



**Universidad
Latina**

UNIVERSIDAD LATINA S.C.

INCORPORADA A LA UNAM.

**“ANÁLISIS DE LA TENTATIVA EN EL EJERCICIO INDEBIDO
DEL SERVICIO PÚBLICO, (ARTÍCULO 214 FRACCIÓN III, DEL
CÓDIGO PENAL FEDERAL, EN LA HIPÓTESIS DE EVITAR).”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

David Vargas Orozco

ASESOR: LIC. FERNANDO CERVANTES MERINO

MÉXICO, D.F. FEBRERO DE 2015.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INDICE

ANÁLISIS DE LA TENTATIVA EN EL EJERCICIO INDEBIDO DEL SERVICIO PÚBLICO, (ARTÍCULO 214, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, EN LA HIPÓTESIS DE EVITAR).

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.- MARCO HISTORICO.....	3
BREVE RESEÑA HISTORICA DE LA TENTATIVA.	
1.1 .- LA TENTATIVA EN ROMA.....	3
1.2 .- LA TENTATIVA EN ALEMANIA.....	4
1.3 .- LA TENTATIVA EN FRANCIA.....	5
1.4.- LA TENTATIVA EN ESPAÑA.....	7
1.5.- LA TENTATIVA EN MÉXICO.....	8
CAPÍTULO II.- MARCO CONCEPTUAL.....	13
2.1.- CONCEPTO DE TENTATIVA.....	13
2.2.- CONCEPTO DE SERVIDOR.....	15
2.3.- CONCEPTO DE SERVIDOR PÚBLICO.....	15
2.4.- CONCEPTO DE FUNCIONARIO.....	20
2.5.- CONCEPTO DE FUNCIÓN PÚBLICA.....	21
2.6.- CONCEPTO DE EJERCICIO.....	22

2.7.- CONCEPTO DE INDEBIDO.....	22
2.8.- CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO.....	23
2.9.- CONCEPTO DE EJERCICIO INDEBIDO DEL SERVICIO PÚBLICO...	29
2.10.- CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD.....	34
2. 10.1.- RESPONSABILIDAD PENAL.....	34
2.10. 2. - RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.....	35
CAPÍTULO 3.- MARCO JURÍDICO	39
3.1.- CÓDIGO PENAL FEDERAL.....	39
3.2.- CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	40
3.3.- CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO.....	41
3.4.- CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE QUERETARO.....	41
3.5.- JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LA TENTATIVA.....	43
CAPÍTULO 4 - EL ITER CRIMINIS, LA TENTATIVA, LA OMISIÓN, Y LOS ELEMENTOS DEL DELITO.....	47
4.1- ITER CRIMINIS.....	47
4.1.1.- FASE INTERNA.....	48
4.1.2.- FASE EXTERNA.....	50
4.2.- LA TENTATIVA.....	53
4.2.1.- ELEMENTO SUBJETIVO.....	55
4.2.2.- ELEMENTO OBJETIVO.....	56
4.2.3.- ELEMENTO NEGATIVO.....	58
4.3.- TENTATIVA ACABADA E INACABADA.....	59

4.4.- ACTOS PREPARATORIOS Y ACTOS EJECUTIVOS.....	61
4.5.- LA OMISIÓN.....	62
4.6.- ESTRUCTURA ANTOLOGICA DE LA OMISIÓN.....	64
4.7.- LA CAUSALIDAD DE LA OMISIÓN.....	65
4.8.- CLASES DE OMISIÓN.....	66
4.8.1.- DELITOS D E OMISIÓN SIMPLE, PROPIA (O PURA).....	66
4.8.2.- LOS DELITOS DE OMISIÓN COMPLEJA, IMPROPIOS O DE COMISIÓON POR OMISIÓN.....	68
4.9.- ELEMENTOS DEL DELITO.....	70
4.10.- DERECHO PENAL.....	70
4.11.- NORMA PENAL.....	70
4.12.- DELITO.....	71
4.13.- LA CONDUCTA-TIPICA.....	73
4.13.1.- ELEMENTOS OBJETIVOS.....	73
4.13.2.- ELEMENTOS NORMATIVOS.....	73
4.13.3.- ELEMENTOS SUBJETIVOS.....	74
4.13.3.1.- DOLO.....	74
4.13.3.2.- ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECIFICOS REQUERIDOS POR EL TIPO.....	75
4.14.- CAUSAS DE ATIPICIDAD.....	75
4.14.1.- AUSENCIA DE ELEMENTOS OBJETIVOS.....	76
4.14.2.- AUSENCIA DE ELEMENTOS NORMATIVOS.....	76
4.14.3.- AUSENCIA DE ELEMENTOS SUBJETIVOS.....	76
4.15.- ANTIJURIDICIDAD.....	77
4.16.- CULPABILIDAD.....	78
4.16.1.- ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD.....	79

4.16.2.- IMPUTABILIDAD.....	79
4.16.3.- CONCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD.....	80
4.16.4.- EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA.....	80
4.17.- EXCLUYENTES DE LA CULPABILIDAD.....	81
4.17.1.- INIMPUTABILIDAD.....	81
4.17.2.- ERROR DE JUSTIFICACIÓN.....	82
4.17.3.- EXCLUYENTES DE LA EXIGIBILIDAD.....	82
4.17.3.1.- EL MIEDO GRAVE.....	82
4.17.3.2.- ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE.....	83
4.17.3.3.- ERROR DE PROHIBICIÓN.....	83

CAPITULO 5.- ANÁLISIS DE LA TENTATIVA EN EL EJERCICIO INDEBIDO DEL SERVICIO PÚBLICO. (ARTÍCULO 214, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, EN LA HIPÓTESIS DE EVITAR.).....84

5.1.- ELEMENTOS DEL DELITO (CUERPO DEL DELITO).....	85
5.2.- PRIMER ELEMENTO DEL DELITO EN ESTUDIO.....	86
5.3.- SEGUNDO ELEMENTO DEL DELITO EN ESTUDIO.....	90
5.4.- TERCER ELEMENTO DEL DELITO EN ESTUDIO.....	94
5.5.- EJEMPLO PRACTICO.....	107

PROPUESTA.....114

CONCLUSIONES.....116

BIBLIOGRAFÍA.....121

INTRODUCCIÓN

La materia de responsabilidades de los servidores públicos dentro del derecho penal mexicano, y en específico la tentativa, ha sido difícilmente estudiado, por ello el objeto de la presente tesis profesional es comprender un ensayo del ejercicio indebido del servicio público, previsto en el artículo 214, fracción tercera, en su hipótesis de evitar.

El trabajo propuesto titulado **“Análisis de la Tentativa en el Ejercicio Indebido del Servicio Público, artículo 214, Fracción Tercera, del Código Penal Federal, en su Hipótesis de evitar”**, considera la particular situación, que se han enfrentado los procuradores de justicia (Agentes del Ministerio Público de la Federación), así como, los encargados de Administrar Justicia en Nuestro País (Jueces, Magistrados, etc.).

De esta manera, es de explorado conocimiento que cuando un servidor público o varios servidores públicos lesionan valores protegidos por las leyes penales, la responsabilidad en la que incurren es penal y, por lo tanto, les serán aplicables las disposiciones y los procedimientos de esa naturaleza, cuando realizan funciones y afectan el patrimonio o los intereses públicos fundamentales o el buen despacho de los asuntos, dan lugar a la responsabilidad penal; y cuando en el desempeño de su empleo, cargo o comisión incumplen con las obligaciones que su estado les impone para salvaguardar la Legalidad, Honradez, Lealtad, Imparcialidad y Eficiencia en el Ejercicio de la Función Pública, serán sancionados en el área administrativa.

La tentativa, se ha dicho, es un grado de ejecución del delito y es, a la vez, delito. En el ITER CRIMINIS se presenta lógicamente en un momento anterior al delito consumado, pero cuando la conducta que se exterioriza se ensambla al dispositivo típico que sanciona dicho momento anterior al de la consumación que no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente, aparece la tentativa como un delito, con todos los elementos consubstanciales a este, según la dogmática del derecho.

El conocer sobre la tentativa en los delitos de comisión por omisión, específicamente en el delito de Ejercicio Indebido del Servicio Público, tipificado en el artículo 214 del Código Penal Federal, en su fracción tercera, conlleva realizar un análisis de cómo se aplica la tentativa, o si no existe la tentativa, en dicho precepto legal, por tal razón, esté presente trabajo de investigación, buscara dar una respuesta a esa interrogante, la cual no será sencilla establecer, ya que es un tema bastante complejo, de un análisis profundo, en el que se necesitarían, una infinidad de opiniones, de análisis, de comentarios, debates, por lo que este trabajo, no buscara transformar el área jurídica de este país, pero si expresar un punto de vista, el cual apenas va iniciando en el mundo jurídico de este país.

El trabajo de investigación planteado, fue obstaculizado hasta cierto punto por la escases de obras bibliográficas respecto del tema, situación que fue suplida con el marco normativo vigente, ya que la sobras consultadas resaltan por el prestigio de sus autores, por lo que cada capítulo dará un resultado adecuado.

El primer capítulo denominado **“Marco Histórico”**, se realiza un análisis de la evolución histórica de la tentativa, su origen y concepto, pasando por los romanos, los alemanes, franceses, españoles, hasta conocer un poco de la tentativa en nuestro país.

El capítulo segundo denominado, **“Marco Conceptual”**, contiene diversos conceptos básicos para el desarrollo del tema, para que posteriormente en los capítulo tercero y cuarto se realice un análisis de la naturaleza jurídica y de los conceptos fundamentales del iter criminis, la omisión, la tentativa y los elementos del delito, y finalmente en el capítulo quinto, denominado **“Análisis de la Tentativa en el Ejercicio Indebido del Servicio Público, artículo 214, Fracción III, del Código Penal Federal, en la hipótesis de Evitar”**, se realiza diversos planteamientos respecto si puede existir la tentativa en tal precepto.

CAPITULO I.- MARCO HISTORICO

BREVE RESEÑA HISTORICA DE LA TENTATIVA.

1.1.- LA TENTATIVA EN ROMA.

Dentro de la historia del derecho, el romano es el que más aportaciones ha realizado, de ahí que todo trabajo que se realice en el campo del derecho deba de tener como punto de partida a roma, para poder desarrollar con amplitud el tema que se quiera estudiar.

A pesar de la importancia de lo comentado en el párrafo anterior, en el antiguo derecho romano, no se llegó a conocer un concepto real de tentativa, y es natural que el pueblo romano no logro apreciar la naturaleza de la tentativa, puesto que los juristas romanos que se interesaban estudiar la materia penal se enlazan con todas las teorías de la imputabilidad por una parte y por otra parte todas las investigaciones en el campo del derecho civil alcanzaban un alto grado de perfección por lo que cada vez se especializaban más y para ellos era el centro de atención por lo que ocupan todos sus esfuerzos en esta materia, mientras que el derecho penal no tuvieron tanto empeño.

El derecho penal romano estaba dividido en dos tipos de derecho, el derecho penal privado y el derecho penal publico, en el derecho penal privado todos los delitos se atenían al daño causado, sancionándose únicamente los delitos consumados, por lo que en este derecho romano, no se conocía o no se conoció la tentativa, sin embargo en los delitos considerados de derecho penal público, entre los cuales se estimaba el delito de homicidio, no tuvo validez absoluta, la regla utilizada en el derecho penal privado, pues a pesar de la exigencia de que el "*animus*", entrase en el campo de la exteriorización material, en este delito no llegaba a requerirse un resultado caracterizado en daño, ya que andar armado con animo de matar, herir con el mismo intento, vender o tener veneno para dar muerte, eran sinónimos de homicidio y envolvían su pena, pero en esta forma no era conocida como tentativa.

Posteriormente, con la entrada en vigor de las “**leges cornelia**”, algunos actos de preparación y la tentativa, fueron sancionados con penas establecidas para los delitos consumados y a partir de Adriano fue acentuándose la influencia filosófica del lado subjetivo del delito, la voluntad delictuosa exteriorizada en contraposición del éxito.

Momseen, referido por Gustavo Malo Camacho, en su libro tentativa del delito expresaba: “...entre los romanos faltó el concepto y la palabra técnica de la tentativa, no obstante, algunos actos concretos de tentativa y de preparación si se observaron sancionados como delito consumado. Así entre los romanos, la institución que nos ocupa solo se conoció y su reglamento en épocas posteriores en relación con determinados delitos en la *lex cornelia de sicarios et verificis*, y por un reescrito de Adriano, en la *lex julia majestatis*...”¹. Con posterioridad a Adriano se va adquiriendo mayor importancia, al lado subjetivo del delito, por lo que con el transcurso del tiempo se va dando los elementos técnicos jurídicos para establecer la institución jurídica de la tentativa.

Por lo que podemos establecer que en roma nunca tuvieron el concepto de tentativa, muchos menos conocieron esta figura. Aunque con el imperio se llego a transformar la idea que se tenia en un principio los romanos acerca del delito consumado y del delito inacabado, aunque como se dijo con anterioridad, no llegaron a comprender esta figura como un delito individual.

1.2.- LA TENTATIVA EN ALEMANIA.

Alemania ha sido durante la historia un país del derecho, una nación que ha tenido brillantes aportaciones en este campo como lo es la denominada teoría subjetiva, que aunque la figura en estudio va muy ligada con esta teoría no fue posible que en el momento en que hicieron los distintos estudios sobre dicha teoría descubrieran un concepto como tal de la tentativa ya que trataron con similitud tanto a las tentativas como a los delitos consumados, por lo que con la figura de la tentativa, los alemanes aunque no lograron integrar un concepto de tentativa como tal, castigaban los actos que hoy en día constituyen la tentativa,

¹ MALO CAMACHO, Gustavo. “Tentativa del Delito”, México, Editorial UNAM, 1971., pagina 39.

pero la relacionaban con el delito principal, es decir, los alemanes no la dividían como un delito independiente si no era parte integral del principal, pero sin embargo, era llevada con la misma reglamentación que hoy en día.

Así, los alemanes tienen gran mérito en el descubrimiento, por así llamarlo de la figura de la tentativa, puesto que dieron todos los elementos técnicos jurídicos, para que esta figura fuera tanto vigente como positiva, ya que lo único que les faltó fue darle un nombre.

Hoy en día, los alemanes tratan a la figura de la tentativa desde la concepción de la “teoría de la equivalencia de las condiciones” que el mismo Von Buri, sostiene que respecto de la relación causal, según ella “... *la circunstancia de quedar el hecho en tentativa pone en evidencia la total posibilidad de distinciones entre conductas idóneas e inidóneas de tentativa, por ello la punición ha de basarse en la voluntad y no en el peligro corrido*”.²

1.3.- LA TENTATIVA EN FRANCIA.

Fue en el país francés con el código llamado “de la carolina” de 1532, en donde se plasmó por primera vez la figura de la tentativa dándole una definición como figura autónoma, que adopta postura en la teoría subjetiva, en este ordenamiento solo se sanciona la acción ejecutiva, por ello la acción concretamente idónea favorece el desistimiento voluntario, deja sin tipicidad el acto preparatorio y otorga el arbitrio judicial de la punición, de acuerdo con ciertas limitaciones y circunstancias, así como también empieza a precisarse la distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución, como eventos de la tentativa, se considero penar al autor de la tentativa punible en forma atenuada y en casos excepcionales se equiparó la tentativa en cuanto a la sanción, al delito frustrado y al consumado, el castigo atenuado de la tentativa fue manteniendo en general, equiparándose por excepción la tentativa acabada al delito consumado.

Aunque expresa el maestro Malo Camacho que “...*debe serle reconocida importancia particular al código penal josefino de 1787, que al referirse a la*

² Citado por CABALLERO, Ricardo Juan, “El Delito Imposible”, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1983, Pagina 39.

realización de actos dirigidos a la consumación de un delito, que una vez habría de ser fundamento para el código penal francés de 1791 y de ahí a pasar al napoleónico de 1810, que ha sido el modelo general de los códigos en el presente siglo".³

El Código Napoleónico consagró la fórmula del comienzo de la ejecución, de aquí parte la influencia de España en el código de 1822, que siguió de cerca tanto al código napoleónico como el espíritu de las partidas y posteriormente al código penal de 1848, y al de 1870, respecto de los cuales tienen una influencia muy grande en el código josefino.

El Código Josefino dictado en 1787, exigió rigurosamente para la punición de la tentativa la realización de actos dirigidos, a la consumación de algún delito empieza a tener forma la tendencia a distinguir los actos ejecutivos de los actos preparatorios, es como diferencia entre lo que es la tentativa y el delito frustrado, aquí también se siguió con la fórmula de penar en forma atenuada al delito tentado, solamente en casos excepcionales la pena equiparaba en cuanto a la sanción al delito consumado.

El Código Penal Francés tiene más de siglo y medio de existencia, las reformas parciales y la leyes contemporáneas no son bastante para poner de acuerdo con los tiempos modernos la legislación de un país tan grande y culto, así pues este ordenamiento utiliza por excelencia el criterio de la biparticipacion clásica y el principio del inicio de la ejecución que habrá de utilizar los demás países de la Europa occidental y que en nuestro país con el Código Penal para el Distrito Federal sigue su modelo, pero que desde que entró en vigor y hasta la fecha ha sufrido cambios, no siendo posible determinar que corriente adopta puesto que dentro del ordenamiento se ven signos tanto de una corriente como otra, es decir, en el mismo se mesclan las corrientes.

³ MALO CAMACHO, Gustavo, "Tentativa de Delito", México, Editorial UNAM, Pagina 41.

1.4.- LA TENTATIVA EN ESPAÑA.

De acuerdo a Gustavo Malo Camacho, en su libro la tentativa en México, establece “...En España el primer código que hablo de tentativa fue el código de 1822, el cual encuadra a la tentativa bajo un criterio subjetivista en tanto que expresaba que tentativa, es la manifestación del designio de delinquir, hecha por medio de algún acto exterior, que de principio a la ejecución del delito o lo prepare. La punición de la tentativa era una cuarta parte menos respecto del delito consumado, posteriormente, surgió en 1848, otro código penal que llevo a sustituir el de 1822. En este ordenamiento divide el delito frustrado del delito consumado y la tentativa nos da una definición de cada uno de estos, equipara a la tentativa a conspiración y la proposición para cometer un delito exime de toda pena la tentativa tanto de conspiración como de proposición de cometer un delito, este código de 1848, tuvo modificaciones muy importantes en el año 1850 y vino a ser abrogado por el código de 1870. el ordenamiento esta compuesto de artículos, dividido en libros, de los cuales el libro primero es de 127 artículos y se subdivide en seis títulos bajo la denominación “disposiciones sobre delitos y faltas, las personas responsables y las penas dedicado a la norma de aplicación general”, el titulo primero trata de los delitos y faltas, y de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, así como de las circunstancias que atenúan la responsabilidad; el segundo título trata de las personas responsables de los delitos y faltas, el titulo tercero trata de las penas; el titulo cuarto de la responsabilidad civil, el quinto trata de las penas en que incurren los que quebrantan las sentencias y los que durante una condena delinquen de nuevo y el titulo sexto trata de la prescripción de las penas, este código, establecía que la tentativa de delito se configuraba en base al criterio de la biparticipacion de los actos y al principio de inicio de ejecución, se informaba de la conspiración y la proposición eran punible cuando expresamente lo mencionaba el ordenamiento penal, claramente se informaba que las faltas solamente eran castigadas cuando consumadas contra las personas y la propiedad, se establecía la distinción entre el delito tentado y el delito frustrado y ambos para efectos de la aplicación de la pena. Este código español tuvo su vigencia hasta el año 1928. En el código penal español, del año de 1928, la tentativa se establecía bajo el criterio de la biparticipacion clásica de los actos, sobre la base del principio del inicio de la

ejecución, en este ordenamiento los delitos son punibles en todos sus grados de ejecución como lo es la consumación, la frustración, la tentativa, la proposición, la conspiración y la provocación para realizar un delito. En el código penal español de 1932, se expresaba que “hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución, que debería de producir el delito, por causa o accidente que no sean de su propio y voluntario desistimiento, del presente código se puede establecer que manejaba la tentativa del delito bajo el criterio de la biparticipación clásica de los actos, sobre la base del principio del inicio de ejecución, existiendo una distinción entre el delito tentado y el delito consumado.”⁴

1.5.- DELITO DE TENTATIVA EN MÉXICO.

En México, hasta la constitución de 1857, no existieron bases fundamentales sobre las cuales edificar o establecer el Derecho Penal Mexicano, caracterizando hasta entonces el régimen represivo por una verdadera anarquía en cuanto a las disposiciones dictadas se referían al procedimiento y la jurisdicción para activar el proceso y hacer más efectivas las penas ante el creciente aumento de la criminalidad.

Después de la referida constitución de 1857, surgen las primeras legislaciones penales, siendo la primera la emanada en Veracruz en el año de 1867, fue el primer Código Penal en México independiente llamado Código Penal de la Legislación Corona, denominado así en atención a su elaborador Fernando De Jesús Corona; en dicho ordenamiento penal la figura de la tentativa venía fijada en sentido subjetivista, siendo limitada no obstante, en manera subjetivista bajo el criterio del principio de la ejecución, fundado en la biparticipación de los actos, el desistimiento se declaró impune, el arrepentimiento lo dejó libre albedrío del juzgador, sin que se pudiera llegar nunca a la pena del delito consumado, la punición es establecida basándose en una disminución respecto del delito consumado.

⁴Óp. Cid. Página, Página 50

La indicada legislación se constituye en la primera legislación completa del país, este ordenamiento estaba compuesto por 761 artículos y se dividía en tres libros, de los cuales el libro primero se denominaba *“los delitos y de las penas en general”*, las cuales estaban aplicadas a las normas de aplicación general.

El primer Código para el Distrito Federal y Territorios Federales en Materia Común y para toda la Republica del Fuero Federal, fue promulgada el día 7 de diciembre de 1871 y puesto en vigor el día 1 de abril de 1872, tomo como modelo del código penal español de 1850, y sus reformas de 1870 teniendo vigencia hasta 1928, es consecuencia de los trabajos elaborados por una comisión encabezada por Antonio Martinez de Castro, llamado también Código Martinez de Castro de afiliación clásica con influencia positivista.

Se estima que este Código de Martinez de Castro, aun cuando trató de evitar el principio expreso del inicio de ejecución, no logró dejar de utilizar el concepto de biparticipacion clásica de los actos que se observa en la base de su texto, la cual intentó variar el sistema para la delimitación de la tentativa punible bajo el criterio diverso de dirección del tiempo.

