

Como ejemplo puede indicarse a la imposición de la cópula por medio de la violencia física o moral. No obstante ser un sólo acto, por circunstancias de la ofendida puede resultar a parte del delito de violación, incesto, adulterio o ambas cosas.

Al respecto el artículo 18 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, en su parte primera Párrafo Único, señala: "Existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos". Y, por su parte el artículo 64 Párrafo primero del Código antes mencionado señala: "En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta en una mitad mas del máximo de duración, sin que pueda exceder de las señaladas en el Título Segundo del Libro Primero".

Dentro de este apartado podemos concluir que, de acuerdo a la descripción típica que hace el Código Penal vigente en el Distrito Federal en su artículo 225 Fracción XVII, no se puede hablar de la existencia de un concurso de delitos ya que al no determinar la situación jurídica de una persona que le ha sido puesta a su

disposición, dentro del término legal, con dicha acción delictiva solamente se viola un precepto legal, sin que haya lugar a ninguna otra violación.

III.- CONSECUENCIA JURIDICA.

Una vez estudiados los elementos del delito en forma general y hecha referencia en cada uno de ellos al delito cometido por servidor público, en contra de la administración de Justicia, al no determinar la situación jurídica de una persona que le ha sido puesta a su disposición, dentro del término legal, nos damos cuenta de que como principal consecuencia jurídica se presenta la liberación del sujeto que le ha sido puesto a su disposición del Servidor Público, toda vez que como lo establece el artículo 19 Constitucional Párrafo Primero y que a continuación se transcribe: "**Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se le impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculcado será sancionada por la ley penal. Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberán llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculcado en libertad**", por lo que una vez agotado el término legal para determinar la situación jurídica del inculcado y después de haberle llamado la atención el custodio sobre este particular, deberá poner en libertad al presunto.

Es precisamente el artículo 19 de nuestra Carta Magna, la que da sustento jurídico a las consecuencias que puede llevar consigo el incumplimiento de lo ordenado por dicho numeral, en virtud de que, como el mismo lo señala: **"...La prolongación de la detención en perjuicio del inculpaado será sancionada por la Ley penal. Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión del plazo antes señalado, deberán de llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculpaado en libertad"**.

Siendo claro que el citado artículo, al establecer el término en que deberá resolverse la situación jurídica de una persona que ha sido consignada ante un juez penal, en caso de no ajustarse a lo dispuesto en dicho numeral, los infractores incurrirán en responsabilidad penal, tal y como lo establece el artículo 225 Fracción XVII del Código Penal vigente en el Distrito Federal y que a la letra dice:

Art. 225.- Son delitos contra la administración de justicia cometidos por servidores públicos los siguientes:

I.-...

XVII.- No dictar auto de formal prisión o de libertad de un detenido, dentro de las setenta y dos horas siguientes a que lo pongan a su disposición, a no ser de que el inculpaado haya solicitado la ampliación del plazo, caso en el que se estará al nuevo plazo.

Mas adelante, el mismo artículo, señala la pena que se le impondrá al infractor de esta disposición, asignandole una pena de prisión de dos a ocho años y de doscientos a cuatrocientos días multa, además de que será privado de su cargo e inhabilitado para el desempeño de uno nuevo, por el lapso de uno a diez años.

Por otro lado, tenemos que el artículo 19 de la Constitución Mexicana se refiere a la autoridad ejecutora, al señalar que: **"...La prolongación de la detención en perjuicio del inculpaado será sancionada por la ley penal. Los custodios**

que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberán de llamar la atención al juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculcado en libertad...". haciendolos responsables en el caso de no dar cumplimiento a esto último, del delito previsto en el artículo 215 Fracción VII del Código Penal para el Distrito Federal, que establece lo siguiente:

Art. 215.- Cometén el delito de abuso de autoridad los servidores públicos que incurran en alguna de las conductas siguientes:

I.-...

VII.- Cuando teniendo conocimiento de una privación ilegal de la libertad no la denunciase inmediatamente a la autoridad competente o no la hiciere cesar, también inmediatamente, si ésta estuviere en sus atribuciones.