De igual manera Gustavo Malo Camacho, a titulo de referencia legal, mencionaremos los artículos del Código Martinez de castro que aluden al tema que tratamos.

“artículo 18.- En los delitos intencionales se distinguen cuatro grados:

Conato

Delito intentado

Delito frustrado

Delito consumado

“artículo 19. El conato de delito consiste: en ejecutar uno o mas hechos encaminados directa e inmediateamente a la consumación, pero sin llegar al acto que lo constituye”.

“artículo 20. El conato es punible solamente cuando el acto de la consumación del delito, por causas independientes de la voluntad del agente”.

“artículo 21. En el caso del artículo anterior son requisitos necesarios para el castigo:

Que los actos ejecutados den a conocer por si solos, o acompañados de algunos indicios, cual era el delito que el reo tenía intención de perpetrar: que la pena que debiera imponerse por el, si solos, o acompañados de algunos indicios, cual era el delito que el reo tenía intención de perpetrar.”.

“artículo 23. Los actos que no reúnen las circunstancias que exigen los artículos 20 y 21, no constituyen conato punible, y se consideran como paramente preparatorios del delito”.

“artículo 24.- los actos puramente preparatorios son punibles solamente cuando por si mismos constituyen un delito determinado que tienen pena señalada en la ley, con excepción de los casos en que este dispone expresamente lo contrario”.

El 15 de diciembre de 1929, entra en vigor el segundo Código Penal para el Distrito y Territorios Federales y la Federación, este código fue denominado Código Almaraz en homenaje a su principal elaborador, adopta para el encuadramiento de la tentativa punible, el concepto de la punición, de los actos ejecutados deberán dar a conocer por si solos o por otros indicios la intención del agente, el conato y el desistimiento quedan impunes.

En cuanto a la pena se establece, la posibilidad de alguna medida de seguridad y al reincidente en el desistimiento si se aplica pena, el ordenamiento compuesto de 1228 artículos más cinco artículos transitorios, se encuentra dividido en tres libros, el libro primero con 290 artículos en seis títulos se encuentra dedicado a las normas de aplicación general; el libro segundo es relativo a la reparación del daño y el libro tercero está dedicado a la determinación de los tipos delictivos en particular en veintiún títulos, transcribiendo a continuación los artículos que interesan en el presente trabajo:

“artículo 20. En los delitos internacionales se distinguen:

El delito consumado y

La tentativa o conato”.

“artículo 21. Delito consumado es: el acto pleno por practica de todos los medios de ejecución según el tipo legal establecido para cada una de sus especies en el libro tercero de este código”.

“artículo 22.- hay tentativa punible. Cuando el agente inicia exteriormente la ejecución del hecho delictuoso directamente por actos idóneos y no practica todos los esenciales de ejecución que deberían de producir el delito, por causas o condiciones que no sean su propio y espontaneo desistimiento”:

“artículo 23.- en el caso del artículo anterior, son requisitos necesarios para aplicar la sanción:

Que los actos ejecutados den a conocer por si solos o acompañados de algún indicio, cuál era el delito que el reo quería perpetrar, que la sanción que debería de imponerse por el sí se hubiere consumado, no baje de quince días de arresto o multa de cinco días de utilidad”.

“artículo 27.- si el autor de una tentativa frustrada por arrepentimiento, incurre posteriormente en un brazo de cinco años en nueva tentativa de igual delito o de otro, sea desistida, fallida o consumada, se le aplicaran las sanciones de este y las que hubieren correspondido a la primera”.

Posteriormente en el año de 1931 entro en vigor el código penal que rigió en el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la Republica en materia del Fuero Federal, hasta el año de 1999, el cual tuvo en el libro I, Titulo primero, capítulo II, artículo 12, se refiere a la tentativa expresando *“...existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían de producir el resultado u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquel no consume por causas ajenas a la voluntad del agente”*, encontrando dentro de su vigencia este código varias formas en casi todo su contenido, pero él lo referente al tipo de tentativa este no sufrió ningún...”⁵

Encontramos primeramente al penalista que más empeño le ha puesto para depurar esta gran figura, nos referimos a Francisco Carrera quien nos da dos

⁵ Óp. Cid. Página Página 50

definiciones de la tentativa, mencionándonos que se entiende a la tentativa *“...como cualquier acto externo que por su naturaleza conduce equivocadamente a un resultado criminoso, y que el agente dirige con explícita voluntad a este resultado, pero al cual este no le sigue, ni tampoco la lesión de un hecho superior o equivalente al que se quería violar...”* al seguir tratando el tema, vuelva a definir a la tentativa manifestando que *“...también puede definirse como un hecho humano antijurídico y perturbador de la tranquilidad de los ciudadanos que por naturaleza se hallaba en capacidad de producir la lesión de un derecho ulterior más importante que el que fue violado por el mismo hecho y que estaba dirigido por el agente, con intención determinada y perseverante, a la lesión del derecho que no resultó violado, si no solamente puesto en peligro.*

Otra definición al respecto es la que nos da el penalista italiano Giuseppe Maggiore el cual manifiesta que la tentativa es *“un delito iniciado y no cumplido por interrupción de la acción o por irrealización del resultado”*⁶

Lo anterior nos manifiesta dos formas en que se nos puede presentar la tentativa, la primera existe tentativa cuando se inicia el delito pero se interrumpe el resultado llamado este último delito imposible, clasificación que realizamos en el capítulo siguiente:

El tratadista argentino Ricardo Juan Bavallero menciona que *“...el delito será tentado cuando el autor haya dado comienzo a su ejecución dolosamente sin llegar a la consumación por razones ajenas a su voluntad...”*⁷

Dicha definición encuadra los elementos principales que de la tentativa enmarcan la mayoría de las definiciones y las cuales son:

- 1.- el autor haya dado comienzo a su ejecución.
- 2.- dolosamente; y
- 3.- que no se llegue a la consumación por razones ajenas a su voluntad.

La definición hecha por Ricardo Juan Cavallero, se basa en los lineamientos que menciona el código penal argentino, el cual tipifica a la tentativa en su artículo 42,

⁶ MAGGIORE, Giuseppe “Derecho Penal II”, Bogotá, Editorial Temis, 1954, Página 122.

⁷ CABALLERO, Ricardo Juan. “El Delito Imposible”, Buenos Aires, Editorial Universal 1983, Página 39.

llevando este código una corriente de la teoría de la equivalencia de las condiciones porque en este código se toman en cuenta la voluntad del agente y no el peligro objetivo.

CAPITULO II.- MARCO CONCEPTUAL

2.1.- CONCEPTO DE TENTATIVA

La tentativa para el derecho colombiano “...es un dispositivo amplificador del tipo el cual tiene como función ampliar el campo de responsabilidad penal que se da en el Iter Criminis. Las personas responden por regla general por la comisión de conductas punibles como autores cuando han actualizado determinado tipo penal...”⁸

Para Sara Pérez Kasparian, la cual se basa en el Código Penal Federal específicamente en los artículos 12 y 63, establece “...la tentativa punible se compone por actos materiales tendientes a ejecutar el delito, es un comienzo que interrumpe por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo” “la tentativa punible puede subdividirse en tentativa acabada e inacabada, la primera ocurre cuando el sujeto activo comenzó la ejecución y aparentemente la finaliza, pero por actos ajenos a su voluntad, no logra consumar su conducta delictiva, y la segunda ocurre cuando el sujeto activo empezó a desplegar su conducta en una parte, pero por actos ajenos a su voluntad no lo puede culminar...”⁹

Por su parte, Francisco Carrara, sostiene que la tentativa es “...cualquier acto externo que por su naturaleza conduce enivocamente a un resultado criminoso, y que el agente dirige con explícita voluntad, en este resultado, pero al cual este no le sigue, ni tampoco la lesión de un derecho superior o equivalente al que quería volar...”¹⁰

⁸ Internet Explorer, “Derecho Penal Colombiano”

⁹ PEREZ KASPARIAN, Sara “Manuel de Derecho Penal” Editorial Porrúa México, Primera Edición, 2009. Páginas 33 y 34

¹⁰ CARRARA, Francisco. “Programa de Derecho Criminal”. Parte General Volumen I, Bogotá, Editorial Temis, 1988. Pagina 246.

Del análisis de las definiciones anteriores , nos podemos dar cuenta que cuando estamos en presencia de una tentativa y cuando tenemos de ella simples apariencias, así pues, de las mismas de definiciones se desprende que para que la tentativa existe se requiere de tres elementos importantes los cuales son los siguientes:

- a) La intención de cometer un delito determinado.
- b) Que haya principio de ejecución del delito, es decir que se hayan comenzado a ejecutarse los actos propiamente integradores del delito.
- c) Que la ejecución del delito quede interrumpida por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para que se pueda considerar como tentativa deben existir actos preparatorios o de manera contingente o adicional, es decir, aquellos que en relación a determinada intención del sujeto puedan tener característica de conocimiento de ejecución del delito, por lo tanto podemos afirmar que el primer elemento de la misma es la voluntad delictuosa, es decir, este requisito se obtiene a través de la argumentación jurídica. El sujeto no logra su propósito u objetivo al realizar un acto ilícito, pero este no puede ser más otro que la voluntad dirigida a cometer el delito.

El segundo elemento está constituido por la exteriorización de la voluntad de cometer un delito, esto es realizar los actos idóneos encaminados de manera errónea a la realización del acto ilícito, es decir, debe de ser idóneo capaz de generar elementos y de estar objetivamente encaminado a este, dejando en claro la intención del agente de modo indudable.

Así pues para que pueda hablarse de tentativa, es necesario que el evento no se verifique y es precisamente este tercer elemento lo que distingue del delito consumado y el cual eleva los actos realizados.

2.2.- CONCEPTO DE SERVIDOR.

Existe una gran cantidad de estudiosos del derecho los cuales dan diversos conceptos de servidor. Para Juan Palomar de Miguel servidor proviene del latín “servitor”, la cual deberá ser atendida en primer término como “*persona que sirve como criado*”.¹¹

El Doctor Miguel Acosta Romero alude que es empleado público o servidor “...*aquel que presta un servicio determinado de carácter permanente a un órgano público mediante un salario, caracterizado por un vinculo laboral que tiene su origen en la ley...*”¹²

Giuseppe Maggiore considera que el empleado público o servidor “...*es la persona que se pone voluntariamente su propia actividad en servicio del estado o de una entidad pública, de modo permanente y con fines profesionales a cambio de una retribución determinada...*”¹³

De acuerdo al diccionario de la lengua española, se establece que servidor “*es aquella persona que sirve como criado*”.¹⁴

Lo anterior, como lo establece Giuseppe Maggiore, es una persona que presta un servicio determinado al estado o bien a una persona moral; Pero no se entrara más en detalles, simplemente este apartado es para considerar y relacionar concepto de servidor con servidor público.

2.3.- CONCEPTO DE SERVIDOR PÚBLICO.

Para Miguel Acosta Romero, servidor público “...*es aquel ciudadano investido de un cargo, empleo o función pública, ligado por un vínculo de régimen jurídico, profesionalmente, por tanto, al cuadro de personal del poder público...*”¹⁵

¹¹ PALOMAR DE MIGUEL, Juan, “Diccionario Para Juristas”, Mayo Ediciones, Primera Edición México, 1981, Pagina 1245.

¹² ACOSTA ROMERO, Miguel, “Derecho Burocrático Mexicano”. Editorial Porrúa, México, 1995, Pagina 105.

¹³ MAGGIORE, Giuseppe “Derecho Penal II”, Bogotá, Editorial Temis, 1954, Pagina 135.

¹⁴ POUDEVIDA RALUY, Antonio “Diccionario de la Lengua Española”, Editorial Porrúa, Pagina 698.

¹⁵ ACOSTA ROMERO, Miguel, “Derecho Burocrático Mexicano”. Editorial Porrúa, México, 1995, Página 106.

Ahora bien, el artículo 108 constitucional que establece que para efectos de las responsabilidades a que alude este título se reputaran como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros de los Poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, a los funcionarios y empleados y, en general a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

En los términos del artículo 108, de la constitución política de los estados unidos mexicanos, Rafael de Pina indica “...se reputaran como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros de los Poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, a los funcionarios y empleados y, en general, a toda persona que desempeñe un cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal...”¹⁶

En consecuencia la denominación genérica de servidor público, se engloba absolutamente a todos los trabajadores, empleados y funcionarios de la administración pública y por consecuencia todos son, sin distingo, sujetos de la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos.

En la legislación vigente desaparece la distinción entre funcionarios, empleados y encargados de un servicio público.

Es de considerarse que la institución de un concepto único de sujeto vinculado al servicio público representa un avance importante, ya que elimina clasificaciones muy discutidas y muy discutibles, en el campo doctrinado y la práctica y que traigan consigo dificultades de interpretación y aplicación de la ley en los casos concretos.

El artículo 108 constitucional antes mencionado, correspondiente al título cuarto relativo a las responsabilidades de los servidores públicos, como se ha dicho define el concepto a estudiar.

¹⁶ DE PINA, Rafael y Rafael DE PINA VARA, “Diccionario de Derecho”, Editorial Porrúa, 20 Edición, México 1994, pág. 454.

“...Para los efectos de las responsabilidades a que alude este título se reputaran como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros de los Poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, a los funcionarios y empleados y en general a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal...”¹⁷

Congruente con lo establecido en el ordenamiento constitucional, el artículo 212, del Código Penal Federal, establece que es servidor público *“...toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal, centralizada o en el Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a estas, fideicomisos públicos, en el congreso de la unión, o en los Poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito 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...”¹⁸*

De igual forma en el artículo 256, del Código Penal para el Distrito Federal, dentro del título décimo cuarto de los delitos contra el servicio público cometidos por servidores públicos, establece que es servidor público para el Distrito Federal *“...toda persona que desempeñe un cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública del distrito federal, en la asamblea legislativa del distrito federal y en los órganos que ejercen la función judicial del fuero común en el distrito federal...”¹⁹*

De las disposiciones anunciadas, se capta que el concepto de servidor público abarca a todos los individuos que en una forma o en otra intervienen en las actividades que constituyen el servicio público.

¹⁷ Cámara de Diputados, “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, Página 91.

¹⁸ *Op. Cit.* Página 92.

¹⁹ Asamblea Legislativa del Distrito Federal. (2014). Código Penal para el Distrito Federal. 25-08-2014, de Asamblea Legislativa del Distrito Federal Sitio web: <http://www.aldf.gob.mx/codigos-107-4.html>. Página 65

Los servidores públicos se realizan a través de funciones que son las formas y medios del estado y las funciones de la actividad del estado y las funciones del estado son la legislativa, que se llevara a cabo por medio del poder legislativo, la administrativa a través del poder ejecutiva, y la jurisdiccional la cual está encargada al poder judicial.

Como podemos darnos cuenta, las distintas definiciones que se han mencionado, tanto el concepto constitucional, como el penal de servidor público abarcan las tres funciones del estado, y por tal razón los sujetos o personas que realizan dichas actividades concretas dentro de los diversos órganos de gobierno.

Como se ha mencionado anteriormente el servidor público es cualquier persona física que desempeña alguna cargo, empleo o comisión, dentro de los tres órganos de gobierno, dichos servidores públicos al no llevar acabo de manera adecuada y legal sus funciones pueden caer en una responsabilidad administrativa, a tal grado y de acuerdo al grado del servidor público puede recaer en el juicio político.

Para determinar que servidores públicos pueden ser sujetos a juicio político y como lo establece el artículo 110 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos son los senadores y diputados del congreso de la unión, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Consejeros de la Judicatura Federal, los Secretarios de Despacho, los Diputados de la Asamblea del Distrito Federal, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, el Procurador General de la Republica, el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, los Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito, los Magistrados y Jueces del Fuero Común del Distrito Federal, los Consejeros de la Judicatura del Distrito Federal, el Consejero Presidente, los Consejeros Electorales, y el Secretario Ejecutivo del Instituto Federal Electoral, los Magistrados del Tribunal Electoral, los Directores Generales y sus equivalentes de los Organismos Descentralizados, Empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a estas y los Fideicomisos Públicos.

Los Gobernadores de los Estados, Diputados Locales, Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales, y en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas de Juicio Político en los términos de este título por violaciones graves a la Constitución y a las Leyes Federales que de ella emanen, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales, pero en este caso la resolución será únicamente declarativa y se comunicara a las legislaturas locales para que en ejercicio de sus atribuciones procedan como corresponda.

Las sanciones consistirán en la destitución del servidor público y en su inhabilitación para el desempeño de sus funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público.

Para la aplicación de las sanciones a que se refiere este precepto, la cámara de diputados procederá a la acusación respectiva ante la cámara de senadores, previa declaración de la mayoría absoluta del número de miembros presentes en sesión de aquella cámara, después de haber sustanciado el procedimiento respectivo y con audiencia del inculpado.

Por último cabe mencionar, que los funcionarios anteriormente citados, son sujetos de responsabilidades administrativas, aunque en algunos casos lo son también del juicio político.

Del análisis realizado del texto constitucional se desprende que en el término más genérico que utiliza es el de servidor público, con el cual se identifica a toda persona que tenga una relación de trabajo con el estado, sin distinción del tipo de órgano en que se desempeñe, o del ordenamiento laboral que lo regule, toda vez que las relaciones y las responsabilidades, a que se refiere son ajenas a las del derecho laboral, así tenemos que como lo establece el artículo 108 de nuestro ordenamiento constitucional, se reputaran como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros de los Poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, a los Funcionarios y Empleados, y en general, a toda persona que desempeñe algún empleo, cargo, o comisión, de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal.

De acuerdo con el precepto constitucional todo servidor público es sujeto de responsabilidad cuando en el desarrollo de sus funciones incurra en actos u omisiones que de alguna manera perjudiquen al servicio público, sin embargo, no todas las personas que prestan servicios públicos se encuentran bajo el mismo régimen ya que algunas disponen de inmunidad y otras no.

Por tanto, el hecho de desempeñar un empleo, cargo o comisión en los órganos del estado, les da la calidad de servidor público, ya sea que lo desempeñe como resultado de una lección, un nombramiento de carácter administrativo, de un contrato laboral, un contrato civil de prestación de servicios, o una designación de cualquier naturaleza.

2.4.- CONCEPTO DE FUNCIONARIO.

Para Miguel Acosta Romero indica que es funcionario público “...*aquel que cubre un puesto oficial de trabajo en la administración pública y que no es empleado público, asumiendo el carácter de autoridad...*”²⁰

Así también establece que son funcionarios los que, en virtud de un nombramiento de la autoridad pública, bajo el nombre de funcionarios, empleados pertenecen a los cuadros permanentes de la administración pública.

Funcionario es el que representa al estado a través del órgano de competencia de que es titular, lo representa frente a otros órganos del estado o entidades públicas, como frente a los particulares y en las relaciones internas con los servidores públicos del estado, el funcionario es a la vez autoridad, porque tienen facultades de decisión.

Rafael de Pina refiere que se trata de funcionario público “...*a toda persona afecta, con carácter permanente, como profesional, a un servicio del estado, del*

²⁰ ACOSTA ROMERO, Miguel, “Derecho Burocrático Mexicano”. Editorial Porrúa, México, 1995, Página 105

*municipio o de cualquier corporación de carácter público. Quien ejerce cualquier función pública como titular de un rango representativo, gubernativo o político...*²¹

Para Giuseppe Maggiore establece por su parte que funcionarios es *"...es el que ejerce una función pública, es la persona física de algún modo llamada a querer y a obrar en interés del estado o de una administración pública"*...²²

De acuerdo al diccionario de la lengua española, funcionario *"...es aquella persona dedicada al desempeño de alguna función o servicio público o privado..."*²³

Funcionario es pues toda persona que desempeñe una función o servicio por lo general estable y público. La academia se inclina a la equiparación de funcionario como empleado público, de acuerdo con la palabra esta su asimilación al desempeño de una función pública aun sin ser empleado, además también agrega que entre empleado y funcionario se suelen trazar diferencias como es el carácter profesional del empleado inferior en jerarquía, y de índole directiva y menos estable del funcionario.

Así también el mismo Maestro Rafael de Pina Vara indica que se reputará como *"...funcionario administrativo aquel cuya actividad se desarrolla dentro de la esfera del poder ejecutivo mediante la realización de actos de administración..."*²⁴

2.5.- CONCEPTO DE FUNCIÓN PÚBLICA.

Para el maestro Rafael de Pina Vara la función pública es *"...actividad dirigida en la realización de alguno de los servicios correspondientes al estado, municipio o en general, a cualquier órgano público..."*²⁵

Giuseppe Maggiore refiere por otra parte que *"...es función pública toda actividad que realice fines propios del estado, aunque la ejerzan personas extrañas a la administración pública..."*²⁶

²¹ DE PINA, Rafael y Rafael DE PINA VARA, "Diccionario de Derecho", Editorial Porrúa, 20 Edición, México 1994, Pág. 296.

²² MAGGIORE, Giuseppe "Derecho Penal II", Bogotá, Editorial Temis, 1954, Página 137

²³ POUDEVIDA RALUY, Antonio "Diccionario de la Lengua Española", Editorial Porrúa, Página 342, México, 2012.

²⁴ DE PINA, Rafael y Rafael DE PINA VARA, "Diccionario de Derecho", Editorial Porrúa, 20 Edición, México 1994, Pág. 296.

²⁵ Op. Cit, pág. 297.

²⁶ MAGGIORE, Giuseppe "Derecho Penal II", Bogotá, Editorial Temis, 1954, página 137.

Establecido lo anterior, podemos concluir que es función pública toda actividad realizada por los servidores públicos en uso de sus atribuciones y facultades que la ley les confiere a través de un órgano debidamente legitimado.

2.6.- CONCEPTO DE EJERCICIO

La palabra ejercicio indica Juan Palomar de Miguel proviene del latín “*exercitium*”, la cual significa “*acción de ejercitarse u ocuparse en una cosa*”.²⁷

Para el licenciado Guillermo Cabanellas es “*es la práctica, desempeño de profesión, oficio o arte, uso de una atribución. utilización de una facultad*”.²⁸

Se puede establecer que el ejercicio hablando de una forma jurídica, se puede entender como la capacidad de llevar a la práctica algún oficio, arte u profesión, pudiéndose valer por un empleo, cargo o comisión, que le halla conferido algún marco legal.

2.7.- CONCEPTO DE INDEBIDO.