"Al que cometa el delito de abuso de autoridad en los términos previstos por las fracciones VI a IX, se le impondrá de dos a nueve años de prisión, de setenta a cuatrocientos días multa y destitución e inhabilitación de dos a nueve años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos".

Lo dispuesto por los artículos a que se hizo mención, del Código Penal Para el Distrito Federal, señalan a las personas que pueden incurrir en responsabilidad por falta de observancia a lo dispuesto en el artículo en comento, ya que por un lado el Juez es responsable al no resolver la situación jurídica de una persona en las setenta y dos horas que le concede el artículo de referencia y, por otro lado, si los custodios no reciben copia autorizada de la resolución que debiera dictar el juez, sobre la situación jurídica de una persona, dentro de las tres horas siguientes en que se ha cumplido el plazo de setenta y dos hora, y si éstos a pesar de no haber recibido copia del citado auto, no dejan en libertad a la persona, incurrén en responsabilidad penal.

Zamora Pierce, sostiene que: "...La Constitución le garantiza que su detención no podrá exceder de un plazo de setenta y dos horas, y hace responsable a la autoridad que ordena la detención y a quienes la ejecuten, mas no dispone que, de la impuntualidad del juez, resulte la absolución del procesado. Libre el detenido, podrá, y deberá, dictarse todavía en su causa auto de prisión, o de libertad, según proceda..."⁽²²⁾

Asimismo, tenemos que existe Jurisprudencia en el sentido de que una vez vencidas las setenta y dos horas a que hace referencia el artículo 19 Constitucional, sin que se haya dictado Auto de Formal Prisión, el hecho de que éste se dicte después de transcurrido el término aludido, no implica que se violen garantías individuales, toda vez de que si así fuera, se trataría de una violación consumada irreparablemente al dictarse tal auto. Jurisprudencia y tesis que a la letra transcribo:

Instancia: Primera Sala.

Fuente : Semanario Judicial de la Federación.

Epoca : 5A

Tomo : XCVI

Página : 186.

AUTO DE FORMAL PRISON EXTEMPORANEO.

La circunstancia de que el auto de formal prisión hubiese sido dictado contra el quejoso, extemporáneamente, es decir, después de las setenta y dos horas que fija la Constitución para ese efecto, no basta para concederle la protección federal, dado que aún en el supuesto de que tal hecho implicara una violación de garantías individuales, ésta quedó consumada irreparablemente al dictarse tal auto.

TOMO XCVI. Pág. 1861. Cortés Crescencio.- 18 de junio de 1948. Cinco Votos.

²² Zamora Pierce, Jesús. "GARANTIAS Y PROCESO PENAL". Tercera Edición. Editorial Porrú. México. 1988. Pág. 13

Instancia: Primera Sala.
 Fuente : Semanario Judicial de la Federación.
 Epoca : 5A.
 Tomo : LXXXII.
 Página : 4055.

AUTO DE FORMAL PRISION EXTEMPORANEO.

La extemporaneidad de un auto de formal prisión debida a un error de un juez que se declaró incompetente, y que fue dictado por el que se avocó el conocimiento del proceso, después de haber mandado a aprehender al acusado a quien indebidamente puso en libertad el primer juez, no es bastante para conceder la protección constitucional, pues aún en el supuesto de que tal hecho encerrara una violación de garantías individuales, ésta quedo consumada de un modo irreparable, al dictarse el auto por el juez competente, sin que pueda admitirse que el inculpado se vio privado de defensa, si a partir del auto de formal prisión, se observaron las normas tutelares del procedimiento.

Tomo LXXXII. Pág. 4055. Ramírez Esteban. 27 de noviembre de 1994. Cuatro Votos.

Instancia: Primera Sala.
 Fuente : Semanario Judicial de la Federación.
 Epoca : 5A.
 Tomo : LXXXIV.
 Página : 1126.

AUTO DE FORMAL PRISION EXTEMPORANEO.