Volviendo a mencionar al licenciado Guillermo Cabanellas establece que indebido “*...es lo que no es debido. Contra deber. De modo ilícito. Lo que no es obligatorio. inexistente. injusto. ilegal. anti reglamentario...*”.²⁹

Para Juan Palomar de Miguel establece que es indebido aquello “*que no es exigible ni obligatorio. injusto. ilícito y falta de equidad*”.³⁰

Para no entrar en obviedad de repeticiones, se puede establecer que indebido es todo aquello que no es debido, ilícito o legal, y lo puede aplicar cualquier persona o bien cualquier servidor público.

²⁷ PALOMAR DE MIGUEL, Juan “Diccionario de Juristas”, Mayo Ediciones, México, 1981, Página 491.

²⁸ CABANELLAS, Guillermo, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Editorial Helialista, 20 Edición, Pág. 135.

²⁹ CABANELLAS, Guillermo, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Editorial Helialista, 20 Edición.

³⁰ PALOMAR DE MIGUEL, Juan “Diccionario de Juristas”, Mayo Ediciones, México, 1981, página 706.

2.8.- CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO.

La palabra servicio público proviene según Juan Palomar de Miguel del latín “*sertium*”, la cual significa en sentido amplio “*accion y efecto de servir*”³¹

Miguel Acosta Romero indica que se refutara como cargo o servicio publico “*al lugar instituido en la organización publica, con denominacion propia, atribuciones especificas y presupuesto propio, para ser provisto y ejercido por un titular en la forma establecida por la ley*”.³²

El servicio público para Guillermo Cabanellas “*es el que ha de satisfacer una necesidad colectiva por medio de una organización adminsitrativa y regida por la admisnitracion publica*”.³³

el concepto de servicio publico se deducen los siguientes elementos:

- a) La existencia de una necesidad colectiva.
- b) Que esta necesidad se satisfaga de manera continua y regular por la actividad del estado.

Las obligaciones del servicio público se encuentran enumeradas en el articulo 47 de la ley de responsabilidades del servicio público la cual a la letra dice:

“ARTÍCULO 47.- *Todo servidor público tendrá las siguientes obligaciones, para salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben ser observadas en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, y cuyo incumplimiento dará lugar al procedimiento y a las sanciones que correspondan, sin perjuicio de sus derechos laborales, así como de las normas específicas que al respecto rijan en el servicio de las fuerzas armadas:*

³¹ Óp. Cid. Página 706.

³² ACOSTA ROMERO, Miguel, “Derecho Burocrático Mexicano”. Editorial Porrúa, México, 1995, Página 106

³³ CABANELLAS, Guillermo, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Editorial Helialista, 20 Edición.

I.- Cumplir con la máxima diligencia el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia de dicho servicio o implique abuso o ejercicio indebido de un empleo, cargo o comisión;

II.- Formular y ejecutar legalmente, en su caso, los planes, programas y presupuestos correspondientes a su competencia, y cumplir las leyes y otras normas que determinen el manejo de recursos económicos públicos;

III.- Utilizar los recursos que tengan asignados para el desempeño de su empleo, cargo o comisión, las facultades que le sean atribuidas o la información reservada a que tenga acceso por su función exclusivamente para los fines a que están afectos;

IV.- Custodiar y cuidar la documentación e información que por razón de su empleo, cargo o comisión, conserve bajo su cuidado o a la cual tenga acceso, impidiendo o evitando el uso, la sustracción, destrucción, ocultamiento o inutilización indebidas de aquéllas;

V.- Observar buena conducta en su empleo, cargo o comisión, tratando con respeto, diligencia, imparcialidad y rectitud a las personas con las que tenga relación con motivo de éste.

VI.- Observar en la dirección de sus inferiores jerárquicos las debidas reglas del trato y abstenerse de incurrir en agravio, desviación o abuso de autoridad;

VII.- Observar respeto y subordinación legítimas con respecto a sus superiores jerárquicos inmediatos o mediatos, cumpliendo las disposiciones que éstos dicten en el ejercicio de sus atribuciones;

VIII.- Comunicar por escrito al titular de la dependencia o entidad en la que presten sus servicios, las dudas fundadas que le suscite la procedencia de las órdenes que reciba;

IX.- Abstenerse de ejercer las funciones de un empleo, cargo o comisión después de concluido el período para el cual se le

designó o de haber cesado, por cualquier otra causa, en el ejercicio de sus funciones;

X.- *Abstenerse de disponer o autorizar a un subordinado a no asistir sin causa justificada a sus labores por más de quince días continuos o treinta discontinuos en un año, así como de otorgar indebidamente licencias, permisos o comisiones con goce parcial o total de sueldo y otras percepciones, cuando las necesidades del servicio público no lo exijan;*

XI.- *Abstenerse de desempeñar algún otro empleo, cargo o comisión oficial o particular que la Ley le prohíba.*

XII.- *Abstenerse de autorizar la selección, contratación, nombramiento o designación de quien se encuentre inhabilitado por resolución firme de la autoridad competente para ocupar un empleo, cargo o comisión en el servicio público.*

XIII.- *Excusarse de intervenir en cualquier forma en la atención, tramitación o resolución de asuntos en los que tenga interés personal, familiar o de negocios, incluyendo aquéllos de los que pueda resultar algún beneficio para él, su cónyuge o parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, por afinidad o civiles, o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen o hayan formado parte.*

XIV.- *Informar por escrito al jefe inmediato y en su caso, al superior jerárquico, sobre la atención, trámite o resolución de los asuntos a que hace referencia la fracción anterior y que sean de su conocimiento; y observar sus instrucciones por escrito sobre su atención, tramitación y resolución, cuando el servidor público no pueda abstenerse de intervenir en ellos;*

XV.- *Abstenerse, durante el ejercicio de sus funciones de solicitar, aceptar o recibir, por sí o por interpósita persona, dinero, objetos mediante enajenación a su favor en precio notoriamente inferior al que el bien de que se trate y que tenga en el mercado ordinario, o cualquier donación, empleo, cargo o comisión para sí,*

o para las personas a que se refiere la fracción XIII, y que procedan de cualquier persona física o moral cuyas actividades profesionales, comerciales o industriales se encuentren directamente vinculadas, reguladas o supervisadas por el servidor público de que se trate en el desempeño de su empleo, cargo o comisión y que implique intereses en conflicto. Esta prevención es aplicable hasta un año después de que se haya retirado del empleo, cargo o comisión;

XVI.- *Desempeñar su empleo, cargo o comisión sin obtener o pretender obtener beneficios adicionales a las contraprestaciones comprobables que el Estado le otorga por el desempeño de su función, sean para él o para las personas a las que se refiere la fracción XIII;*

XVII.- *Abstenerse de intervenir o participar indebidamente en la selección, nombramiento, designación, contratación, promoción, suspensión, remoción, cese o sanción de cualquier servidor público, cuando tenga interés personal, familiar o de negocios en el caso, o pueda derivar alguna ventaja o beneficio para él o para las personas a las que se refiere la fracción XIII;*

XVIII.- *Presentar con oportunidad y veracidad, las declaraciones de situación patrimonial, en los términos establecidos por esta ley;*

XIX.- *Atender con diligencia las instrucciones, requerimientos y resoluciones que reciba de la Secretaría de la Función Pública, conforme a la competencia de ésta;*

XX.- *Supervisar que los servidores públicos sujetos a su dirección, cumplan con las disposiciones de este artículo; y denunciar por escrito, ante el superior jerárquico o la contraloría interna, los actos u omisiones que en ejercicio de sus funciones llegare a advertir respecto de cualquier servidor público que pueda ser causa de responsabilidad administrativa en los términos de esta ley, y de las normas que al efecto se expidan.*

XXI.- *Proporcionar en forma oportuna y veraz, toda la información y datos solicitados por la institución a la que legalmente le*

competa la vigilancia y defensa de los derechos humanos, a efecto de que aquélla pueda cumplir con las facultades y atribuciones que le correspondan.

XXII.- *Abstenerse de cualquier acto u omisión que implique incumplimiento de cualquier disposición jurídica relacionada con el servicio público, y*

XXIII.- *Abstenerse, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, de celebrar o autorizar la celebración de pedidos o contratos relacionados con adquisiciones, arrendamientos y enajenación de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra pública, con quien desempeñe un empleo, cargo o comisión en el servicio público, o bien con las sociedades de las que dichas personas formen parte, sin la autorización previa y específica de la Secretaría a propuesta razonada, conforme a las disposiciones legales aplicables, del titular de la dependencia o entidad de que se trate. Por ningún motivo podrá celebrarse pedido o contrato alguno con quien se encuentre inhabilitado para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público, y*

XXIV.- *La demás que le impongan las leyes y reglamentos.*

El incumplimiento de las obligaciones en el servicio público, numeradas con anterioridad, trae consecuencias, es decir, sanciones, las cuales se encuentran establecidas en el mismo ordenamiento penal en su artículo 53, el cual a la letra dice:

ARTÍCULO 53.- *Las sanciones por falta administrativa consistirán en:*

I.- *Apercibimiento privado o público;*

II.- *Amonestación privada o pública.*

III.- *Suspensión;*

IV.- *Destitución del puesto;*

V.- *Sanción económica; e*

VI.- *Inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público.*

Cuando la inhabilitación se imponga como consecuencia de un acto u omisión que implique lucro o cause daños y perjuicios, será de un año hasta diez años si el monto de aquéllos no excede de doscientas veces el salario mínimo mensual vigente en el Distrito Federal, y de diez a veinte años si excede de dicho límite. Este último plazo de inhabilitación también será aplicable por conductas graves de los servidores públicos.

Para que una persona que hubiere sido inhabilitada en los términos de ley por un plazo mayor de diez años, pueda volver a desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público una vez transcurrido el plazo de la inhabilitación impuesta, se requerirá que el titular de la dependencia o entidad a la que pretenda ingresar, dé aviso a la Secretaría, en forma razonada y justificada, de tal circunstancia.

La contravención a lo dispuesto por el párrafo que antecede será causa de responsabilidad administrativa en los términos de esta ley, quedando sin efectos el nombramiento o contrato que en su caso se haya realizado.³⁴

Como conclusión, se puede establecer que el servicio público es una actividad, función, entendida como forma de actividad del estado, a través de los servidores públicos, la cual tiende a la satisfacción de necesidades colectivas, que se encuentran sujetas a un régimen jurídico que se hace que el servicio se preste adecuadamente y de acuerdo a las necesidades.

³⁴ Cámara de Diputados "Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos", México 2013, Páginas 11 y 13.

2.9.- CONCEPTO DE EJERCICIO INDEBIDO DEL SERVICIO PÚBLICO.

Eduardo López Betancourt establece que el “...ejercicio indebido del servicio público se presenta cuando el sujeto sin ser formalmente un servidor público o habiendo dejado de serlo incumple con sus funciones las cuales resultan incorrectas ya que su conducta no se ajusta a las características deseadas y obligadas a la administración pública...”³⁵

El artículo 214 del Código Penal Federal, en su Título Decimo, Capítulo II, establece que es ejercicio indebido del servicio público:

Artículo 214.- *Comete el delito de ejercicio indebido de servicio público, el servidor público que:*

I.- *Ejerza las funciones de un empleo, cargo o comisión, sin haber tomado posesión legítima, o sin satisfacer todos los requisitos legales.*

II.- *Continúe ejerciendo las funciones de un empleo, cargo o comisión después de saber que se ha revocado su nombramiento o que se le ha suspendido o destituido.*

III.- *Teniendo conocimiento por razón de su empleo, cargo o comisión de que pueden resultar gravemente afectados el patrimonio o los intereses de alguna dependencia o entidad de la administración pública federal centralizada, del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresa de participación estatal mayoritaria, asociaciones y sociedades asimiladas a éstas y fideicomisos públicos, del Congreso de la Unión o de los poderes Judicial Federal o Judicial del Distrito Federal, por cualquier acto u omisión y no informe por escrito a su superior jerárquico o lo evite si está dentro de sus facultades.*

IV.- *Por sí o por interpósita persona, sustraiga, destruya, oculte, utilice, o inutilice ilícitamente información o documentación*

³⁵ LOPEZ BETANCOURD, Eduardo “Delitos en Particular”, Tomo II, Editorial Porrúa, Tercera Edición, México, Pagina 289.

que se encuentre bajo su custodia o a la cual tenga acceso, o de la que tenga conocimiento en virtud de su empleo, cargo o comisión.

V.- Por sí o por interpósita persona, cuando legalmente le sean requeridos, rinda informes en los que manifieste hechos o circunstancias falsos o niegue la verdad en todo o en parte sobre los mismos, y

VI.- Teniendo obligación por razones de empleo, cargo o comisión, de custodiar, vigilar, proteger o dar seguridad a personas, lugares, instalaciones u objetos, incumpliendo su deber, en cualquier forma propicie daño a las personas, o a los lugares, instalaciones u objetos, o pérdida o sustracción de objetos que se encuentren bajo su cuidado.

Al que cometa alguno de los delitos a que se refieren las fracciones I y II de este artículo, se le impondrán de tres días a un año de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la comisión del delito y destitución en su caso, e inhabilitación de un mes a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Al infractor de las fracciones III, IV, V y VI se le impondrán de dos a siete años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos años a siete años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos

Así también en el Código Penal para el Distrito Federal, se establece en el Título Décimo Octavo, los delitos contra el servicio público cometidos por servidores públicos, en su capítulo primero establece:

ARTÍCULO 256. *Para los efectos de este Código, es servidor público del Distrito Federal toda, persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la*

Administración, Pública del Distrito Federal, en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y en los órganos que ejercen la función judicial del fuero común en el Distrito Federal.

ARTÍCULO 257. *Para la individualización de las sanciones previstas en este Título, el Juez tomará en cuenta además, en su caso, si el servidor público es trabajador de base o de confianza, su antigüedad en el empleo, cargo o comisión, nivel jerárquico, antecedentes de servicio, percepciones, situación socioeconómica, grado de instrucción, las circunstancias especiales de los hechos constitutivos del delito, así como el monto del beneficio obtenido o del daño causado.*

ARTÍCULO 258. *Además de las penas previstas en los Títulos Decimoctavo y Vigésimo, se Impondrán:*

- I. Destitución del empleo, cargo o comisión en el servicio público;*
- II. Inhabilitación de tres a diez años para obtener y desempeñar un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el servicio público; y*
- III. Decomiso de los productos del delito.*

En su capítulo II, del mismo Código Penal para el Distrito Federal, llamado Ejercicio Ilegal y Abandono del Servicio Público, establece:

ARTÍCULO 259. *Comete el delito de ejercicio ilegal de servicio público, el servidor público que:*

- I. Ejerza las funciones de un empleo, cargo o comisión, sin haber tomado posesión legítima, o
Quien lo designe sin satisfacer todos los requisitos legales;*
- II. Continúe ejerciendo las funciones de un empleo, cargo o comisión después de saber que se ha revocado su nombramiento o que se le ha suspendido o destituido;*

III. Por sí o por interpósita persona, sustraiga, destruya, oculte, altere, utilice o inutilice,

Indebidamente información o documentación que se encuentre bajo su custodia o a la cual tenga acceso, o de la que tenga conocimiento en virtud de su empleo, cargo o comisión;

IV. Teniendo obligación por razones de empleo, cargo o comisión, de custodiar, vigilar, proteger o dar seguridad a personas, lugares, instalaciones u objetos, incumpliendo su deber, en cualquier forma propicie daño a las personas o a los lugares, instalaciones u objetos, o pérdida o sustracción de objetos que se encuentren bajo su cuidado;

IV Bis. Teniendo la obligación de custodiar, vigilar y evitar el asentamiento humano en zonas

Dictaminadas como de alto riesgo, autorice, permita o tolere la existencia de los mismos; y

V. Teniendo un empleo, cargo o comisión en los Centros de Reclusión del Distrito Federal, facilite o fomente en los centros de readaptación social y penitenciarias la introducción, uso, consumo, posesión o comercio de bebidas alcohólicas, sustancias psicotrópicas, así como de teléfonos celulares, radio localizadores o cualquier otro instrumento de comunicación radial o satelital para uso de los internos.

Al que cometa alguno de los delitos a que se refieren las fracciones I y II de este artículo, se le Impondrán de uno a tres años de prisión y de veinticinco a doscientos cincuenta días multa.

Al que cometa alguno de los delitos a que se refieren las fracciones III, IV, IV Bis y V de este

Artículo, se le impondrán de dos a siete años de prisión y de veinticinco a doscientos cincuenta días multa.

ARTÍCULO 260. *Se impondrán de uno a cinco años de prisión y de cien a quinientos días multa, al servidor público que en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, otorgue o*

autorice el nombramiento de un empleo, cargo o comisión en el servicio público a persona que por resolución firme de autoridad competente se encuentre inhabilitada para desempeñarlo.

Las penas se aumentarán en dos terceras partes a quien otorgue cualquier identificación en la que se acredite como servidor público a persona que realmente no desempeñe el empleo, cargo o comisión a que se haga referencia en dicha identificación.

Las mismas sanciones se impondrán a quien acepte la identificación.

ARTÍCULO 261. *Al servidor público que sin justificación abandone su empleo, cargo o comisión y con ello entorpezca la función pública, se le impondrá de seis meses a tres años de prisión. Para los efectos de este artículo, el abandono de funciones se consumará cuando el servidor público se separe sin dar aviso a su superior jerárquico con la debida anticipación, conforme a la normatividad aplicable y de no existir ésta, en un plazo de tres días.*

2.10.- CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD

Etimológicamente, la responsabilidad proviene del latín responderé, traducible como “*estar obligado*”, la responsabilidad es la capacidad de un sujeto de derecho de conocer y aceptar las consecuencias de sus actos realizados consiente y libremente, siendo la causalidad existente entre el acto y su autor, es decir de responder a sus actos.

En un sentido más concreto, la responsabilidad se traduce en el “...*surgimiento de una obligación o merecimiento de una pena en un caso determinado o determinable, como resultado de la ejecución de un acto específico*”.³⁶

El Diccionario de Derecho Penal, establece que la responsabilidad es “*deuda, obligación de reparar y satisfacer a consecuencia de delito o culpa. Cargo u*

³⁶ FERNANDEZ RUIZ, Jorge, “Derecho Administrativo”, Mc Graw-Unam, Primera Edición, México, 1997, Pagina 165.

*obligación moral que resulta para uno del posible yerro, en cosa o asunto determinado.*³⁷

2.10.1.- RESPONSABILIDAD PENAL.

La Responsabilidad Penal dice Luis Carlos Pérez dentro del Diccionario de Derecho Penal, establece *“la responsabilidad penal no tiene otro significado, pues si alguien realiza una conducta adecuada a la descripción normativa, sin estar asistido por una justificante y aquella resulta culpable por dolo, o culpa, si se examinan las múltiples definiciones o conceptos vertidos modernos, se apreciara el notable giro dado por la doctrina, desde la concepción positivista que declaro al hombre responsable social y no moralmente, al negar el libre albedrio y determinar el determinismo, a la concepción vigente que la concibe como la obligación de someterse ineludiblemente a la pena o sanción correspondiente al particular delito cometido”*.

La responsabilidad penal de los funcionarios o empleados tiene lugar por delitos que solo con esa calidad se pueden cometer, o bien, por actos en los que se considera como agravante la circunstancia de que su autor desempeñe una función pública.

La responsabilidad penal opera para cualquier servidor público y persigue y sanciona conforme a la ley penal, sancionado con penas de prisión, multa destitución e inhabilitación. La responsabilidad penal de un servidor público que no goce de fuero se exige por vías normales sin necesidad de procedimiento previo.

Conforme a la fracción II del artículo 109 constitucional establece que la comisión de los delitos por parte de cualquier servidor público será perseguida y sancionada en los termino de la legislación penal, por lo que en el titulo decimo del Código Penal Federal, que comprende los artículos del 212 al 224, de los delitos cometidos por servidores públicos, se establecen 11 figuras delictivas, en las que el sujeto activo necesariamente deberá tener la calidad de servidor

³⁷ PAVON VAZCONCELOS, Francisco, “Diccionario de Derecho Penal”, Editorial Porrúa, Cuarta Edición, México, 2010, Pagina 1006.

público, aunque el artículo 212, dispone en su parte final que se impondrán las mismas sanciones previstas para el delito de que se trate a cualquier persona que participe en la perpetuación de alguno de los delitos perpetración de algunos de los delitos antes mencionados.

Artículo 109. *El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados, dentro de los ámbitos de sus respectivas competencias, expedirán las leyes de responsabilidades de los servidores públicos y las demás normas conducentes a sancionar a quienes, teniendo este carácter, incurran en responsabilidad, de conformidad con las siguientes prevenciones:*

... II. La comisión de delitos por parte de cualquier servidor público será perseguida y sancionada en los términos de la legislación penal;

2.10.2.- RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.

La responsabilidad administrativa se origina en el hecho de que un funcionario público no cumple sus obligaciones legales en el ejercicio de su conducta como tal.

La responsabilidad administrativa tiene lugar con motivo de cualquier falta cometida por el empleado en el desempeño de sus funciones pudiendo ser concomitante con la responsabilidad civil y penal.

El fundamento legal del régimen de responsabilidades administrativas de los servidores públicos lo encontramos establecidos en los artículos 109, fracción III, 113 y 114, párrafo tercero de la constitución política de los estados unidos mexicanos, así como en la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos.

Artículo 109. *El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados, dentro de los ámbitos de sus respectivas competencias, expedirán las leyes de responsabilidades de los servidores*

públicos y las demás normas conducentes a sancionar a quienes, teniendo este carácter, incurran en responsabilidad, de conformidad con las siguientes prevenciones:

...III. Se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones.

Artículo 113. *Las leyes sobre responsabilidades administrativas de los servidores públicos, determinarán sus obligaciones a fin de salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, y eficiencia en el desempeño de sus funciones, empleos, cargos y comisiones; las sanciones aplicables por los actos u omisiones en que incurran, así como los procedimientos y las autoridades para aplicarlas. Dichas sanciones, además de las que señalen las leyes, consistirán en suspensión, destitución e inhabilitación, así como en sanciones económicas, y deberán establecerse de acuerdo con los beneficios económicos obtenidos por el responsable y con los daños y perjuicios patrimoniales causados por sus actos u omisiones a que se refiere la fracción III del artículo 109, pero que no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños y perjuicios causados.*

La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes.

Artículo 114. *El Procedimiento de juicio político sólo podrá iniciarse durante el período en el que el servidor público desempeñe su cargo y dentro de un año después. Las sanciones correspondientes se aplicarán en un período no mayor de un año a partir de iniciado el procedimiento.*

La responsabilidad por delitos cometidos durante el tiempo del encargo por cualquier servidor público, será exigible de acuerdo

con los plazos de prescripción consignados en la Ley penal, que nunca serán inferiores a tres años. Los plazos de prescripción se interrumpen en tanto el servidor público desempeña alguno de los encargos a que hace referencia el artículo 111.

La ley señalará los casos de prescripción de la responsabilidad administrativa tomando en cuenta la naturaleza y consecuencia de los actos y omisiones a que hace referencia la fracción III del artículo 109. Cuando dichos actos u omisiones fuesen graves los plazos de prescripción no serán inferiores a tres años.

El maestro Ignacio Burgoa Orihuela indica que *“...la responsabilidad administrativa se origina con el hecho de que el funcionario no cumple con sus obligaciones legales en el ejercicio de su conducta como tal...”*³⁸

La responsabilidad administrativa de los servidores públicos como ya se ha mencionado y citado los preceptos legales, se establece en la fracción tercera del artículo 109 de la constitucional que alude como hecho causal los actos u omisiones de los servidores públicos que afectan la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben ser rectoras en su desempeño, causas de responsabilidad administrativa que se reiteran en el artículo 113 de la constitución política de los estados unidos mexicanos, y que señala que las leyes de responsabilidades administrativas de los servidores públicos determinaran las obligaciones de estos para salvaguardar los valores mencionados y establecerán los procedimientos y autoridades para aplicar las sanciones derivadas de esos actos u omisiones.

El régimen de responsabilidad administrativa, a diferencia de las políticas legales, no admite distingos, esto es, todo servidor público puede ser sujeto de esta clase de responsabilidades.

Como lo establece el multimencionado artículo 109 de la carta magna que nos rige, el régimen de responsabilidades administrativas tiene como propósito

³⁸ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. “Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo”, Editorial Porrúa, 4ª Edición, México, 1993, pág. 390.

salvaguardar la legalidad, la honradez, lealtad, la imparcialidad y la eficiencia en el desempeño del servidor público, que dichas virtudes no se deben de perder en el transcurso de su actividad profesional.

Las responsabilidades administrativas abarcan a todos los sujetos que tengan la calidad de servidor público, independientemente de la naturaleza de sus cargos o de los órganos de la Administración Pública Federal, Estatal, Paraestatal o Municipal en que se encuentren ubicados.

En el artículo 48 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos se señala en qué consiste la responsabilidad administrativa, desde el punto de vista del servicio público y cuyo cumplimiento dará lugar a la imposición de las sanciones que correspondan y que a la letra dice:

ARTICULO 48.- Para asegurar el cabal cumplimiento de los principios y obligaciones que la Ley impone a los servidores públicos, será responsabilidad de las dependencias y entidades, considerando las funciones que a cada una de ellas les corresponden y previo diagnóstico que al efecto realicen, establecer acciones permanentes para delimitar las conductas que en situaciones específicas deberán observar éstos en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones. Dicho diagnóstico deberá actualizarse conforme a los resultados que arroje la evaluación a que se refiere el artículo 50 de la Ley.

En el establecimiento de las acciones referidas las dependencias y entidades deberán atender los lineamientos generales que emita la Secretaría.

CAPITULO III.- MARCO JURIDICO

3.1.- CÓDIGO PENAL FEDERAL

De acuerdo al Código Penal Federal en su Título II, enfocado en el Artículo 12, establece la existencia de la tentativa el cual a la letra dice:

***Artículo 12.-** Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.*

Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

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

De igual manera el artículo 63, del mismo ordenamiento penal, en su Título tercero, establece las sanciones en la aplicación de la tentativa:

***Artículo 63.-** Al responsable de tentativa punible se le aplicará a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el delito que quiso realizar, salvo disposición en contrario.*

En los casos de tentativa en que no fuere posible determinar el daño que se pretendió causar, cuando éste fuera determinante para la correcta adecuación típica, se aplicará hasta la mitad de la sanción señalada en el párrafo anterior.

En los casos de tentativa punible de delito grave así calificado por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión que no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado.

3.2.- CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Dentro del Código Penal Para el Distrito Federal en su Capítulo II, artículo 20 y 21 establece la tentativa punible y el desistimiento y arrepentimiento, el cual a la letra dice:

ARTÍCULO 20 *(Tentativa punible). Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando, en parte o totalmente, los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado.*

ARTÍCULO 21 *(Desistimiento y arrepentimiento). Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, a no ser que los actos ejecutados constituyan por sí mismos algún delito diferente, en cuyo caso se le impondrá la pena o medida señalada para éste*

En su capítulo tercero dentro del mismo ordenamiento penal, establece para el distrito federal, que la punibilidad para la tentativa, estará regida por el artículo 78, el cual dice:

ARTÍCULO 78 *(Punibilidad de la tentativa). La punibilidad aplicable a la tentativa, será de entre una tercera parte de la mínima y dos terceras partes de la máxima, previstas para el correspondiente delito doloso consumado que el agente quiso realizar.*

En la aplicación de las penas o medidas de seguridad a que se refiere este artículo, el juzgador tendrá en cuenta, además de lo previsto en el artículo 72 de este Código, el mayor o menor grado de aproximación a la consumación del delito y la magnitud del peligro en que se puso al bien jurídico protegido.

3.3.- CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

El Código Penal del Estado de México, en su capítulo tercero denominado tentativa del delito, el artículo 10 establece:

Artículo 10.- *Es punible la tentativa del delito y ésta lo es cuando la intención se exterioriza ejecutando la actividad que debería consumir el delito u omitiendo la que debería evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del agente, no hay consumación pero si pone en peligro el bien jurídico.*

Si la ejecución del delito quedare interrumpida por desistimiento propio y espontáneo del inculpado, sólo se castigará a éste con la pena señalada a los actos ejecutados que constituyan por sí mismos delitos.

La punibilidad establecida en el código penal del estado de México, se encuentra tipificada en el título tercero, denominado casos de tentativa, en el que el artículo 59 establece:

Artículo 59.- *A los inculpados del delito en grado de tentativa, se les aplicarán de uno a dos tercios de la pena prevista para el delito consumado.*

3.4.- CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE QUERETARO.

Así mismo, en el Código Penal para el Estado de Querétaro, en su capítulo IV, dentro del artículo 15 llamado tentativa, establece que es la tentativa:

ARTÍCULO 15.- *Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando u omitiendo, en parte*

o totalmente la conducta que debería producir o evitar el resultado, si aquélla se interrumpe o el resultado no acontece por causas ajenas a la voluntad del agente.

Cuando el delito no se pudiera consumir por inexistencia del bien jurídico titulado o del objeto material, no será punible la tentativa, a no ser que se trate de delitos contra la vida o la salud personal. Pero aún en estos casos, no será punible la tentativa cuando el agente emplee medios notoriamente inidóneos. (Ref. P. O. No. 60, 31-XII-91)

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena ni medida de seguridad alguna, a no ser que los actos ejecutados u omitidos, constituyan por sí mismos delito, en cuyo caso se le impondrá la pena o medida señalada para éste.

La punibilidad en caso de tentativa, de acuerdo a los artículos 72, 73,74, del título tercero dice:

ARTÍCULO 72.- *La pena o medida de seguridad aplicable por la tentativa será de hasta las dos terceras partes de la que correspondería si el delito que el agente quiso realizar se hubiere consumado.*

ARTÍCULO 73.- *Cuando el delito no se consume, por ser imposible en los términos del párrafo segundo del Artículo 15 de este Código se aplicará al imputado hasta un tercio de la pena que le correspondería al delito que quiso realizar o la medida de seguridad que corresponda.*

ARTÍCULO 74.- *Cuando en los casos de tentativa no fuere posible determinar el daño que se pretendió causar, se impondrá de tres meses a cinco años de prisión y hasta cincuenta días multa, según proceda.*

3.5.- JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LA TENTATIVA.

TENTATIVA. ELEMENTOS DEL DELITO DE. *La tentativa se integra con dos elementos, el subjetivo consistente en la intención dirigida a cometer un delito y el objetivo consistente en los actos realizados por el agente y que deben ser de naturaleza ejecutiva, y un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto.*

Amparo en revisión 323/91. Pedro Tlalmis Robles. 13 de agosto de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

Amparo en revisión 495/92. Pascual Diego Ascensión. 20 de octubre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván.

Amparo directo 574/92. José Zacarías Quiroz. 19 de febrero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Tarcicio Obregón Lemus. Secretario: Nelson Loranca Ventura.

Amparo directo 29/93. José Alberto García Mora. 12 de marzo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Tarcicio Obregón Lemus. Secretario: Nelson Loranca Ventura.

[AMPARO DIRECTO 333/93.](#) *Eduardo Tela Pérez. 20 de agosto de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.*

Nota: Por ejecutoria de fecha 13 de abril de 2005, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 165/2004-PS en que participó el presente criterio. 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo VII, Marzo de 1991; Pág. 219

TENTATIVA, ES INEXISTENTE SI LOS HECHOS EJECUTADOS SON DE SIGNIFICADO EQUIVOCO. (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA). *Si la tentativa, en términos de lo dispuesto por el artículo 20 del Código de Defensa*

Social para el Estado de Puebla, consiste en la ejecución de actos encaminados directa e inmediatamente a la consumación de un delito, que no llega a realizarse por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo; así los hechos que se imputan a éste no son configurativos de delito, o bien, son de significado equívoco, tales hechos preparatorios no deben considerarse como constitutivos de tentativa.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO

Amparo en revisión 356/89. Efrén Candela López. 8 de noviembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Eric Roberto Santos Partido. Secretario: Manuel Acosta Tzintzun.

Amparo directo 467/90. Jorge Cantellán Hernández. 15 de noviembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Eric Roberto Santos Partido. Secretario: Martín Amador Ibarra.

Amparo en revisión 33/91. Modesto Antonio Bautista Candelaria. 24 de enero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Eric Roberto Santos Partido. Secretario: Martín Amador Ibarra.

Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, Tomo VII, Enero de 1991, Octava Época, Pág. 498, Tesis Aislada (Penal).

TENTATIVA, PARA QUE SEA PUNIBLE REQUIERE LA EJECUCION DE LA CONDUCTA QUE DEBERIA PRODUCIR EL DELITO.

La sola pretensión de comprar droga, no puede, por sí sola ubicarse dentro de la figura típica de la tentativa, por ser un acto preparatorio de carácter ambiguo que como tal, no es posible su determinación en relación precisa con el delito que se va cometer. Por ende, no puede concluirse que con ese proceder, se hubiese ejecutado la conducta que debería producir el delito y que éste no llegare a consumarse por causas ajenas a la voluntad del agente, que es como quedó tipificada la tentativa en el artículo 12 del Código Penal Federal, después de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación, de catorce de enero de mil novecientos.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO

Amparo en revisión 160/90. Arturo Rascón Ramírez y otros. 3 de diciembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Pablo Antonio Ibarra Fernández. Secretario: Secundino López Dueñas.

PRIMERA SALA, Volumen LII, Segunda Parte, Sexta Época, Pág. 81, Tesis Aislada (Penal).

TENTATIVA. NO CONSTITUYE UN DELITO INDEPENDIENTE O AUTÓNOMO, SINO UNA EXTENSIÓN DEL TIPO, QUE HACE FACTIBLE SANCIONAR AL AGENTE POR LA COMISIÓN DE UN ILÍCITO TENTADO Y NO CONSUMADO.

La tentativa no es un ilícito en sí mismo, al que corresponda un específico y particular tipo penal, sino un grado de comisión de un delito, éste sí autónomo, cuya consumación no se realiza por causas ajenas a la voluntad del agente, por ello, es práctica legislativa generalizada evitar la regulación específica de la tentativa para cada uno de los diversos tipos penales que contemplan los códigos sustantivos y las leyes penales especiales y, por el contrario, hacer referencia a ella en disposiciones aplicables a la generalidad de los delitos; por tanto, la tentativa constituye la ejecución de un delito que se detiene en un punto del iter criminis antes de alcanzar su plena consumación, es decir, con anterioridad a que se haya completado la acción típica; de ahí que no constituye un delito independiente o autónomo (no hay "delito de tentativa"), sino una extensión del tipo, que hace factible sancionar al agente por la comisión de un ilícito tentado y no consumado. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 161/2013. 14 de noviembre de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: José Merced Pérez Rodríguez. Secretaria: Lilitiana Pérez Pérez.

Esta tesis se publicó el viernes 04 de abril de 2014 a las 10:40 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

LA TENTATIVA Y ACTOS PREPARATORIOS. La tentativa implica un principio de ejecución y la puesta en peligro de un bien jurídico a virtud de un proceso unívoco, en tanto que el acto preparatorio es equívoco. El acto se instruyó la averiguación no se disponía del servicio de tentativa implica un principio de ejecución sin consumación, y en cambio, el acto preparatorio es tan solo un supuesto material equívoco.

SALA AUXILIAR

Amparo directo penal 875/51. Manuel Téllez Chávez. 19 de julio de 1955. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

PRIMERA SALA, Informes, Quinta Época, Pág. 89, Tesis Aislada (Penal).

PRIMERA SALA, Tomo CIII, Pag. 2123, Tesis Aislada (Penal).

CAPITULO IV.- EL ITER CRIMINIS, LA TENTATIVA, LA OMISIÓN Y LOS ELEMENTOS DEL DELITO.

4.1.- ITER CRIMINIS

El iter criminis (vía o camino hacia el delito) nos dice Luis Jiménez de Azua que *“supone la investigación de las fases por las que pasa el delito desde su ideación hasta su agotamiento, todo lo que ocurre desde la idea nace la mente criminal hasta el agotamiento del delito, esto es todo lo que pasa desde que la idea entra en la mente del sujeto hasta que consigue el logro de sus fines y tiene dos fases la fase interna y la fase externa”*.³⁹

De acuerdo a Sara Pérez Kasparian, el iter criminis *“camino al crimen, o sea, todas las fases que llevan a la realización del delito” “teóricamente el iter criminis tiene dos fases, de las cuales solo tienen transcendencia para el derecho penal la fase externa, en cuanto que únicamente serán punibles el delito consumado y la tentativa punible”*⁴⁰

Así también Francisco Pavón Vasconcelos, en su Diccionario de Derecho Penal, manifiesta que el iter criminis *“comprende el estudio de las diversas fases que recorre el delito, desde su ideación hasta su agotamiento, tal concepto de iter criminis, es de naturaleza estrictamente jurídica, pues desde un punto de vista criminológico su importancia se manifiesta como mero fenómeno humano desprovisto de valoración normativa. Tal locución latina se traduce comúnmente como camino del delito o itinerario del crimen, y comprende dos fases la externa y la interna.”*.⁴¹

Para Fernando Castellanos, en su libro de lineamientos de Derecho Penal, establece *“el delito se desplaza a lo largo del tiempo, desde que apunta como idea a tentación en la mente, hasta su determinación; recorre un sendero o ruta desde su iniciación hasta su total agotamiento, a este proceso se le llama iter*

³⁹ JIMENEZ DE AZUA, Luis. *“La ley y el Delito”*, 2da Edición, Editorial Hermes, 1954, Pagina 578.

⁴⁰ PEREZ KASPARIAN, Sara *“Manual de Derecho Penal”*, Editorial Porrúa México, Primera Edición, 2009, Página 31.

⁴¹ PAVON VAZCONCELOS, Francisco, *“Diccionario de Derecho Penal”*, Editorial Porrúa, Cuarta Edición, México, 2010, Pagina 697.

*criminis, es decir, camino al crimen. Los delitos culposos no pasan por estas etapas; se caracterizan porque en ellos la voluntad no se dirige a la producción del hecho típico penal, si no solamente a la realización de la conducta inicial. La vida del delito culposo surge cuando el sujeto descuida en su actuación, las cautelas o precauciones que debe poner en juego para evitar la alteración o la lesión del orden jurídico. En consecuencia, el delito culposo comienza a vivir con la ejecución de la misma, pero no puede quedar en grado de tentativa, por requerir de esta de la realización de actos voluntariamente encaminados al delito”.*⁴²

Todos los autores que se han mencionado con anterioridad, establecen que es un conjunto de fases por la que atraviesa la mente humana antes de la realización del hecho delictivo, por tal razón, se puede llegar a la conclusión que el iter criminis, es un conjunto de fases por la que atraviesa la mente humana, desde su ideación es decir desde el primer momento que piensa en realizar un acto delictivo, hasta su agotamiento que es en materializar ese hecho, esas fases se dividen en fase interna y la fase externa, la cuales se verán a continuación.

4.1.1.- FASE INTERNA.

De acuerdo a Francisco Pavón Vasconcelos, en su Diccionario de Derecho Penal, establece que el iter criminis se dividen en dos fases, la primera fase es la interna y la segunda fase es la llamada externa, “...llamadas también subjetiva y objetiva, se afirma que el delito se encuentra en su fase interna o subjetiva, cuando aún no ha sido exteriorizado, no ha salido de la mente del autor, en ella se colocan la ideación, la deliberación, y la resolución de delinquir”...⁴³

Fernando Castellanos, dice “...el delito nace como idea en la mente del hombre, pero aparece externamente, después de un proceso interior, más o menos prolongados. A la trayectoria desplazada por el delito desde su iniciación hasta que está a punto de exteriorizarse se le llama fase interna...”. Siguiendo con el

⁴² CASTELANOS, Fernando, “Lineamientos de Derecho Penal”, Editorial Porrúa, Quinta Edición, México, Distrito Federal, 1969, Pagina 261.

⁴³ PAVON VAZCONCELOS, Francisco, “Diccionario de Derecho Penal”, Editorial Porrúa, Cuarta Edición, México, 2010, Pagina 697.

mismo autor, dice “la fase interna abarca tres etapas o periodos idea criminosa o ideación, deliberación y resolución”

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

Deliberación: consiste en la meditación sobre la idea criminosa, en una ponderación entre el pro y el contra. Si la idea resulta rechazada, es anulada en la mente misma, pero puede ocurrir que salga triunfante. En la deliberación hay una lucha entre la idea criminosa y las fuerzas morales, religiosas y sociales inhibitorias.

Resolución: a esta etapa corresponde la intención y la voluntad de delinquir. El sujeto. Después de pensar, lo que va hacer, decide llevar a la práctica su deseo de cometer el delito; pero su voluntad, aunque firme, no ha salido del exterior, solo existe como propósito en la mente.⁴⁴

Para Sara Pérez Kasparian, las etapas que componen la fase interna son ideación, deliberación, resolución, y las considera de la siguiente manera:

Ideación: origen de la idea criminal en la mente del sujeto. Esta idea no sale de la mente ni se comenta o exterioriza a ninguna persona.

Deliberación: dentro del pensamiento del sujeto comienza una especie de lucha interior; la persona se plantea si vale o no la pena, las ventajas o inconvenientes en la realización del probable, pero todo queda dentro del interior, no aflora ni se comenta a nadie.

Resolución: es cuando el sujeto esta practicante decidida, ha valorado en la etapa de deliberación, y ya tiene la decisión de cometer el delito: ocurre una afirmación del propósito.

Esta fase solamente se enmarca en el pensamiento del probable autor del delito, resumiendo la fase interna no presenta repercusión en el derecho penal pues las

⁴⁴ CASTELANOS, Fernando, “Lineamientos de Derecho Penal”, Editorial Porrúa, Quinta Edición, México, Distrito Federal, 1969, Pagina 262.

*ideas no son punibles y mucho menos las ideas, que no han salido del interior de nuestra mente.*⁴⁵

Como ya se mencionó con anterioridad, todos los autores, coinciden con la idea de que existen tres etapas que componen la fase interna del iter criminis, las cuales ya han sido descritas como son: ideación, deliberación y resolución, la **ideación** es la idea que existe dentro del sujeto activo de cometer un acto ilícito, contrario a las leyes, y cuya idea puede ser rechazada de la misma mente humana o bien puede continuar con la convicción de llevarla práctica, una vez canalizada esa idea entra a la etapa de **deliberación**, en esta, el sujeto activo comienza a analizar las ventajas y los contras de materialización del acto criminal, en esta parte empieza a remover todos los valores morales, los valores religiosos así como los mismos valores sociales, para llegar a la última etapa que es la de la **resolución**, esta etapa consiste en que el sujeto activo determina realizar ese hecho de una forma decidida, es decir tiene la decisión de cometer el delito.

4.1. 2.- FASE EXTERNA

Francisco Pavón Vasconcelos dice *“la fase externa u objetiva, se inicia con la resolución manifestada, continua con la preparación; después con la ejecución, para culminar con la consumación, momento seguido en algunos casos con el agotamiento. En ocasiones, no obstante, el iter criminis, queda incompleto, como cuando el sujeto fracasa en su intento de consumación, al intervenir causas ajenas a su voluntad, que frustran su propósito delictivo.”*⁴⁶

Fernando Castellanos establece que *“comprende desde el instante en que el delito se hace manifiesto y termina con la consumación”* así mismo menciona *“la fase externa abarca la manifestación, preparación y ejecución”*.

⁴⁵ PEREZ KASPARIAN, Sara “Manual de Derecho Penal” Editorial Porrúa México, Primera Edición, 2009. página 31.

⁴⁶ PAVON VAZCONCELOS, Francisco, “Diccionario de Derecho Penal”, Editorial Porrúa, Cuarta Edición, México, 2010, pagina 697.

“manifestación: la idea criminosa aflora al exterior, surge ya en el mundo de relación, pero simplemente como idea o pensamiento exteriorizado, antes existente solo en la mente del sujeto.

La manifestación no es incriminable. Por excepción, existen figuras de delitos cuyo tipo se agota con la sola manifestación ideológica. El artículo 282 del código penal sanciona al que amanece a otro con causarle un mal en su persona, en su honor o en sus derechos, o en la persona, honor, derechos de alguien con quien esté ligado con algún vínculo. En este caso y en algunos otros, la manifestación consume o tipifica el ilícito; normalmente, sin embargo, no integra delito. Nuestra constitución establece como garantía que la manifestación de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, a menos que ataque a la moral, los derechos de tercero, perturbe el orden público o provoque algún delito.

Preparación: los actos preparatorios, se producen después de la manifestación y antes de la ejecución. Dice Jiménez de Asua que los actos preparatorios no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero se refieren en la intención del agente.