Aunque el auto de formal prisión se decretó extemporáneamente, es decir, después de las setenta y dos horas que fija la Constitución, esto no es bastante para conceder la protección federal, pues aún en el supuesto de que tal hecho encerrara violación de garantías individuales, ésta quedaría consumada de modo irreparable, al haberse dictado auto, sin que pueda admitirse que el inculpado se vio privado de defensa, si a partir del auto de formal prisión, se observaron las normas tutelares del procedimiento, y sobre todo, si no ha hecho objeción alguna el reo, a dicho auto, considerado en si mismo, éste surtió todos sus efectos legales, de tal manera que malamente puede concederse el amparo por la sola circunstancia de haberse decretado el auto de formal prisión fuera del término constitucional, y dejar insubsistente el mismo, sin haber sido reclamado.

TOMO LXXXIV. Pág. 1126. Arrañaga Morales José.- 26 de abril de 1945. Cuatro Votos.

Instancia: Primera Sala.
 Fuente : Semanario Judicial de la Federación.
 Epoca : 5A.
 Tomo : XXIX
 Página : 1133.

AUTO DE FORMAL PRISION.

Cuando un auto de formal prisión no es dictado dentro del término Constitucional, se trata de un acto de carácter esencialmente negativo, y, por lo mismo, si se concediera el amparo, los efectos de la sentencia serían los de obligar a la autoridad responsable, a que obrara en el sentido de respetar las garantías del artículo 19 Constitucional, y a cumplir lo que ese precepto exige, y como esto es físicamente imposible, es indudable que debe estimarse irreparablemente consumado el acto que se reclama. Por otra parte, si el quejoso no ha hecho objeción alguna al auto de formal prisión, considerado en sí mismo, éste debe surtir todos sus efectos legales, ya que de no estimarse así, resultaría que la concesión del amparo, por la sola circunstancia de haberse decretado dicha formal prisión, fuera del término constitucional, traería como consecuencia el dejar insubsistente dicho auto, sin haber sido reclamado.

TOMO XXIX. Pág. 1133. Vega Francisco. 23 de julio de 1930. Tres Votos.

Ahora bien, si bien es cierto que con la jurisprudencia y tesis antes señaladas se trata de dar solución al problema de cuando no se dicta el auto de formal prisión en término, argumentando que el hecho de dictarlo con posterioridad, si es que se violara garantías individuales, éste sería un hecho consumado irreparable, es un argumento que no soluciona el problema, pues aún y cuando se establece tal criterio, creemos que dicho acto sí es violatorio de garantías individuales toda vez que, el artículo 19 de nuestra Carta Magna, es claro al determinar un término preciso para dar cumplimiento a dicho mandamiento y, al no hacerlo dentro de este, es manifiesto que si se conculcan garantías del gobernado, en este caso del inculpado, por lo que para evitar este

problema es necesario se legisle con precisión y se evite dejar lagunas que lo único que provocan es precisamente confusión y ambigüedad y, mas todavía, por que las tesis y jurisprudencias a que nos hemos hecho referencia, a nuestro criterio, son contrarias a derecho en base a lo establecido con antelación, pues no es posible que habiendo transcurrido el plazo Constitucional, por error del juez o por lo que sea, sin que se haya determinado la situación jurídica de un inculpado, lo cual no es culpa de éste último, se quiera interpretar la ley al arbitrio de la Autoridad, pues la Constitución es precisa en sus términos y manifiesta que el juez debe dictar la formal prisión o en su caso la libertad de un indiciado, dentro de las setenta y dos horas, dando incluso una prórroga de tres horas mas, y en caso de no hacerlo dentro de ese término, el custodio deberá dejarlo en libertad: el que el juez no haya decretado la situación jurídica de un indiciado, como se dijo, no es culpa de éste último, y la ley deberá de aplicarse en sus términos y no por conveniencia de la autoridad, que de alguna manera trata de labar su error, a costa de la libertad del presunto que le ha sido puesto a su disposición, y actúe como lo señala la jurisprudencia a que nos hemos referido y, en todo caso, como se ha repetido, deberá legislarse con precisión, concretamente en el artículo 19 Constitucional, para salvar esta situación y no dejarse a consideraciones de los intereses de las partes que intervienen en los casos parecidos; proponiendo por nuestra parte que además del contenido del artículo 19 Constitucional en el que señala el término para dar cumplimiento con el mandamiento que establece, independientemente de la responsabilidad en que incurra el juzgador, deberá establecer la obligación de éste para que, aún vencido el término, resuelva en el sentido que corresponda, de acuerdo a los datos que arroje la Averiguación Previa, a efecto de evitar la impunidad por parte del presunto y así como para no dar cabida a la posible evasión de su responsabilidad en el delito que se le impute.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El término de **servidor público** empleado para denominar a aquellas personas que prestan sus servicios al Estado, esta mal empleado en virtud de que su acepción no concuerda con lo que se pretende conceptuar, debiendo por tanto emplearse el término de **funcionario público** que es el mas propio para definirlos y que, además, era como con anterioridad se denominaban por la ley