Son aquellas actividades por sí mismas insuficientes para mostrar su vinculación con el propósito de ejecutar un delito determinado y para poner en peligro efectivo un bien jurídico dado.

Los actos preparatorios se caracterizan por ser de naturaleza inocente en sí mismos y pueden realizarse con fines ilícitos o delictuosos; no revelan de manera evidente el propósito, la decisión de delinquir. El delito preparado es un delito en potencia, todavía no real y efectivo. El pensamiento es casi unánime en el sentido de la no punición de dichos actos. Por excepción, nuestro código sanciona algunos que por sí mismos agotan el tipo relativo.

Ejecución: el momento pleno de ejecución del delito, puede ofrecer dos diversos aspectos: tentativa y consumación, la consumación a la ejecución que reúne

todos los elementos genéricos y específicos del tipo penal, en seguida estudiaremos la tentativa.⁴⁷

Sara Pérez Kasparian menciona también que existen tres etapas dentro de la fase externa como lo son: manifestación, preparación y ejecución.

*“**manifestación:** ocurre cuando la idea emerge del interior del sujeto porque hay voluntad de delinquir; puede ser que la idea se transmita a otra u otras personas, pero no necesariamente. Incluso así no es punible.*

***Preparación:** los actos preparatorios, que por sí solos no son antijurídicos, aun no revelan la intención delictuosa, a menos que por sí mismos constituyen delito, como el caso de portar ilícitamente un arma, que es un delito consumado de carácter formal y punible, o apoderarse de un coche para ejecutar un asalto, donde se penaliza el robo del coche, constituye un delito que es independiente al que se está planteando.*

Así mismo los actos preparatorios, de por sí podrían ser punibles siempre y cuando el tipo penal propiamente así lo establezca.

***Ejecución:** consiste, precisamente, en la realización o ejecución del delito como tal y es la conducta, ya sea acción u omisión, que desencadena el delito. Esta conducta es punible siempre que pueda ser acreditada con todas las pruebas pertinentes. En la ejecución como tal, puede llegarse a consumir el delito o puede ser que únicamente llegue hasta la fase de tentativa punible.⁴⁸*

Los diversos autores que se han mencionado, establecen que existen tres etapas en la fase externa antes de materializar el hecho delictivo, la primera es la manifestación, esta etapa la idea de cometer el delito ya está decidida, se exterioriza esa idea pero sin llevarla aun a cabo, una vez exteriorizada comienza la etapa de preparación, es comenzar a realizar los actos preparatorios, para

⁴⁷ CASTELANOS, Fernando, “Lineamientos de Derecho Penal”, Editorial Porrúa, Quinta Edición, México, Distrito Federal, 1969, Páginas. 263, 264.

⁴⁸ PEREZ KASPARIAN, Sara “Manuel de Derecho Penal” Editorial Porrúa México, Primera Edición, 2009. Páginas 31, 32,33.

poder entender la última etapa de la fase externa que es la ejecución, consistente en la materialización, realización del delito.

4.2.- LA TENTATIVA

Según el maestro Fernando Castellanos Tena, la tentativa *“difiere de los actos preparatorios: en estos actos todavía no hay hechos materiales que penetren en el núcleo del tipo del delito; tales actos materiales lo mismo pueden ser lícitos e ilícitos, en cambio, en la tentativa existe ya un principio de ejecución y, por ende, la penetración en el núcleo del tipo. Penetrar en el núcleo del tipo consiste en ejecutar algo en relación con el verbo principal del tipo del delito de que se trate. Según Soler, la tentativa estriba en iniciar la acción principal en la cual el delito consiste; para ello es ilustrativo pensar en el verbo que lo expresa Jiménez de Asua define la tentativa como la ejecución incompleta de un delito. Para Impallomeni, es la ejecución frustrada de una determinación criminosa”*

“entendemos pues por tentativa, los actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la realización de un delito, si este no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto.”

“El joven Juspenalista Francisco Javier Ramos Bejarano, citado por Fernando Castellanos Tena, aclara que es preferible no hacer referencia solo a ejecución, porque pudiera tomarse el vocablo en su sentido estricto y entonces no comprendería las omisiones, en las cuales sin duda, también es dable la tentativa. Define esta como la ejecución o inejecución en su caso, de actos encaminados a la realización de un delito, si no se consuma por causas independientes del querer del agente”

Ahora bien, para Sara Pérez Kasparian la tentativa *“se compone por actos materiales a ejecutar el delito, es un comienzo que se interrumpe por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo”*⁴⁹

Por su parte Francisco Carrera señala que, la tentativa para es *“...cualquier acto externo que por su naturaleza conduce enivocamente a un resultado criminoso, y que el agente dirige con explícita voluntad, en este resultado, pero al cual este*

⁴⁹ Óp. Cid. Página 706. Página 33.

no le sigue, ni tampoco la lesion de un derecho superior o equivalente al que queria volar...”.⁵⁰

En cuanto hace al ordenamiento Penal Federal, el artículo 12 del Código Penal Federal establece existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente

Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

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

En cuanto a los estudios que se han realizado, dentro del derecho penal mexicano, el jurista mas destacado es el maestro Ramon Palacios, el cual manifiesta al realizar un analisis al artículo 12 del Código Penal que *“...la formula vigente pune los actos preparatorios, no incrimina los ejecutivos y deja igualmente sin prevision el delito frustrado” “ se elegio una concepcion legal de la tentativa que tiene parcialmente sabor positivista, mientras conservan el lado sancionatorio el signo clasico. Se asigna pena para el peligroso y pena para el delincuente; se decreta pena en peligro corrido considerando que hay tentativa; y se encuentra tentativa en la simple exteriorizacion del pensamiento criminoso que no agrede el bien tutelado por la norma principal, ni podra jamas lesionarlo, porque de antemano esta condenado al fracaso. Y por este camino aberrante, ademas de que solo se sanciona la preparacion, que no se llega a la postulacion de una figura accesoria irreconocible tanto para el derecho penal clasico como para el pósitivismo penal, pues participa de caracteres propios del derecho represivo y*

⁵⁰ CARRARA, Francisco. “Programa de Derecho Criminal”. Parte General Volumen I, Bogotá, Editorial Temis, 1988, Página 246

*del preventivo: pena, medida de seguridad, delincuente, estado peligro en una confusión de nombres, de situaciones, de consecuencias, produciendo ante todo un desquiciamiento en el ordenamiento penal de babelicas proporciones...*⁵¹

Después de haber analizado cada una de las definiciones de la tentativa, me es importante establecer una definición de tentativa, la cual podría establecerse como un acto externo que pretende ser criminoso, acompañado por unas condiciones materiales de una índole, que manifiestan sin duda estar dirigidos a un delito determinado, el cual no se consuma por causas ajenas a su voluntad del agente.

Cuando se estudian los elementos de la tentativa los criterios han variado cuando se trata de precisar cuál o cuáles de ellos radica la esencia de esta figura. Pero la más acertada a nuestro parecer es la que distingue como elementos de la tentativa a tres elementos que son los siguientes:

Un elemento moral o subjetivo, consistente en la intención dirigida a cometer un delito.

Un elemento material u objetivo, que consiste en los actos realizados por el agente y que deben de ser de naturaleza ejecutiva.

Un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del agente.

Antes de avanzar en el estudio de los elementos de la tentativa es preciso aclarar los dos primeros elementos de la tentativa su fundamentación

4.2.1.- ELEMENTO SUBJETIVO.

Primeramente surgió la teoría subjetiva, teniendo su origen en la acción finalista, apoyada y difundida en Alemania, esta teoría, menciona Eugenio Zaffaroni “*existe*

⁵¹ PALACIOS, Jose Ramón, “Tentativa el Mínimo de Ilícitud Penal”, México, Editorial Imprenta Universitaria, 1951, Páginas 13, 14.

comienzo de ejecución cuando de la acción resulta inequívoca en el propósito delictuoso que tiene el agente comisivo”⁵²

Pone énfasis en el delito consumado, no solo en la lesión sufrida por el bien jurídico, si no en el desvalor de la acción. El fundamento de la punibilidad de la tentativa también se nutre de ese desvalor de la acción, propone castigar el hombre por su querer malvado o su condición de peligro, posterga la puesta en peligro prefiriendo la intención que revela la peligrosidad criminal del sujeto que agita, o sin entender el estado peligroso, estima la actuación del inculpado como causa equivalente a aquella que colocaría en peligro el bien jurídico tutelado. El pensamiento exteriorizado del sujeto que se juzga por la dirección, la fundamentación de esta teoría menciona que el derecho penal no es protector de un bien jurídico, si no que protege a la sociedad del sujeto que tiene aptitud y capacidad para delinquir.

Sostiene que no importa que la acción sea objetivamente peligrosa, para esta corriente es peligrosa la voluntad que con su acción cree iniciar la ejecución de un delito. No importa si el medio o el objeto son o no idóneos, lo importante es que el autor los toma por idóneos.

Lo importante en el delito consumado no solo es la lesión sufrida por el bien jurídico, sino en el desvalor de la acción. El fundamento de punibilidad de la tentativa se nutre de ese desvalor de la acción, además es característica primordial del delito de tentativa.

El elemento subjetivo consiste en la finalidad o designio de cometer un delito determinado.

4.2.2.- ELEMENTO OBJETIVO.

Zafaroni menciona, que existe comienzo de ejecución cuando el autor ha realizado un parte de la acción de ejecución, ello en razón de que desde ese momento el bien jurídico corre peligro, incluye cualquier acción que implique un peligro inmediato para el bien jurídico que tutela la ley.

⁵² ZAFFARONI, Eugenio, “Tratado de Derecho Penal”, Tomo IV, México, Editorial Cárdenas, 1988, pagina 378.

Este elemento objetivo funciona con relación al tipo particular de cada delito, es decir, si la tentativa, está encaminada a realizar el delito de robo, será punto de partida la acción de apoderamiento, lo cual fija caracteres propios al acto cuya naturaleza trata de investigar en el que se habla de la tentativa cuando exteriorizan en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, y se habla de delito frustrado cuando todos los actos no se consuman por causas ajenas a la voluntad del agente. Encuentra este acto exterior de la voluntad, el punto de partida para determinar su naturaleza jurídica.

Cuando la resolución criminal se exterioriza a través de la realización de actos materiales, estamos ya dentro de la fase externa y objetiva del delito a esta fase algunos autores la denominan proceso ejecutivo del delito, para estos autores este proceso comprende la preparación, la ejecución y la consumación. La ejecución puede ser subjetivamente completa y objetivamente incompleta o imperfecta.

La tentativa es peligrosa si un hombre comprensivo hubiera considerado probable el resultado en el momento del hecho, entonces concluye la teoría que merece pena el agente que comete un delito en grado de tentativa, por la realización del acto o hecho que inequívocamente va encaminado a la comisión de un determinado delito.

El maestro Palacios cita a Mezguer quien defiende la postura sostenida por la corriente subjetivista mencionando lo siguiente: *“...mezguer en su tratado explica que Burí defendió la concepción subjetiva argumentando que lo esencial en el delito tentado es la ausencia de algún momento del delito consumado, y si falta cualquier momento no existe lesión jurídica completa, ni una mitad, ni una parte, siendo indiferente por ello la naturaleza del medio o la inexistencia del objeto, para concluir que el criterio que se remonta a la intención, el objetivo es el único valedero lógicamente...”*⁵³

⁵³ PALACIOS, J. Ramón, “Tentativa el Mínimo de Ilícitud Penal”, México, Editorial Imprenta Universitaria, 1951, Pagina 39.

Ciertamente, la afirmación de que el elemento objetivo de la tentativa se constituye con la conducta desplegada por el agente para llevar a cabo la consumación del delito, no desentraña la naturaleza, extremos y límites del comportamiento que ha de integrar el fenómeno en estudio.

Empero a ello, sin desconocer las dificultades que lo anterior representa, cabe tener presente que la tentativa punible se configura como tal en un determinado periodo iter criminis, pues recordemos que el camino del delito es dividido en dos fases la interna y la externa. Dentro de la primera se encuentra la mera ideación, la deliberación y la resolución que, por sí mismas, caen fuera del campo de la punición, “*el pensamiento que delinque*”, como también sucede respecto a la segunda fase y salvo excepcionales casos, específicamente previstos en la ley, con la resolución manifestada y los llamados actos preparatorios.

Aunado a lo anterior, también queda extramuros de lo punible el agotamiento del delito, y si, por otra parte el agotamiento del delito, y si por otra parte, la consumación del delito excluye ontológicamente a la tentativa, entonces podemos inferir que la conducta que la integra es aquella de naturaleza ejecutiva. En el anterior orden de ideas, puede también deducirse que los límites a la misma lo son: en su grado temporal anterior, los actos preparatorios y, en su grado temporal posterior, la consumación del delito. Así mismo, que el extremo inferior (es decir el punto de partida), lo constituye un inicio de ejecución, y que el extremo superior (a tope máximo), lo es la realización de todos los actos u omisiones que debieron producir el resultado si este no tiene lugar por causas ajenas a la voluntad del agente.

4.2.3.- ELEMENTO NEGATIVO

De los elementos de la tentativa, el resultado que no verifica por causas ajenas a la voluntad del agente, es la característica primordial que distingue a la tentativa de cualquier otra figura del derecho penal, así como también es el elemento que crea más polémica dentro de la doctrina del derecho penal, puesto que toda vez que se trata de un delito que siendo en este delito el tipo penal, “los actos tendientes a realizar un determinado delito”, es decir, no se causa un daño por

causas o condiciones que no se encuentran dentro del ámbito del agente comisivo, pero que para el derecho la intención basta para que una persona sea castigada.

Este resultado que no verifica por causas ajenas a la voluntad del agente, como hemos mencionado es la característica primordial de la tentativa, se puede presentar en dos supuestos, siendo el primero de ellos: cuando el agente al estar realizando los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, es sorprendido. Por tal motivo no se verifica el resultado.

El segundo supuesto no se verifica el resultado, por haber una idoneidad, siendo la aptitud del propio acto para conducir el fin perseguido, tanto del medio empleado como del objeto sobre el cual dirige la acción, algunos autores manejan un tercer elemento dentro de la idoneidad que es el autor.

4.3.- TENTATIVA ACABADA E INACABADA.

Gustavo Malo Camacho, sustancialmente coincide en equiparar la tentativa inacabada con la valoración objetiva de los actos llevados a cabo por el sujeto activo ya que según él *“se denomina tentativa inacabada cuando el sujeto activo no lleva a cabo todos los actos necesarios para la consumación del delito por causas ajenas a su voluntad del agente”*⁵⁴

Y en sentido contrario determina el citado autor la tentativa acabada o delito frustrado *“cuando el sujeto agente ha realizado todas las acciones orientadas a la consumación del delito, mismo que no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente, es el caso de la persona que su interés de matar a su víctima, efectivamente lo sigue, apunta a su arma contra ella y dispara pero por su mal tino no acierta a su blanco”*⁵⁵

Fernando Castellanos Tena, señala que: *“se habla de tentativa acabada o delito frustrado, cuando el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el*

⁵⁴ MALO CAMACHO, Gustavo “Derecho Penal Mexicano”, Edición 2000, Editorial Porrúa, México, Pagina 479.

⁵⁵ Ob. Cid. 250.

delito y ejecuta todos los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad”, y continua diciendo “en la tentativa inacabada o delito intentado, se verifican los actos tendientes a la producción del resultado, pero por causas extrañas, el sujeto omite alguno (o varios) y por ese evento no surge; hay una incompleta ejecución”⁵⁶

Para Rubén Quintino Pineda *“existe tentativa acabada, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado típico, u omitiendo totalmente los que deberían evitarlo, si el resultado no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente, y tentativa inacabada, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando parcialmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado típico, u omitiendo parcialmente los que deberían evitarlo, si el resultado no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente”⁵⁷*

Continuando con las diversas definiciones expresadas por los diversos autores doctrinales en el derecho penal mexicano, se encuentra también con la definición de Sara Pérez Kasparian, la cual establece *“la tentativa acabada ocurre cuando el sujeto activo comenzó la ejecución y aparentemente la finaliza, pero por actos ajenos a su voluntad no logra consumir su conducta delictiva, tentativa inacabada, ocurre cuando el sujeto activo empezó a desplegar su conducta en una parte, pero por actos ajenos a su voluntad no lo puede culminar”⁵⁸*

Haciendo un breve análisis de la tentativa acabada e inacabada, y de las diversas expresiones de los autores antes mencionados, se puede llegar a la conclusión que la tentativa inacabada es aquella que ocurre cuando el sujeto activo, comienza con la realización de esa conducta ilícita, pero por causas ajenas a su voluntad, ya sea porque no fue planeada adecuadamente o por causas externas, no logra su cometido, y la tentativa acabada el sujeto activo, comienza con la realización de la *“conducta ilícita, y según su percepción, culmina adecuadamente*

⁵⁶ CASTELANOS, Fernando, “Lineamientos de Derecho Penal”, Editorial Porrúa, Quinta Edición, México, Distrito Federal, 1969, Pagina.265.

⁵⁷ QUINTINO ZEPEDA, Rubén, “Dogmatica Penal Para Principiantes”, Editorial Magister, México, 2006, Paginas 33, 34.

⁵⁸ PEREZ KASPARIAN, Sara “Manual de Derecho Penal “, Editorial Porrúa México, Primera Edición, 2009. Páginas 34 y 35.

*ese hecho, pero por causas ajenas a su voluntad no culmina adecuadamente con ese propósito.*⁵⁹

4.4.- ACTOS PREPARATORIOS Y ACTOS EJECUTIVOS.

*Francisco Muñoz Conde ha establecido que “el concepto de ejecución como el de consumación va referido al tipo delictivo concreto de cuya ejecución se trata. De ahí se desprende que para la distinción entre acto ejecutivo (punible) y acto preparatorio (en principio impune), que referir en principio, a una teoría formal, es decir que por imperativo del principio de legalidad, solo que conforme a los criterios de interpretación normalmente aplicables a la ley penal (gramatical, histórica, sistemática y teológica), puede considerarse como ejecución del delito, por lo tanto el tipo debe entrar a formar parte del concepto de la tentativa”*⁶⁰

*Ahora bien, Muñoz Conde sigue subrayando que “la indeterminación de muchos de los términos empleados en la descripción de la acción típica, de cuya ejecución se trata (matar, apoderarse de una cosa), dificulta enormemente la delimitación entre el acto ejecutivo y el acto preparatorio del delito. ¿Es acto de ejecución de un asesinato comprar el veneno que se piensa suministrar a la víctima? ¿Es un acto de ejecución sacar la pistola de su funda o quitar el seguro al disparar? ¿Es acto de ejecución del robo de fuerzas en las cosas apoyar la escalera en el muro de la casa donde se piensa robar?, es acto ejecutivo de aborto explorar a la embarazada antes de comenzar la operación abortiva?, casos como estos, o similares a estos se enfrentan la praxis jurídico penal diariamente y la verdad es que resulta difícil con la ayuda de una teoría puramente formal, precisar con seguridad donde termina la fase preparatoria (impune) y donde comienza la ejecutiva del delito (punible).*⁶¹

Fernando Castellanos Tena, establece “que la tentativa difiere de los actos preparatorios; en estos no hay todavía hechos materiales que penetren en el núcleo del tipo del delito; tales actos materiales lo mismo pueden ser lícitos o ilícitos; en cambio, en la tentativa existe ya un principio de ejecución y, por ende,

⁵⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. “Derecho Penal. Parte General”, Edición 4ta, Editorial Blanch, pagina 234.

⁶⁰ Ob. Cid. 84.

⁶¹ MUÑOZ CONDE, Francisco “Derecho Penal. Parte General”, Edición 4ta, Editorial Blanch, Página 235

*la penetración en el núcleo del tipo. Penetrar en el núcleo del tipo consiste en ejecutar algo en relación con el verbo principal del tipo del delito de que se trate*⁶²

4.5. LA OMISIÓN.

Frente a la acción como conducta positiva se encuentra la omisión, como conducta negativa, de acuerdo a Francisco Pavón Vasconcelos en su Diccionario de Derecho Penal, define a la omisión como *“la inactividad voluntaria frente al deber de obrar consignado en la norma”*, continua diciendo que *“la omisión se puede presentar de dos formas a) la omisión simple o propia, originalmente de los delitos simples de omisión, y b) la omisión impropia que da nacimiento a los delitos de comisión por omisión. Ambas formas de omisión presentan ciertas similitudes, pero a la vez diferencias esenciales”* *“los autores en general al referirse a la omisión alude a sus dos elementos constitutivos: inactividad y voluntariedad, así, Cuello Calón dice: la omisión es la conducta negativa. Mas no toda inactividad es omisión, esta es inactividad voluntaria, puede por tanto, definirse la omisión como la inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejercitar un hecho determinado”*⁶³

Para Sara Pérez Kasparian establece que la omisión *“conocida como omisión simple u omisión propia, el sujeto activo va contra una norma preceptiva, el deber del auxilio al herido, por ejemplo, es una norma preceptiva, quien la omite cae en un probable delito. Es dejar de hacer algo cuando se debe es un hacer, ocurriendo un cambio en el mundo exterior, un resultado: es la infracción de una ley preceptiva (que ordena hacer algo), el sujeto activo deja de hacer cuando tiene el deber de realizar una acción, omite la acción y ocurre un resultado”*⁶⁴

Para Fernando Castellanos Tena, *“la omisión radica en abstenerse de obrar, simplemente en una abstención; en dejar de hacer lo que debe ejecutar. La omisión es una forma negativa de la acción. De acuerdo a Cuello Calón, la omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la ley penal impone un deber de ejecutar un hecho determinado, para Sebastián Soler, el delincuente*

⁶² CASTELANOS, Fernando, “Lineamientos de Derecho Penal”, Editorial Porrúa, Quinta Edición, México, Distrito Federal, 1969, Pagina. 253.

⁶³ PAVON VAZCONCELOS, Francisco, “Diccionario de Derecho Penal”, Editorial Porrúa, Cuarta Edición, México, 2010, Página 820.

⁶⁴ PEREZ KASPARIAN, Sara “Manual de Derecho Penal” Editorial Porrúa México, Primera Edición, 2009. Página 38.

puede violar la ley sin que un solo musculo de su cuerpo se contraiga, por medio de una omisión o abstención” “...dentro de los delitos de acción se hace lo prohibido, en los de omisión se deja de hacer lo mandado expresamente, en los de acción se infringe una ley prohibitiva y en los de omisión una dispositiva...”⁶⁵

Ahora bien, el Doctor Miguel Ángel Aguilar López menciona que “...del artículo séptimo del Código Penal Federal se desprende que no solo de la acción, sino también la omisión originará la presencia de un delito si se encuentra sancionada por la ley. Efectivamente, el derecho penal junto a las prohibiciones, norma la determinación que exige abstenerse de realizar una determinada acción o provocar un determinado resultado, existen los mandatos, que obligan o exigen la realización de una acción determinada” y continua diciendo “ en la omisión la capacidad de realizar intenciones por medio de la actitud pasiva condiciona la posibilidad del significado, esto es, también aquí la intención subjetiva aparece como un prerrequisito de la intencionalidad objetiva...” “ para Plasencia Villanueva entiende que la omisión es dejar de hacer algo previsto en la ley, por ende, la conducta omisiva no implica algo tan simple como la falta de movimiento corporal, pero si la voluntad de no realizar el acto que, de haberse efectuado, no hubiera lesionado o puesto en peligro en un bien jurídico, el comportamiento prohibido en el delito de omisión es por consiguiente, en principio, la no realización de la acción mandada, lo que se ordena hacer; en los delitos impropios de omisión, es la acción cuya omisión corresponde a la realización del supuesto de hecho legal por un hecho delictivo”⁶⁶

Así también para Rubén Quintino Zepeda, en su libro Dogmatica Penal para principiantes establece que la omisión “...es la inactividad corporal voluntaria (dolosa o culposa) de un ser humano, a la que se le atribuye un resultado típico formal...”⁶⁷

Al respecto el catedrático de Derecho Penal establece que “no solo la acción, sino también la omisión, originara la presencia de un delito o falta si se halla

⁶⁵ CASTELANOS, Fernando, “Lineamientos de Derecho Penal”, Editorial Porrúa, Quinta Edición, México, Distrito Federal, 1969, Pagina. 146.

⁶⁶ AGUILAR LOPEZ, Miguel Ángel, “El Delito y la Responsabilidad Penal”, Editorial Porrúa, Quinta Edición, México, 2010, Pagina 73 y 75.

⁶⁷ QUINTINO ZEPEDA, Rubén, “Dogmatica Penal para Principiantes”, Editorial Magister, México, 2006, Pagina 26.

penada por la ley. Dos son, pues, las modalidades que desde este punto de vista, puede presentar el tipo legal: como tipo de acción y como tipo de omisión. Contra lo que en un principio, desde una metodología naturista, se pensó, no es el carácter activo o pasivo de la conducta lo que distingue a ambas clases de tipos, si no la diferente estructura de los mismos y su diverso significado como base positiva del injusto. En cuanto a su estructura, mientras que los tipos de acción se realizan si se efectúan la conducta que describen, los tipos de omisión se refieren a la no verificación de una determinada conducta, por lo que realizan si tiene lugar una conducta distinta a la prevista, en lo absoluto es necesaria la pasividad. Por lo que afecta al distinto significado normativo de los tipos de acción y de omisión, mientras que en los primeros (tipos de acción) son la base de la infracción de una norma prohibida de una intervención activa indeseable por su nocividad, los segundos (tipos de omisión) son la base de la infracción de una norma preceptiva, que obliga a una determinada cooperación deseable” y agrega “ adviértase que el tipo de omisión no requiere la pasividad física del autor, si no que precisamente suele cometerse mediante la realización mediante una conducta activa distinta a la ordenada”.⁶⁸

Una vez analizados cada unos de los conceptos o definiciones que realizan los diferentes estudiosos del derecho, respecto de la omisión, se puede establecer que la omisión es pues aquella inactividad que realiza un sujeto humano, es decir es la abstención de hacer algo, ya sea que este previsto en la ley o no, o bien la no evitación de un resultado.

4.6. ESTRUCTURA ANTOLOGICA DE LA OMISIÓN.

Según Miguel Ángel Aguilar López, la omisión “es sin duda, al lado de la acción positiva, una forma de conducta humana, que en ocasiones puede revestir exactamente el mismo significado social que esta. Pero es una forma de conducta ontológicamente distinta a la acción positiva. Por eso resulta en vano buscar en la omisión exactamente los mismos elementos y las mismas cualidades que en el hacer activo” “en palabras de ARMIN KAUFMANN, no se trata de un

⁶⁸ MIR PUING, Santiago, “Derecho Penal Parte General”, Séptima Edición, Edición BdeF, Montevideo, Buenos Aires, 2007, Páginas 308 y 309.

concepto negativo sino limitativo: la no realización de una acción comprendida en la capacidad de la acción del sujeto, comprendida con la finalidad potencial del mismo. Por lo cual concluye el autor que la omisión es la no realización de una acción finalista que el sujeto podía realizar en la situación concreta en que se hallaba, ahora bien la diferencia entre acción en sentido estricto, como comportamiento activo subsumible en un tipo penal y omisión, no puede realizarse en el plano normativo, si no en el plano ontológico, puesto que los conceptos jurídicos de acción y omisión deben des normativizarse, para que en ellos puedan subsumirse comportamientos vitales reales". Sigue subrayando "en este plano antológico, la omisión no tiene una categoría antológica, independientemente: no existen omisiones en sí mismas consideradas. Cuando se dice que alguien ha omitido, debemos inmediatamente referirnos a continuación a lo que ha omitido, que no es más que una acción, (no se pueden omitir objetos o deseos, solo se omiten acciones)".⁶⁹

4.7. LA CAUSALIDAD EN LA OMISIÓN.

De acuerdo a Miguel Ángel Aguilar López, plasmada su idea en el libro el delito y la responsabilidad penal, *"existen supuestos en la realizada en los que la distinción entre acción y omisión no es tan sencilla, si no que por el contrario, puede resultar francamente complicada. Es por ello que la doctrina dominante, delimita comisión y omisión en base al criterio de causalidad. Para algunos significa que parte de las consideraciones de base real-efectiva y no valorativa. Sin embargo, también aquí es preciso apuntar que no se trata de cualquier causalidad, si no concretamente, del proceso de causación del resultado típico",* y agrega *"el derecho no le importa las relaciones causales en el sentido de la mecánica, si no únicamente, si la acción que le era posible al emitente hubiere impedido el resultado. Por ello, la acción omitida se encuentra respecto del resultado producido en la conexión legal que constituye la causalidad en el hacer positivo, siempre que el hacer imaginario hubiera impedido el resultado, procediendo a otro caso en considerar solo la tentativa, de ahí que la formula*

⁶⁹ AGUILAR LOPEZ, Miguel Ángel. "El Delito y la Responsabilidad Penal". Editorial Porrúa, Quinta Edición, México, 2010. Páginas 75 y 76.

usual de comprobarse de la teoría de la condición, empleada para el verdadero hacer, se modifique para la omisión, de modo que se afirma la causalidad”⁷⁰

4.8. CLASES DE OMISIÓN.

El problema de central de la dogmática de los delitos de omisión, es el de determinar cuándo el que se abstiene puede ser responsable del resultado, igual que si lo hubiera causado mediante una conducta activa o de participación delictiva igual que si hubiera contribuido positivamente al hecho principal (delito impropio de omisión i de comisión por omisión) y cuando no es el caso (delito de omisión propia).

4.8.1 DELITOS DE OMISIÓN SIMPLE, PROPIA O PURA.

De acuerdo a Sara Pérez Kasparian en la omisión simple u omisión propia *“...el sujeto activo va contra una norma preceptiva; el deber de auxilio al herido, por ejemplo, es una norma preceptiva, quien la omite cae en un probable delito. Es el dejar de hacer cuando lo que se debe es un hacer, ocurriendo un cambio en el mundo exterior, o sea un resultado; es la infracción de una ley preceptiva (que ordena hacer algo), el sujeto activo deja de hacer cuando tiene el deber de realizar una acción, omite la acción y ocurre un resultado...”⁷¹*

De acuerdo a Santiago Mir Puing establece referente a las clases de omisiones lo siguiente *“...los tipos de acción se dividen en tipos de mera actividad y de resultado, los de omisión pueden contentarse con el solo no hacer algo determinado, o requerir además la no evitación de un resultado...”* continua *“...esta terminología es preferible a la de los delitos de omisión propia e impropia, pues, aunque un importante sector doctrinal la considera equivalente, otra dirección reserva el nombre de omisión impropia para los casos que no se hallan expresamente previsto por la ley, incluyendo en la omisión propia las figuras legales, sean de pura omisión, sean de comisión por comisión...”*, *“... en toda delito de omisión pura se describe una situación típica, en la que se omite una*

⁷⁰ *Óp. Cid. Páginas 75 y 76.*

⁷¹ *PEREZ KASPARIAN, Sara “Manuel de Derecho Penal “Editorial Porrúa México, Primera Edición, 2009. Página 38.*

determinada acción, pese que el sujeto podía haberla realizado. La estructura de todo tipo de omisión pura consta, pues, de los tres elementos siguientes, a) la situación típica; b) la ausencia de una acción determinada; c) la capacidad de realizar la acción. Un ejemplo un ejemplo aclara el contenido de estos elementos: el número 1 del artículo 195 declara: el que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiera hacerlo sin riesgo propio ni de tercero, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses, la necesidad de socorro que nace aquí de una situación de desamparo dentro de un peligro manifiesto y grave, por parte de una persona, y de ausencia de riesgo, por parte de otra personas u otras personas. Todo ello constituye la **situación típica (a)**, la conducta delictiva se describe por la ley con la expresión, **no socorriere**, que debe entenderse que exige que en lugar de socorrer se realice otra conducta distinta; ello representa el segundo elemento del tipo subjetivo de la omisión pura: **la ausencia de una acción determinada (b)**. Por último condiciona el deber de socorro el que el autor **pudiera hacerlo**, esto es, el tercer elemento típico: **la capacidad de realización de la conducta (c)**.” “ ...de los tres elementos mencionados, el tercero requiere, que vuelva a plantearse aquí la cuestión de si hay que hacer estar al poder de evitación del hombre normal o al sujeto concreto, si este es superior o inferior al que de aquel...”...ahora bien al referirse sobre las peculiaridades del tipo subjetivo del la omisión pura establece “...en los tipos dolosos de omisión se plantea la cuestión de si el dolo puede revertir la misma estructura que los delitos de omisiones activa. En contra se alega que con frecuencia falta en el actuar emisivo al momento de **decisión activa**, característico de la acción positiva dolosa, correspondiendo a la pasividad de la conducta externa la pura pasividad en la voluntad del autor así sucederá...”.

“... Ello ha llevado en la doctrina a tres posiciones las cuales son las siguientes: 1) negar la presencia de dolo en estos casos (Iampe), 2) operar una adaptación del concepto de dolo a la estructura de la pasividad, prescindiendo en el requisito del querer y contentándose con el de conocer, 3) sustituir la necesidad de verdadero en la omisión por el hecho de que el autor no haya querido...”⁷²

⁷² MIR PUING, Santiago, “Derecho Penal Parte General”, Séptima Edición, Edición BdeF, Montevideo, Buenos Aires, 2007, Páginas 315,316 y 317.

De acuerdo a Miguel Ángel Aguilar López los delitos de omisión simple, propia o pura, “...estos delitos, el contenido típico está constituido por la simple infracción de un deber ser de actuar, es decir, son tipos simples conducta o simple inactividad. Las peculiaridades del tipo de omisión propia se centran fundamentalmente, en el tipo objetivo común a las formas dolosas y culposas, en el cual han de concurrir los elementos siguientes:

- a) **Situación típica:** es aquella descrita en el tipo de la que se cabe deducir en el caso concreto, el contenido del deber de actúa.
- b) **Ausencia de la acción esperada:** la situación típica viene constituida por una situación de desamparo que sufre una persona que se encuentra en peligro manifiesto y grave y la ausencia de peligro para quien socorre. La acción esperada por el ordenamiento jurídico consiste en “socorrer”.
- c) **Capacidad para realizar esa acción:** el sujeto que percibe la situación típica y que tiene el deber de socorrer, debe estar capacitado para poder cumplir con la acción exigida (capacidad personal de realizar la acción esperada).⁷³

4.8.2 DELITOS DE OMISIÓN COMPLEJA, IMPROPIOS O DE COMISIÓN POR OMISIÓN.

Miguel Ángel Aguilar López menciona “los llamados delitos de comisión por omisión, o delitos impropios de omisión, constituyen uno de los institutos nucleares de la moderna dogmática del derecho penal; al mismo tiempo son una de las fuentes más importantes de expansión de la manifestación punitiva de difícil control, lo que puede, poner en contradicho al principio de mínima intervención del derecho penal. En una primera aproximación a estos delitos, se pueden definir como la producción de un resultado penalmente típico que no fue evitado por quien pudo y debería hacerlo, es decir, por quien tenía la capacidad y el deber jurídico de actuar con la evitación del resultado típico (de lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico).” “... el primer elemento de toda omisión es

⁷³ AGUILAR LOPEZ, Miguel Ángel, “El Delito y la Responsabilidad Penal”, Editorial Porrúa, Quinta Edición, México, 2010, Página 85, 86.

que tenga lugar la situación base del deber de actuar, en la comisión por omisión no expresamente tipificada ha de integrar dicha situación la llamada **posición de garante por parte del autor**” “... es por ello que de acuerdo con el criterio diferenciador de la doctrina dominante entre la omisión impropia y la propia, residiría en que mientras en la primera el omitente tiene una a posición de garante, porque en virtud de un deber jurídico (extrapenal), de actuar garantizaría frente a la sociedad la integridad del bien jurídico lesionado, en la segunda, el emitente se encontraría desvinculado extrapenalmente del interés que protege el tipo penal en cuestión: esto es la posición que destaca de una persona (o personas, según el caso), de entre todas la demás, que le hace responsable del bien jurídico penalmente protegido, y que, en consecuencia y si no evita su lesión, le atribuye esta igual que si la hubiere causado mediante una acción. El código penal federal llega sin embargo a tipificar la posición de garante de acuerdo con el criterio material, distinguiendo tres supuestos de su origen: la ley, el contrato y, a partir del momento posterior del desarrollo de la dogmática, también del hacer precedente”.⁷⁴

Sara Pérez Kasparian la comisión por omisión “...es la infracción de una ley prohibitiva mediante la infracción de una ley preceptiva, también conocida como omisión impropia, la comisión por omisión, ocurre cuando el sujeto activo tiene el deber jurídico de evitar un resultado dañosa respecto a la persona o cosa que debe de proteger, en estos casos, el sujeto activo tiene el deber de protección dado que está en la posición de garante, esto es que, ya sea por los vínculos familiares establecidos en leyes como tema de la patria potestad, o en virtud de un contrato de trabajo que establece respecto al sujeto activo determinados deberes de protección, como ejemplo el guardavidas, o salvavidas en una playa, o en razón de obligaciones derivadas de los deberes que tienen los servidores públicos en determinados cargos o empleos, el sujeto activo debiendo garantizar que no ocurra ningún daño respecto al bien que debe proteger, no cumple y ocurre un resultado...” “... el sujeto activo tiene el deber de impedir el resultado,

⁷⁴ Óp. Cid. Páginas 88, 89.

su comisión se equipara el hacer activo, tiene el deber de actuar impidiendo el resultado...»⁷⁵

4.9.- ELEMENTOS DEL DELITO

Entraremos en este momento, a un análisis de manera general, sin profundizar en este tema, simplemente, analizaremos de manera general como ya se ha mencionado, los elementos con los que está constituido el delito, aplicando la teoría finalista.

En primer lugar estableceremos que nos basaremos en el libro “teoría del delito”, (doctrina, jurisprudencia y casos prácticos), del doctor en derecho Enrique Díaz-Aranda, para posteriormente, definir algunos conceptos fundamentales, que nos servirían, para comprender los elementos del delito.

4.10.- DERECHO PENAL

El Doctor Díaz-Aranda, establece que el derecho penal “es el sistema de normas emitidas por el estado a través de la ley para dar a conocer a los miembros de la sociedad las conductas consideradas como delictivas, por lesionar bienes fundamentales para la sociedad, con el fin de que eviten su comisión, indicando al juez los presupuestos y sanción, sea pena de prisión o medida de seguridad, a imponer a quienes las realicen”⁷⁶

4.11.- NORMA PENAL

El Doctor Díaz-Aranda, establece que la norma penal “tiene una naturaleza, porque solo puede ser emitida por el poder legislativo como representante del pueblo, el cual la da a conocer a los ciudadanos como ley bajo la forma de normas de conductas prohibidas y penadas, en las cuales se describen las conductas que el ciudadano debe evitar para no sufrir una sanción de la privación de la libertad o medida de seguridad. Por tanto, las normas penales tienen una

⁷⁵ PEREZ KASPARIAN, Sara “Manuel de Derecho Penal “Editorial Porrúa México, Primera Edición, 2009. Página 39.

⁷⁶ DIAZ-ARANDA, Enrique, “Teoría Del Delito”, (Doctrina, Jurisprudencia y Casos Prácticos), Editorial Straf, México, 2006, Página 3.

función de llamada de atención para el ciudadano para evitar su comisión y a su vez sirven de garantía al ciudadano, dado que el estado solo le podrá imponer una pena privativa de libertad, única y exclusivamente, cuando haya realizado una de las conductas descritas en la norma penal”⁷⁷

4.12.- DELITO

De acuerdo Francisco Pavón Vasconcelos en su Diccionario de Derecho Penal establece que el delito es *“es una acción u omisión, por lo tanto debe existir una manifestación externa de la voluntad; un hacer o un no hacer, el solo pensamiento no constituye un delito.”⁷⁸*

Así también, Fernando castellanos establece sobre el delito lo siguiente *“la palabra delito se deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley, la definición jurídica del delito debe ser, naturalmente, formulada desde el punto de vista del derecho, sin incluir ingredientes causales explicativos, cuyo objeto es estudiado por ciencias fenomenológicas, como la antropología, sociología, la psicología criminales y otras”⁷⁸*

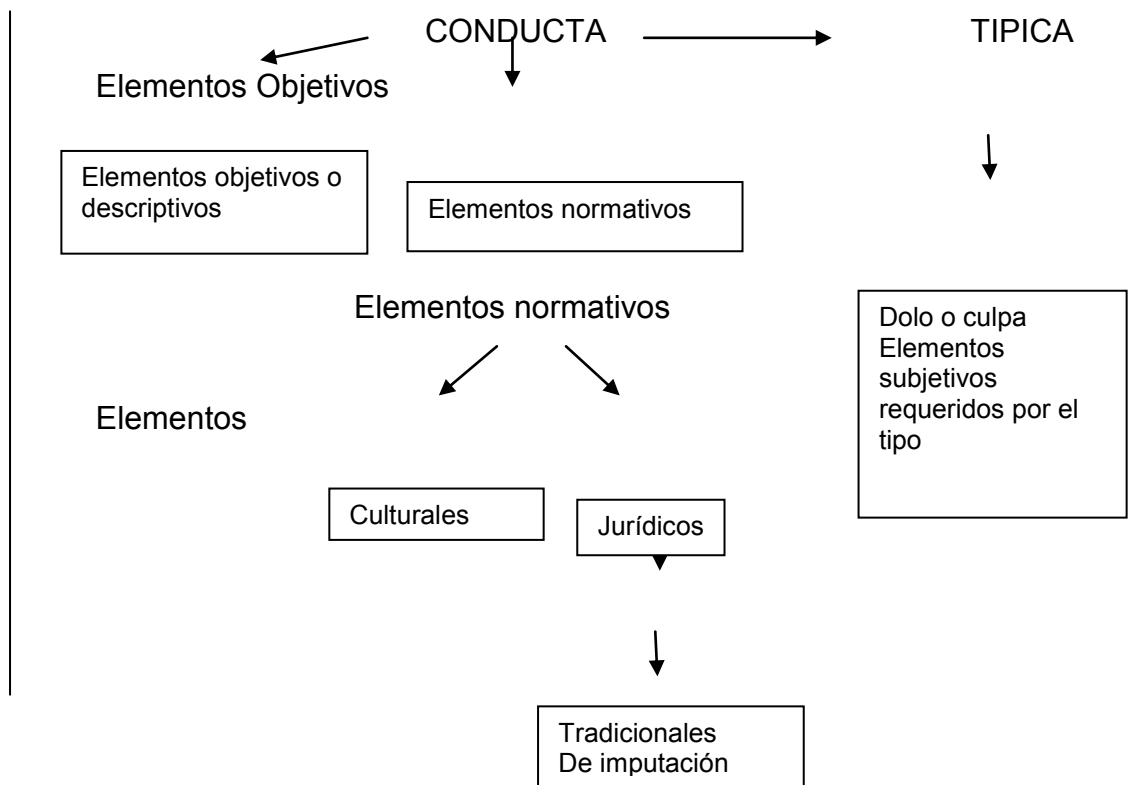
Es decir, el delito, como ha sido concebido, es aquel acto contrario a derecho, que sanciona las leyes penales.

Ahora bien, la estructura o los elementos del delito, dentro del sistema finalista, el cual desde mi punto de vista, es el que se emplea en la actualidad y de acuerdo al doctor Díaz-Aranda, establece que el delito está dividido en su estructura de la siguiente manera.

⁷⁷ Óp. Cid. Página 3.

⁷⁸ PAVON VAZCONCELOS, Francisco, “Diccionario de Derecho Penal”, Editorial Porrúa, Cuarta Edición, México, 2010, Página 369.

⁷⁸ CASTELANOS, Fernando, “Lineamientos de Derecho Penal”, Editorial Porrúa, Quinta Edición, México, Distrito Federal, 1969, Pagina. 119.