SEGUNDA.- Para que el acto humano se constituya en un delito, es necesario que el que quien lo cometa tenga plena conciencia de que con ese hacer o dejar de hacer, va a ejecutar un hecho delictuoso y que, además exista voluntad por parte del sujeto activo, pues al faltar uno u ambos elementos no podría hablarse de un delito.

TERCERA.- El delito viene a crear un trastorno en el orden público y, ante esto, la sociedad tiende a reaccionar exigiendo al Estado castigue al infractor para así poder vivir en armonía y seguridad.

CUARTA.- El infractor del artículo 225 Fracción XVII del Código Penal, ofende a la sociedad, a los ciudadanos, pues con su actuar típico disminuye en ellos el sentimiento de su propia seguridad, por lo que, aparte de la pena corporal y pecuniaria que en la actualidad tiene señalada, debería de inhabilitarse en forma definitiva para ocupar un puesto de esa naturaleza.

QUINTA.- La pena que impone el Estado al delincuente que infringe las normas penales, no es mas que el simple actuar de éste: es una forma de represión hacia el delincuente: es un derecho que ejerce en representación de la sociedad de acuerdo a las normas establecidas.

SEXTA.- El delito previsto en el artículo 225 Fracción XVII del Código Penal, es un delito eminentemente doloso en virtud de que dentro de lo que reza el artículo 60 del mismo ordenamiento legal, no es aceptado como culposo por que nuestra legislación contempla el denominado **numerus clausus**.

SEPTIMA.- Debe reformarse el artículo 19 Constitucional, debiendo establecer la obligación del servidor público de determinar la situación jurídica del sujeto que le ha sido puesto a su disposición, aún a pesar de haberse vencido el término legal y de la responsabilidad en que incurra por esto último así como de haber dejado en libertad al indiciado por dicho vencimiento.

OCTAVA.- Debe establecerse en el Código de Procedimientos Penales el camino a seguir una vez que se haya dejado en libertad al indiciado por no habersele determinado su situación jurídica dentro del término legal, toda vez de que existe una laguna y no se precisa lo conducente.

NOVENA.- En caso de seguirse aplicando el contenido actual del artículo 19 Constitucional, hasta en tanto no se reforme, toda resolución que sea dictada fuera del término legal y que determine la situación jurídica de un inculpado, debe ser considerada como ilegal y nula de facto en virtud de ser contraria a derecho.

DECIMA.- Si bien es cierto de que existe jurisprudencia en el sentido de que a pesar de haberse vencido el término establecido por la ley para determinar la situación jurídica de un inculpado, una vez que es puesto a disposición del juez correspondiente, desde mi punto de vista la misma es contraria a derecho y, más aún, es violatoria de las garantías individuales que tiene todo inculpado, de acuerdo a lo establecido por la propia constitución, ya que, como se dijo en una de las presentes conclusiones, el dictar fuera de término una resolución, y mas un Auto de Plazo Constitucional, debe considerarse contra derecho.

BIBLIOGRAFIA.