Ausencia de causas de atipicidad
 Por falta de elementos objetivos
 Por falta de elementos normativos expresos o
 Implícitos.
 Error de tipo

Delito	A) ANTIJURIDICIDAD	<p>La tipicidad de la conducta es el indicio de su antijuridicidad y en esta categoría solo se consta la contravención del ilícito frente a todo el orden jurídico y, por tanto, la ausencia de algunas causas de justificación: legítima defensa, estado de necesidad justificante, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho o consentimiento del sujeto pasivo</p>
	B) CULPABILIDAD	<p>Imputabilidad (mayoría de edad y ausencia de trastornos mentales) Consciencia de la antijuridicidad, la cual se excluye cuando existe error sobre la justificación. Exigibilidad de otra conducta, la cual excluye en supuestos de: Miedo grave o temor fundado, estado de necesidad culpable o error de prohibición.</p>

4.13.- LA CONDUCTA TIPICA

De acuerdo al Doctor Díaz-Aranda, la conducta típica establece “ *la doctrina suele utilizar los términos acción y conducta, como sinónimos; sin embargo, es preferible utilizar el término **conducta**, como concepto general, para de esa forma poder diferenciar claramente a sus dos especies: **la acción y la omisión**, es precisamente en la omisión donde se confirma que debemos atender al termino de conducta-típica porque la relevancia penal de la conducta del que omite cumplir con un deber de cuidado” “la conducta típica existe una relación entre sujeto activo y sujeto pasivo. El sujeto pasivo es aquella persona humana, que realiza una conducta que normativamente se considera como prohibida por significar un resultado de lesión o de peligro para un bien jurídico tutelado. El sujeto pasivo es aquella persona o ente jurídico cuyo bien jurídico fundamental fue lesionado o puesto en peligro por sujeto activo.” “el análisis de la conducta típica, consiste en determinar si la conducta realizada por una persona física es aquella que el legislador penal ha querido prohibir y, por tanto, sancionar”⁷⁹*

4.13.1.- ELEMENTOS OBJETIVOS

El Doctor Díaz- Aranda, refiere que los elementos objetivos de la conducta-típica son “*aquellas descripciones lingüísticas que hace el legislador en la ley sobre un sujeto, una conducta y, generalmente, un resultado, que lo reconocemos a través de nuestros sentidos: vista, oído, tacto, olfato y gusto. Es decir, los elementos objetivos son aprehensibles sensorialmente.*”⁸⁰

Es decir, la conducta típica es actividad humana, la cual va encaminada a un resultado ilícito, siempre y cuando se adecue a lo establecido en el tipo penal.

4.13.2.- ELEMENTOS NORMATIVOS

El Doctor Díaz-Aranda, establece que los elementos normativos son “*...que requieren de una valoración cultural o jurídica para establecer si el hecho corresponde o no a la descripción prevista en el tipo penal” “los elementos*

⁷⁹ DIAZ-ARANDA, Enrique “Teoría del Delito”, (Doctrina, Jurisprudencia y Casos Prácticos), Editorial Straf, México, 2006, Página 69

⁸⁰ Op. Cid. Página 83

normativos que requieren para su integración de un juicio valorativo cultural determinado por la ideología y las costumbres de la sociedad en un momento y lugar determinado...” ⁸¹

Desde mi interpretación, los elementos normativos culturales de la conducta-típica, son aquellos en los que la acción del humano, en este caso del sujeto activo, encuadre en un tipo penal protegiendo las costumbres, tradiciones, etc. Y los elementos normativos jurídicos son aquellos que están plasmados en una ley y son específicos a alguien o a algo.

4.13.3.- ELEMENTOS SUBJETIVOS

Continuando con las manifestaciones del doctor Díaz-Aranda, respecto de los elementos subjetivos, el menciona que dichos elementos están divididos en parte dolosa o culposa.

4.13.3.1 DOLO

Respecto el dolo menciona que *“...tanto las acciones como las omisiones pueden ser dolosas o culposas, y ello repercutirá en la gravedad de la pena a imponer, por lo que la realización de una conducta de homicidio doloso será sancionada con una pena mayor que un homicidio culposo. Por esta razón de carácter práctico es muy importante definir con claridad cuál es el concepto de dolo para poderlo diferenciar de la culpa”* *“varios son los conceptos que se han dado sobre el dolo, para welzel es la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito, en el mismo sentido cerezo mir lo concibe como la conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos de un tipo delictivo, en resumen, para el finalismo ortodoxo el dolo incluye únicamente el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo del injusto..”*⁸²

El dolo está clasificado en dolo directo, dolo indirecto o de consecuencias necesarias, dolo eventual, primero también llamado dolo directo de primer grado, se puede considerar como sinónimo de la intención o el propósito del autor, por lo cual, obrara con dolo directo quien quiere realizar una conducta con el objetivo de provocar un resultado específico y efectivamente consiguiendo el fin, la segunda

⁸¹ Op. Cid. Página 87

⁸² Op. Cid. Página 154.

clase de dolo, el sujeto tiene un fin o meta que quiere alcanzar, para conseguirlo tendrá que provocar necesariamente otros resultados descritos, como conducta típica, y de todas formas decide realizarla, por tal razón el dolo indirecto, también se le denomina como dolo de consecuencias necesarias o dolo directo de segundo grado, y tercer tipo de dolo es el llamado eventual la lesión del bien jurídico se le presenta al autor como muy probable si realiza la conducta que se propone, debe hacerse notar que el dolo eventual y en la culpa consiente la parte de una misma idea, en ninguno se desea el resultado, pero ambos se reconoce la posibilidad de producirlo, esto dificulta su diferenciación.

4.13.3.2. ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECIFICOS REQUERIDOS POR EL TIPO.

Siguiendo con lo establecido por el doctor Díaz-Aranda, de su libro teoría del delito, los elementos subjetivos específicos del tipo, *“...consisten en especiales ánimos, tendencias, intenciones o fines previstos específicamente en algunos tipos penales...”*, *“...no se debe el dolo con los elementos subjetivos específicos requeridos por el tipo. El dolo consiste en el conocimiento y el querer del sujeto de todas las circunstancias en las cuales está actuando el sujeto, las cuales, valoradas por un jurista, se adecuan a un tipo penal; mientras que los elementos subjetivos requeridos por el tipo son específicos ánimos, intenciones, fines previstos en la descripción de la conducta típica...”*⁸⁴

4.14.- CAUSAS DE ATIPICIDAD.

Refiere el Doctor Díaz-Aranda, que las causas de atipicidad *“...implican que la conducta no es típica y, por tanto, es ilícita. En este sentido, no se debe confundir a las causas de atipicidad con las causas de justificación, porque las primeras excluyen la prohibición de la conducta debido a que falta un elemento objetivo, uno normativo o uno subjetivo mientras que en las segundas, la conducta sigue siendo prohibida en general pero las especiales circunstancias que concurren dan lugar a su justificación...”*,⁸⁵

⁸⁴ Op. Cid. páginas 185 y 186

⁸⁵ Op. Cid. página 191

4.14.1.- AUSENCIA DE ELEMENTOS OBJETIVOS

Continua diciendo “...como hemos señalado, los elementos objetivos son aquellos que se perciben través de los sentidos y se demuestran científico naturalmente. Por lo cual, no puede haber conducta típica de homicidio consumado si la presunta víctima está viva. En el mismo sentido, no puede haber violación consumada si no hubo copula, ni lesiones consumadas sin alteración a la salud...”⁸⁶

4.14.2.- AUSENCIA DE ELEMENTOS NORMATIVOS

La atipicidad por falta de elementos normativos se puede derivar de la ausencia del elemento normativo cultural requerido por el tipo. Además de la atipicidad de la conducta por falta de elementos normativos culturales y normativos jurídicos expresos, tenemos a los criterios de imputación que hemos analizado bajo el rubro de elementos normativos jurídicos implícitos, los cuales pueden sacar a la conducta del radio de prohibición de la norma y dejarla en los terrenos de la licitud. Como podrá vislumbrar el lector, el reconocimiento de los criterios de imputación genera una visión de grandes dimensiones para la determinación sobre la licitud o ilicitud de una conducta”⁸⁷

4.14.3.- AUSENCIA DE ELEMENTOS SUBJETIVOS

Dentro de los elementos del tipo se encuentra en dolo o la culpa y los elementos subjetivos cuando el tipo así lo requieren.

El doctor Díaz-Aranda establece que la ausencia de dolo, equivalente al error de tipo “...si el aspecto cognitivo del dolo se conforma con el conocimiento de las circunstancias en las que el sujeto realiza su conducta-típica, entonces la falsa percepción de alguna de las circunstancias esenciales de esa realidad da lugar al error del tipo, la percepción errónea puede recaer sobre alguno de los elementos objetivos de la conducta-típica, o sobre alguno de los elementos normativos.

⁸⁶ Op. Cid. página 191

⁸⁷ Op. Cid. página 192

Recordemos que los primeros son aquellos que se perciben a través de los sentidos, porque se manifiestan en el mundo real, mientras que los elementos normativos solo pueden identificar a través de una comprensión intelectual...⁸⁸

4.15.- ANTIJURIDICIDAD

La antijuridicidad, y continuando con lo que establece el doctor Enrique Díaz Aranda, en su libro Teoría del Delito, *“...la antijuridicidad se establece si la conducta prohibida es contraria al orden jurídico en general, y por ello al hecho típico y antijurídico se le denomina injusto, por el contrario si el hecho típico está amparado por alguna causa de justificación ya no hay delito, de ahí la conocida frase el tipo es un puro objeto de la valoración, mientras que la valoración de ese objeto se produce en el marco de la categoría de la antijuridicidad. La antijuridicidad tiene un aspecto material y otro formal, de los cuales me ocupó a continuación...⁸⁹*

Continúa diciendo *“...la antijuridicidad formalmente, la conducta antijurídica es aquella que no solo está prohibida por el derecho penal (conducta-típica”, sino que además contraviene a todo el sistema jurídico en su conjunto, de ahí que al hecho típico y antijurídico se le denomine injusto. Y la antijuridicidad material implica que la conducta-típica, genera una lesión o puesta en peligro del bien fundamental para la vida en sociedad. Esa lesión al bien se considera antijurídica cuando se realizó en tales circunstancias que no solo es valorada socialmente como nociva, sino también como injustificada, y por ello, y por ello también es injusta...⁹⁰*

Es decir, desde mi concepción, la antijuridicidad es el acto ilícito que realiza el sujeto pasivo, y que se encuadra correctamente en el tipo penal, establecido en alguna ley en particular, el cual a su vez, dicha antijuridicidad está dividida en dos grandes aspectos, como lo es el formal y el material, el formal establece que la acción desplegada por el sujeto activo, es contraria a derecho, va en contra de todas las leyes, y la material consiste en que la acción desplegada o la conducta desplegada por el agente activo, daña un bien jurídico tutelado en particular o

⁸⁸ Op. Cid. página 192

⁸⁹ Op. Cid. Página 203

⁹⁰ Op. Cid. Páginas 206 Y 207.

bien una vez desplegada esa conducta obtiene una forma de justificación el porqué de ella.

Ahora bien, no entraremos al fondo de cada causa de justificación, empleare a grandes rasgos el concepto de cada una de ellas.

La primera causa de justificación en la antijuridicidad, son la legítima defensa, la cuales concebida como se repela una agresión real, actual y eminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de defensa y racionalidad de los medios empleados y no mediante provocación dolosa, el segundo estado de necesidad justificante, el cual se obre por necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o eminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo, la tercer causa de justificación es cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho, esta causa de justificación para que surta sus efectos de excluyente de responsabilidad penal, es necesario que los deberes y derechos estén consignados en una ley, cuarta causa de justificación es la obediencia jerárquica, la cual puede excluir de alguna responsabilidad al sujeto que realiza un hecho o una acción, por órdenes de su superior jerárquico, ya sea laboral o administrativamente, y que se trate de una orden licita, y por último el consentimiento del sujeto pasivo, el cual se actué con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se cumplen con los requisitos como lo es que el bien jurídico sea disponible, que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo y que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio.

Ahora entraremos a la última categoría de la teoría del delito.

4.16.- CULPABILIDAD

La culpabilidad de acuerdo al doctor Díaz Aranda, *“...consiste en un juicio sobre el autor mediante el cual se determina si se le puede reprochar el haberse comportado contrariamente a lo establecido en el orden jurídico, la culpabilidad se conforma de tres elementos, a saber: la imputabilidad del sujeto, su conciencia*

*sobre la antijuridicidad de la conducta y la ausencia de causas excluyentes de la culpabilidad...*⁹¹

Desde mi punto de vista, en el concepto de culpabilidad no existe problema, ya que la culpabilidad es la determinación si la acción del sujeto es contraria a derecho o no.

4.16.1.- ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD.

En este apartado entraremos a conocer de una manera general, los elementos que conforman a la culpabilidad, sin entrar al fondo de ellos.

4.16.2.- IMPUTABILIDAD

El primer elemento es la imputabilidad:

La imputabilidad de acuerdo al doctor Díaz Aranda “para que el juicio de reproche contra el autor pueda realizarse, se necesita que exista una capacidad psíquica del sujeto para comprender el hecho y su transcendencia. Se considera que ese juicio lo puede realizar quien es mayor de edad y por ello se le considera como imputable”⁹².

Respecto al elemento de la culpabilidad como lo es la mayoría de edad continua diciendo *“actualmente se debate sobre la edad penal para considerar al sujeto como imputable y poder aplicar las normas del derecho penal y no las de los menores infractores. Propuesta más socorrida es la de reducir la edad penal de 18 a 16 años, lo cual sería extraño a nivel mundial, porque en los países escandinavos la edad penal se puede alcanzar desde los doce años, mientras que en países europeos la imputabilidad penal se alcanza hasta los veintiún años”, “...como quiera que sea los menores de edad no pueden ser sujetos a responsabilidad penal...”, “ la franja entre los doce y veintiún años en extrema, y por ello la determinación sobre el momento en que se puede considerar al sujeto imputable requiere de análisis de la organización de la sociedad, su grado cultural y medios proporcionados a sus integrantes para su desarrollo individual y colectivo, solo así podremos saber a qué edad se puede desarrollar que el sujeto*

⁹¹ Op. Cid. Página 263

⁹² Op. Cid. página 264

tiene la información y la capacidad necesarias para comprender el significado y las trascendencia del hecho que realiza contrariamente a derecho...”, “otro elemento de la culpabilidad es la ausencia de trastornos mentales, que dan lugar a la inimputabilidad del sujeto, y por tanto, la exclusión de la culpabilidad, pueden ser permanente o transitorios, el trastorno mental permanente puede tener diferentes grados, y ello debe valorar el perito correspondiente para establecer el grado de afectación del individuo para que de esa forma el juez pueda determinar qué tan disminuida tiene su capacidad, y resolver si está excluida por completo su imputabilidad o solo esta atenuada. Y el trastorno mental transitorios provocados por el mismo individuo, como ocurre en el estado de ebriedad, o cuando el sujeto se encuentra bajo el influjo de alguna droga, y, como es de suponer, no se tiene la capacidad para comprender la trascendencia de los hechos que se realizan...”⁹³

4.16.3.- CONCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD.

Siguiendo con lo establecido en el libro teoría del delito del Doctor Díaz Aranda, establece que *“...no debemos confundir el dolo con la conciencia de la antijuridicidad, ya que para el primero, solo basta conocer el hecho y las circunstancias que rodean al hecho, así la conciencia de la antijuridicidad, se constata con el conocimiento del sujeto de estar realizando un injusto y tener la voluntad de hacerlo. En otras palabras: tiene conciencia de la antijuridicidad el sujeto que sabe que está privando de la vida a otro sin estar amparado por alguna causa de justificación y tiene la voluntad de hacerlo...”⁹⁴*

La conciencia de la antijuridicidad, no es otra cosa, que la voluntad del sujeto de desplegar una acción antijurídica, ilícita, sabiendo el significado de la acción y el resultado de ella, aun con las consecuencias del resultado.

4.16.4.- EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

El Doctor Díaz Aranda establece que *“...el juicio de reproche al autor se puede realizar siempre y cuando le podamos exigir otra conducta. Es decir, cuando el autor de una conducta-típica y antijurídica le podemos exigir que, en la situación*

⁹³ Op. Cid. Página 266,267 y 269.

⁹⁴ Op. Cid. página 270.

*en que se encontraba, debería haber actuado conforme a derecho, entonces y solo entonces podemos constatar su culpabilidad y a pasar a determinar la pena a imponerle dentro del mínimo o máximo previstos por el legislador, para comisión de ese delito...*⁹⁵

Es decir, la exigibilidad de otra conducta, entra en el supuesto, cuando el sujeto se le reprocha que no aplico otra conducta, sabiendo que otra acción hubiera impedido el resultado.

4.17.- EXCLUYENTES DE LA CULPABILIDAD

En este apartado entraremos a conocer de manera general, las excluyentes de responsabilidad que tiene el sujeto que despliega una acción.

4.17.1.- INIMPUTABILIDAD

El primer excluyente de culpabilidad es la inimputabilidad, y de acuerdo a lo establecido por el Doctor Díaz establece que “...*la culpabilidad se sustenta en el reproche que se le puede hacer al sujeto que realizo el injusto porque pudiéndose comportar conforme a derecho decidió contravenirlo, a dicha idea se debe sumar la capacidad del autor para comprender la transcendencia de su injusto y para ello requiere de cierta madurez, siendo el legislador penal quien deberá determinar la edad, siendo el legislador penal quien deberá determinar la edad a partir de la cual considera que su población en general alcanza la dicha madurez, así, quedara excluida la imputabilidad cuando el autor no haya alcanzado la edad señalada en la legislación del lugar en que se cometió el injusto. El efecto de la inimputabilidad por minoría de edad será la aplicación de las normas establecidas para los menores infractores...*”, “...*la inimputabilidad se puede derivar de un trastorno mental permanente, como puede ser la locura, el retraso mental, la esquizofrenia, etc., la cual impide el reproche al sujeto porque no tiene la capacidad mental para comprender la dañosidad que representan sus hechos, de ahí que no se le imponga una pena de prisión porque jamás podría*

⁹⁵ Op. Cid. página 271.

resocializarse siendo procedente la aplicación de una medida de seguridad en un centro de atención para su padecimiento...”⁹⁶

4.17.2. - ERROR DE JUSTIFICACION

Error de justificación de acuerdo al doctor Díaz es “...cuando el sujeto actúa con dolo típico (porque conoce todas las circunstancias del hecho y tiene la intención de realizar su conducta), pero con la creencia de que concurre una causa de justificación, como sucede en la legítima defensa punitiva, se plantea el problema si esto es un error de tipo, error de prohibición u otra clase de error ubicado en la culpabilidad...”⁹⁷

Es decir, el error de justificación es la conducta o acción que despliega el sujeto, pensando que está previsto o encuadrado en las causas de justificación, sin pensar que la actividad desplegada ilícita esta prevista en el tipo penal.

4.17.3.- EXCLUYENTES DE LA EXIGIBILIDAD

El tercer excluyente de culpabilidad es la excluyente de exigibilidad, el cual establece y sus elementos que son el miedo grave, estado de necesidad exculpante y error de prohibición.

4.17.3.1.- EL MIEDO GRAVE.

De acuerdo al Doctor Díaz Aranda el miedo grave es “...un estado de conmoción psíquica, capaz de anular i limitar casi totalmente la capacidad de raciocinio, dejando a la persona actuar bajo el influjo de los instintos, sin embargo para comprobar esta excluyente, no basta en la aseveración contenida en el dicho del quejoso o de los testigos, si no que por tratarse de un estado psicológico, solo puede demostrarse mediante la pericial especializada...”⁹⁸

⁹⁶ Op. Cid. Páginas 271 y 272.

⁹⁷ Op. Cid. Página 272

⁹⁸ Op. Cid. Página 278.

Es decir desde mi punto de vista el miedo grave es cuando una persona despliega una conducta ilícita, por necesidad de salvaguardar un bien jurídico titulado, o por un eminente peligro hacia su persona.

4.17.3.2.- ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE

La Teoría del Delito del Doctor Díaz establece que *“... el estado de necesidad exculpante existe un conflicto entre dos bienes del mismo valor, y solo uno de ellos puede salvarse...”*⁹⁹

Desde mi concepción, el estado de necesidad, es aquel cuando una persona debe de elegir sobre una cosa por otra, es decir la vida de una persona por la otra, ya que no tiene otra alternativa, ya que si no lo hace, perderá la vida de las dos personas.

4.17.3.3.- ERROR DE PROHIBICIÓN

Siguiendo con lo señalado por el doctor Enrique Díaz Aranda, menciona que el error de prohibición *“... el sujeto actúa bajo un error de prohibición cuando cree erróneamente que su conducta es lícita, el error de prohibición se denomina como error de derecho, porque el sujeto tiene la falsa creencia que su conducta es conforme a derecho, sin embargo, con las innovaciones del sistema neoclásico fue necesario cambiar la denominación de error de derecho, pues los elementos normativos del tipo recaen precisamente sobre una falsa valoración o apreciación jurídica del autor...”*¹⁰⁰

El error de prohibición, como lo menciona el doctor Díaz Aranda, es aquel cuando el sujeto al desplegar la conducta, piensa que es lícita, por ejemplo cuando mata a una persona, pensando que está en el supuesto de legítima defensa.

⁹⁹ Op. Cid. Página 278.

¹⁰⁰ Op. Cid. Página 282 y 283.

CAPITULO V. ANÁLISIS DE LA TENTATIVA EN EL EJERCICIO INDEBIDO DEL SERVICIO PÚBLICO (ARTÍCULO 214, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, EN LA HIPÓTESIS DE EVITAR).

De acuerdo al Código Penal Federal, el cual es el propósito primordial del estudio de este presente trabajo de investigación, concretamente el artículo 214, del mismo establece:

Texto vigente del artículo 214 del código penal federal en su tercera fracción.

CAPITULO II

Ejercicio indebido de servicio público

Artículo 214.- Comete el delito de ejercicio indebido de servicio público, el servidor público que:

I.- Ejerza las funciones de un empleo, cargo o comisión, sin haber tomado posesión legítima, o sin satisfacer todos los requisitos legales.

II.- Continúe ejerciendo las funciones de un empleo, cargo o comisión después de saber que se ha revocado su nombramiento o que se le ha suspendido o destituido.

III.- Teniendo conocimiento por razón de su empleo, cargo o comisión de que pueden resultar gravemente afectados el patrimonio o los intereses de alguna dependencia o entidad de la administración pública federal centralizada, del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresa de participación estatal mayoritaria, asociaciones y sociedades asimiladas a éstas y fideicomisos públicos, del Congreso de la Unión o de los poderes Judicial Federal o Judicial del Distrito Federal, por cualquier acto u omisión y no informe por escrito a su superior jerárquico o lo evite si está dentro de sus facultades.

IV.- Por sí o por interpósita persona, sustraiga, destruya, oculte, utilice, o inutilice ilícitamente información o documentación que se encuentre bajo su custodia o a la cual tenga acceso, o de la que tenga conocimiento en virtud de su empleo, cargo o comisión.