- 1.- Antolisei, Francesco.- Manual de Derecho Penal. Editorial Oteha. Argentina 1960.
- 2.- Becerra Bautista, José.- El Proceso Civil en México. Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1974.
- 3.-Beling.- Esquema de Derecho Penal. Editorial De Palma. 1944.
- 4.- Cabanellas, Guillermo.- Diccionario de Derecho penal. Tomo I. Décima Séptima Edición. Editorial Maliastra S.L.R. Buenos Aires 1972.
- 5.- Carranca y Trujillo, Raúl y Carranca y Rivas, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Décimo Octava Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1995.
- 6.- Carranca y Trujillo, Raúl y Carranca y Rivas, Raúl. Código Penal Anotado. Décima Octava Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1995.
- 7.- Castellanos Tena, Fernando.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Trigésima Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1994.
- 8.- Cavallo. Dirittio Penale. Tomo II. Napoli, 1955.
- 9.- Código Penal vigente en el Distrito Federal.
- 10.- Código de Procedimientos Penales vigente en el Distrito Federal.
- 11.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en vigor.
- 12.- Cuello Calon, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Parte General. Editorial Bosch. Barcelona 1953.
- 13.- De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho. Sexta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1977.
- 14.- Fernandez Prado, Ramon. Elementos Básicos de Medicina Forense. Cuarta Edición Corregida y Aumentada. Derechos Reservados Dr. Ramon Fernandez Pérez. México, 1980.
- 15.- Fontán Balestra, Carlos. Tratado de Derecho penal. Parte General. Tomo II. Segunda Edición. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires.

- 16.- Giuseppe Maggiore. Derecho Penal. El Delito. Editorial Temis, Bogotá 1954.
- 17.- Gomez Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso. Segunda Edición. México, U.N.A.M., 1979.
- 18.- Goldstein, Raúl. Diccionario de Derecho Penal. Bibliográfica Omeba, Lavalli 328. Buenos Aires, 1962.
- 19.- Hans, Welzel. Derecho Penal Alemán. Parte General. Doceava Edición. Tercera Edición castellana. Editorial Jurídica de Chile. Chile, 1987.
- 20.- Instituto Nacional de Ciencias Penales. Leyes Penales Mexicanas. Tomos I y III. Talleres Gráficos de la Nación. México, 1979.
- 21.- Jimenez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Quinta Edición. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1961.
- 22.- Mancilla Ovando, Jorge Alberto. Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal. Segunda Edición Editorial Porrúa, S.A. México, 1989.
- 23.- Marquez Piñeiro, Rafael. Derecho Penal. Parte General. Editorial Trillas. México, 1990.
- 24.- Mesger, Edmundo. Derecho penal. Parte General. Sexta Edición. Tipógrafa Editora. Argentina, Buenos Aires, 1958.
- 25.- Muñoz Conde, Francisco.- Teoría General de Delito. Editorial Temis, S.A. Bogotá 1990.
- 26.- Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Treceava Edición. Editorial Porrúa, S.A. México.
- 27.- Pavon Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Novena Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1990.
- 28.- Porte Petit, Celestino. Apuntamientos de la Parte General del Derecho penal I. Quinta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1980.
- 29.- Porte Petit, Celestino. Programa de la Parte General del Derecho Penal. Dirección General de Publicaciones de la U.N.A.M. México.

- 30.- Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino. Tomo II. Tercera Edición.* Tipográfica Editora. Argentina, 1956.
- 31.- Tulio Ruiz, Servio. *La Estructura del Delito.* Editorial Temis. Bogotá, 1978.
- 32.- Villalobos, Ignacio. *Derecho penal Mexicano. Parte General. Tercera Edición.* Editorial Porrúa, S.A. México, 1975.
- 33.- Saffaroni, Eugenio Raúl. *Teoría del Delito.* Editorial Ediar, S.A., Editorial Comercial Industrial y Financiera. Argentina, 1973.
- 34.- Zamora Pierce, Jesús. *Garantías y proceso Penal. Tercera Edición.* Editorial Porrúa, S.A. México, 1988.