V.- *Por sí o por interpósita persona, cuando legalmente le sean requeridos, rinda informes en los que manifieste hechos o circunstancias falsos o niegue la verdad en todo o en parte sobre los mismos, y*

VI.- *Teniendo obligación por razones de empleo, cargo o comisión, de custodiar, vigilar, proteger o dar seguridad a personas, lugares, instalaciones u objetos, incumpliendo su deber, en cualquier forma propicie daño a las personas, o a los lugares, instalaciones u objetos, o pérdida o sustracción de objetos que se encuentren bajo su cuidado.*

Al que cometa alguno de los delitos a que se refieren las fracciones I y II de este artículo, se le impondrán de tres días a un año de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la comisión del delito y destitución en su caso, e inhabilitación de un mes a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Al infractor de las fracciones III, IV, V y VI se le impondrán de dos a siete años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos años a siete años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos

ELEMENTOS DEL DELITO. (CUERPO DEL DELITO).

- a) Que el sujeto activo del delito, tenga la calidad de servidor público.
- b) Que por razón de su empleo, cargo o comisión, tenga conocimiento de que puedan resultar gravemente afectados el patrimonio o los intereses de algunas de las instituciones que se especifican en dicho precepto.
- c) Por cualquier acto u omisión y no lo informe por escrito a su superior jerárquico o **lo evite si está dentro de sus facultades.**

1.- PRIMER ELEMENTO DEL DELITO EN ESTUDIO.

SUJETO ACTIVO

Consistente en la calidad del sujeto activo, quien debe ostentar el carácter de “**servidor público**”, debiendo entenderse por éste, a toda persona física, contratada o designada (ya sea por elección o nombramiento) o por disposición o mandato de ley, para desempeñar actividades atribuidas al Estado, por ello asume funciones de representatividad de órganos gubernamentales o de la administración pública.

Al respecto, el artículo 108 de la Constitución Federal, señala de manera enunciativa, quiénes son servidores públicos, descripción que incluye a todas las personas que, sin importar su empleo, cargo o comisión que desempeñen, ni el nivel de la función o la institución en donde laboren, lo que importa es que el término *servidores públicos*, sirva para identificar a todos aquéllos que sirvan al Estado o a la Federación, al Gobierno o a la Nación, es decir, al interés público o la sociedad.

Artículo 108 de la Constitución Federal.

*“...se reputarán como **servidores públicos** a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial Federal y del Poder Judicial del Distrito Federal, los funcionarios y empleados, y en general, **a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, así como a los servidores del Instituto Federal Electoral, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones...**”.*

De igual forma, el artículo 212 del Código Penal Federal, establece de forma descriptiva a quienes debe considerarse con tal calidad:

“Artículo 212.- *Para los efectos de este Título y el subsecuente es servidor público toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, en el Congreso de la Unión, o en los Poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito 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 delitos previstos en este Título, en materia federal.*

Se impondrán las mismas sanciones previstas para el delito de que se trate a cualquier persona que participe en la perpetración de alguno de los delitos previstos en este Título o el subsecuente”.

Ahora bien, tal carácter puede ser adquirido con el nombramiento respectivo, el cual es el acto a través del cual se enviste a un sujeto para ejercer funciones de servicio público confiriéndole el carácter de servidor público. El nombramiento para ser válido deberá expedirse por un órgano competente, es decir aquel que tiene una atribución legítima para poder investir a una persona al ejercicio de su empleo, cargo o comisión.

De acuerdo a Sergio Monserrit Ortiz Soltero, en su libro **Responsabilidades Legales de los Servidores Públicos** establece que el nombramiento:

“...Teóricamente todos los servidores públicos deben tener un nombramiento, desde aquel que integra la base burocracia en las escalas inferiores del gobierno hasta el titular del ejecutivo federal, independientemente de que sean trabajadores de base o de confianza, o que hayan sido electos popularmente o designados por otro funcionario de mayor jerarquía, en virtud de que el nombramiento expedido a favor del servidor público es el reconocimiento oficial

que hace el estado de la existencia de la relación laboral que haya entre ambos y que responsabiliza a aquel por su actuación frente al propio estado y frente a los gobernados. El nombramiento da lugar a que el servidor público tenga la obligación de conducirse de acuerdo con las disposiciones legales que determinan su comportamiento y a responder legalmente en caso de incumplimiento. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 15 de la ley federal de los trabajadores al servicio del estado, el nombramiento debe tener: nombre, nacionalidad, sexo, estado civil y domicilio del servidor público, la determinación precisa de los servicios que debe brindar, el carácter del nombramiento si es definitivo, interino o provisional o por tiempo fijo o por obra determinada, la duración de la jornada de trabajo, el sueldo y demás prestaciones que deberá de percibir el trabajador y el lugar en que se prestara sus servicios.

El nombramiento que es aceptado por el servidor público, lo obliga a cumplir con los deberes inherentes al mismo y las consecuencias que sean conforme a la ley, el uso y la buena fe y es un requisito **sine qua non**, para determinar las obligaciones y derechos que circunscriben su actuación dentro de los órganos del gobierno, en tanto que su expedición, formaliza la relación jurídico laboral que tiene con el estado. El nombramiento no implica necesariamente la expedición de un documento oficial que contenga los requisitos señalados anteriormente, si no que (...) puede ser el acto de una voluntad o de varias. En este último caso recibe el nombre de elección, pero su naturaleza jurídica no es, por eso, distinta a la del nombramiento que recibe el trabajador de base al que recibe el funcionario electo popularmente para ocupar un cargo público o el del funcionario que es designado por otro de mayor jerarquía para ocupar un puesto público

Mientras que el trabajador de base, que conforma la base burocrática, desarrolla las más diversas actividades, el empleado de confianza desarrolla, entre las frecuentes e importantes funciones de dirección, de fiscalización, de supervisión, de inspección, de asesoría, la auditoría, de control, de anejo de fondos y valores, de policía, como en el caso de aquellos que desempeñan estas funciones y se encuentran adscritos a las procuradurías judiciales y a las policías preventiva, y que les da a todos ellos ciertas facultades de autoridad y mando, aun cuando, tanto los trabajadores de base son responsables de conducirse dentro de lo

dispuesto por diferentes ordenamientos que establecen sus obligaciones y responsabilidades como servidores públicos...”¹⁰¹

Ahora, para poder ser servidor público, no solamente es a través de un nombramiento, al cual le otorga todas y cada una de las facultades y obligaciones como tal, adheridas al servidor público, para comportarse y representar algún ente del estado, en ocasiones no existe tal nombramiento, pero se presumirá que es servidor público, cuando conste, de manera indubitable, que se está encargando de un servicio público, por las actividades realizadas o que en ese momento este realizando.

Lo anterior, sirve de apoyo a lo señalado, los siguientes criterios jurisdiccionales, los cuales nos ayudaran a entender de una mejor manera cuando no exista un nombramiento al servidor público.

No. Registro: 248,169. Tesis aislada. Materia(s): Penal. Séptima Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. 205-216 Sexta Parte. Tesis: Página: 491. Genealogía: Informe 1986, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis 11, página 541.

SERVIDORES PÚBLICOS, COMPROBACIÓN DEL CARÁCTER DE.

Para acreditar el carácter de servidores públicos de los acusados, no es la prueba documental, correspondiente a sus respectivos nombramientos, la única para demostrar el elemento a que se refiere el artículo 222, fracción I, del Código Penal Federal, sino que basta que por cualquier medio conste, de manera indubitable, que se está encargando de un servicio público.

¹⁰¹ ORTIZ SOTELO, Sergio Monserrit, “Responsabilidades Legales de los Servidores Públicos”. Editorial Porrúa, Quinta Edición, México, Distrito Federal, 2011, p.20 y 21.

2.- SEGUNDO ELEMENTO DEL DELITO EN ESTUDIO.

Se hace consistir en *que el **servidor público***, sujeto activo del delito, por razón de su empleo, tiene conocimiento de que puedan resultar gravemente afectados el patrimonio o los intereses de la Institución donde labora.

“Que por razón de su empleo, cargo o comisión, tenga conocimiento de que puedan resultar gravemente afectados el patrimonio o los intereses de algunas de las instituciones que se especifican en dicho precepto.”

En este, es de destacarse la existencia de diversos elementos normativos, como lo son: “empleo”, “cargo”, “comisión”, “conocimiento”, “afectación”, “patrimonio”, “intereses”, los que quieren una valoración jurídica.

ELEMENTOS NORMATIVOS

Estableceremos en esta etapa de los elementos normativos, constitutivos del segundo elemento del cuerpo del delito del precepto legal en estudio, estableciendo los conceptos y definiciones, que desde el punto de vista del que suscribe, son los más adecuados o bien los que tienen un mejor entendimiento.

EMPLEO: de acuerdo al diccionario Porrúa de la lengua española establece que ***“Se denomina empleo al trabajo que se realiza bajo un contra formal o informal, y por el cual la persona recibe una remuneración económica o un salario (en algunas partes también se lo llama sueldo). Este empleo supone dos partes: la persona que trabaja, el trabajador que ha sido contratado, al cual se lo llama **empleado**, y la persona que lo ha contratado o persona contratante, a la cual se la denomina **empleador**. Como decíamos el empleo puede ser formal o informal, y a este último en general se lo llama “trabajo en negro”, pues el empleado sólo recibe su retribución económica pero no otros derechos laborales como vacaciones pagas, sueldo anual complementario (aguinaldo), aportes a la seguridad social, asociación a un servicio de salud u obra social, representación bajo un gremio o sindicato, etc.”***¹⁰²

¹⁰² POUDEVIDA RALUY, Antonio “Diccionario de la Lengua Española”, Editorial Porrúa, Pagina 144, México, 2012.

Así también, de acuerdo a Sergio Monserrit Ortiz Soltero, en su libro Responsabilidades Legales de los Servidores Públicos establece “...se puede considerar, en términos generales que todos los servidores públicos son empleados o trabajadores en tanto que desarrollan una actividad física o intelectual a cambio de una contraprestación determinada que se perfecciona en su salario; sin embargo, los grados de responsabilidad y de autoridad que ostentan ciertos servidores públicos de mayor jerarquía, originan que se acuñen términos como el de *encargo o empleo* que conlleva la idea de cierto grado de *autoridad y responsabilidad...*”¹⁰³

Es decir, respecto del vocablo “**empleo**”, debe entenderse como cargo, ocupación, función, trabajo, de una persona, en este caso, el servidor público debe de ostentar ese trabajo, función con un conjunto de atribuciones y facultades, en el momento de la exteriorización o realización del delito en mención.

CARGO: de acuerdo al Diccionario Porrúa de la lengua española establece que “*es la dignidad, empleo u oficio. Obligación de hacer o cumplir alguna cosa*”¹⁰⁴

Sergio Monserrit Ortiz Soltero, en su libro Responsabilidades Legales de los Servidores Públicos, haciendo referencia a Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, definen como cargo “*la función, oficio, empleo o dignidad, encargado es el servidor público que ostenta un cargo, el cargo público es de naturaleza temporal, ya sea discrecional o legal, en tanto que en el primer caso está sujeta o condicionada a la voluntad del superior jerárquico que designa a la persona encargada de determinada función o actividad, como es el caso de los secretarios de estado, mientras que la segunda depende de las disposiciones legales que limitan la temporalidad de dichas funciones o actividades como es el caso del Ejecutivo Federal, de los Senadores y de los Diputados o los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para quienes la Constitución Federal fija periodos con límites máximos para el desempeño de sus funciones, sin perjuicio de que la ley constitucional permita prorrogar el encargo como en los casos de los magistrados de circuito y los jueces de distrito nombrados y adscritos la judicatura federal. El encargo puede nacer de la voluntad popular como los servidores que*

¹⁰ ORTIZ SOTELO, Sergio Monserit, “Responsabilidades Legales de los Servidores Públicos”, Editorial Porrúa, Quinta Edición, México, Distrito Federal, 2011³, p.15.

¹⁰⁴ POUDEVIDA RALUY, Antonio “Diccionario de la Lengua Española”, Editorial Porrúa, Pagina 143, México, 2012.

son electos periódicamente o de la voluntad de otro servidor público de mayor jerarquía, pero invariablemente de los actos que realice como servidor público”¹⁰⁵

Es decir, la persona al momento de otorgarle un cargo, ya sea a nivel federal, estatal o municipal, toma la figura de servidor público, por tal razón, en el momento de que toma tal figura, así como también, en el momento de la materialización de la conducta delictiva, como la que está en estudio, establecida y tipificada en el artículo 214, fracción tercera, del código penal federal, denominada **“Ejercicio Indebido del Servicio Público”**

COMISIÓN: De acuerdo a Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, mencionado en el libro que se ha estado estudiando Responsabilidades Legales de los Servidores Públicos, de Sergio Monserrit Ortiz Soltero *“...es el encargo conferido a una persona por otra para que realice una o varias cosas o uno o varios servicios, de tal forma que el comisionado, en el sector público, es el servidor público que desempeña una comisión. La comisión es una especie del encargo y una derivación de la relación laboral que nace del empleo o del cargo, ya que no puede ser comisionada aquella persona que no tenga un nombramiento previamente, expedido por la autoridad competente. La comisión presenta la mismas características de temporalidad y responsabilidad, aunque la comisión no es originada, en ningún caso, por la voluntad popular, aun cuando el servidor público puede ser comisionado por la persona facultada o el órgano administrativo competente para ocupar un puesto de elección popular...”¹⁰⁶*

Como se ha descrito con anterioridad, la comisión, es el servidor público que se desempeña o realiza un encargo, la cual, dicha comisión es otorgada por persona facultada, ahora bien, en el ejercicio indebido del servicio público, exactamente en la fracción tercera, dicho servidor público (comisionado para la realización de algo), teniendo conocimiento por razón de su comisión, sabe que pueden resultar gravemente afectados los intereses de alguna dependencia o entidad de la Administración Pública Federal Centralizada, del Distrito Federal, Organismos Descentralizados, Empresa de Participación Estatal Mayoritaria, Asociaciones y Sociedades asimiladas a estas y Fideicomisos Públicos, del

¹⁰⁵ ORTIZ SOTELO, Sergio Monserrit, “Responsabilidades Legales de los Servidores Públicos”, Editorial Porrúa, Quinta Edición, México, Distrito Federal, 2011, p.15 y 16.

¹⁰⁶ Op.Cid Pagina16.

Congreso de la Unión o de los Poderes Judicial Federal o Judicial del Distrito Federal, por cualquier acto u omisión y no lo informen o lo evite si está dentro de sus facultades.

CONOCIMIENTO: de acuerdo al diccionario Porrúa de la lengua española establece que *“conocimiento es la acción y efecto de conocer, entendimiento, inteligencia, sentido, facultad de sentir o percibir, documento que identifica a una persona”*.¹⁰⁷

Es decir, el servidor público, **sabiendo**, que resultaran afectados los intereses de alguna de las dependencias que se mencionan en el artículo 214, fracción tercera del código penal federal, que se encuentra en estudio, no lo informe a su superior jerárquico o bien no lo evite, si están dentro de sus facultades hacerlo.

AFECTACIÓN: el diccionario Porrúa de la lengua española establece que *“la afectación es el cambio o alteración que sufre algo y pueda suponer algún daño o perjuicio”*¹⁰⁸

PATRIMONIO: Este elemento normativo, desde mi punto de vista es uno de los más importantes, ya que el servidor público daña el patrimonio del estado, en el momento de llevar a la práctica el ejercicio indebido del servicio público, fracción tercera, por lo que de acuerdo al diccionario de derecho penal de Francisco Pavón Vasconcelos establece que el patrimonio desde el punto de vista jurídico que es el que nos interesa establece que *“el patrimonio es el conjunto de relaciones económicamente validables” “la doctrina distingue entre los llamados derechos patrimoniales y los derechos personales: los primeros son económicamente valubles, en tanto los segundos no lo son directamente, de igual manera, los derechos patrimoniales son alienables y transmisibles, en tanto los personales son innatos alas personas, son inalienables e intransmisibles,”*

En ese orden de idas, el patrimonio del estado esta constituido por la universalidad de los derechos y acciones de que es titular. El patrimonio es el conjunto de bienes y derechos, recursos e inversiones, que como resultado de su actividad normal ha acumulado el Estado y posee a título de dueño, o propietario, para destinarlos o afectarlos en forma permanente, a la prestación directa o

¹⁰⁷ POUDEVIDA RALUY, Antonio “Diccionario de la Lengua Española”, Editorial Porrúa, Pagina 199, México, 2012.

¹⁰⁸ Óp. Cid. Página 58.

indirecta de los servicios públicos a su cuidado, o la realización de sus objetivos o finalidades de política, social o económica.

Ahora bien, de todos los elementos normativos antes descritos el sujeto activo, derivado de su empleo, cargo o comisión, sabiendo de que pueden afectar gravemente el patrimonio del estado, o los intereses para poder acreditarse este delito, es decir el servidor público debe de saber, que con su actuar se afectara el patrimonio del estado o bien algunos de los intereses del mismo.

3.- TERCER ELEMENTO DEL DELITO EN ESTUDIO

Acto u omisión y no lo informe por escrito a su superior jerárquico, o lo evite si está dentro de sus facultades.

De igual manera el conocimiento del acto u omisión del posible del daño debe de ser real y concreto, es decir, lo que el precepto legal establece, es que el sujeto activo **teniendo conocimiento**, no haga algo para poder evitar el posible daño a los bienes del estado, el tipo penal no establece que el servidor público por razón de su empleo, cargo o comisión, tenga conocimiento de una posible afectación al estado, lo que el tipo penal exige, es que el agente activo teniendo ese conocimiento del daño al estado no lo informe .

Respecto al deber de **EVITAR**, el acto o la omisión en lo que puede resultan gravemente afectados el patrimonio o los intereses del estado, dichas obligaciones de evitar esa afectación debe estar previstas y establecida dentro de las facultades del servidor público que le corresponda, es decir establecidas dentro de una ley, reglamento, manual o todo aquel que derive de una ley.

Son de destacarse la existencia de diversos elementos normativos, como son: “**acción**”, “**omisión**”, “**evitar**”, los que requieren de una valoración jurídica.

Respecto de los vocablos “**acto**”, u “**omisión**”, “**evitar**”, son de valoración, cultural y verbo rector del tipo penal, acorde a una interpretación doctrinal mayoritaria; el “acto u omisión” hacen alusión a la conducta o comportamiento humano de hacer o dejar de hacer; y por cuanto se refiere a la expresión “evitar”, a impedir o reprimir.

el tercer de los elementos que conforman el cuerpo del delito en estudio, se tiene que establecer y constatar la existencia de la **conducta o** comportamiento humano; es decir, aquélla acción u omisión socialmente relevante, de ocasionar o producir efectos de carácter jurídico, por lo tanto, de la transcripción del ilícito en cuestión, se tiene que atender al término “*evitar*”, pues es de éstos que nace la conducta ilícita del sujeto activo del delito, quien, con motivo de las funciones que desempeña como servidor público, conoce de actos u omisiones que sabe pueden poner en peligro el patrimonio o los intereses de la dependencia de la administración pública (sea centralizada, del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresa de participación estatal mayoritaria, asociaciones y sociedades asimiladas a éstas y fideicomisos públicos, del Congreso de la Unión o de los poderes Judicial Federal o Judicial del Distrito Federal) en la que labora, y no lo evita, aún y cuando el impedir éstos actos se encuentra dentro de sus facultades.

Ahora bien, considerando que el estudio del presente trabajo de investigación, es establecer si existe tentativa en el Ejercicio Indebido del Servicio Público, tipificado en el artículo 214 fracción tercera, del Código Penal Federal en su hipótesis de **evitar**, es necesario establecer un análisis respecto a lo que es la tentativa.

Por lo que se puede establecer que la tentativa del delito se entiende como el principio de ejecución del mismo por medio de actos externos que no llegan a ser los suficientes para que se realice el hecho, sin que haya habido desistimiento voluntario por parte del culpable. En el delito doloso no se pena sólo la conducta que llega a realizarse totalmente o que produce el resultado típico, sino que la ley prevé la punición de la conducta que no llega a satisfacer todos los elementos típicos, por quedarse en una etapa anterior de realización, lo anterior de conformidad con el artículo 12 del Código Penal Federal que indica:

Artículo 12.- Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

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

Así también es necesario volver a citar a Francisco Carrara, quien sostiene que la tentativa es *“...cualquier acto externo que por su naturaleza conduce enivocamente a un resultado criminoso, y que el agente dirige con explícita voluntad, en este resultado, pero al cual este no le sigue, ni tampoco la lesión de un derecho superior o equivalente al que quería volar...”*.¹⁰⁹

Del análisis de las definiciones anteriores, nos podemos dar cuenta que cuando estamos en presencia de una tentativa y cuando tenemos de ella simples apariencias, así pues, de las mismas definiciones se desprende que para que la tentativa existe se requiere de tres elementos importantes los cuales son los siguientes:

- d) La intención de cometer un delito determinado.
- e) Que haya principio de ejecución del delito, es decir que se hayan comenzado a ejecutarse los actos propiamente integradores del delito.
- f) Que la ejecución del delito quede interrumpida por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para que se pueda considerar como tentativa deben existir actos preparatorios o de manera contingente o adicional, es decir, aquellos que en relación a determinada intención del sujeto puedan tener característica de conocimiento de ejecución del delito, por lo tanto podemos afirmar que el primer elemento de la misma es la voluntad delictuosa, es decir, este requisito se obtiene a través de la argumentación jurídica. El sujeto no logra su propósito u objetivo al realizar un acto ilícito, pero este no puede ser más otro que la voluntad dirigida a cometer el delito.

El segundo elemento está constituido por la exteriorización de la voluntad de cometer un delito, esto es realizar los actos idóneos encaminados de manera errónea a la realización del acto ilícito, es decir, debe de ser idóneo capaz de

¹⁰⁹ CARRARA, Francisco. “Programa de Derecho Criminal”. Parte General Volumen I, Bogotá, Editorial Temis, 1988, página 246.

generar elementos y de estar objetivamente encaminado a este, dejando en claro la intención del agente de modo indudable.

Así pues para que pueda hablarse de tentativa, es necesario que el evento no se verifique y es precisamente este tercer elemento lo que distingue del delito consumado y el cual elevado.

Conviene aquí señalar que no todos los actos realizados por un sujeto tendiente a la comisión de un delito, son sancionados por el derecho penal como tentativa. En efecto, el propio artículo 12 del Código Penal Federal establece que únicamente los actos a sancionar serán aquellos actos “ejecutivos”, quedando excluidos por lo tanto, los actos preparatorios y las meras finalidades.

No sobra recordar el contenido de dicha disposición al afirmar que: “Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo”.

En este sentido, para comprender qué debe entenderse por actos ejecutivos, debemos atender a lo que ha sido denominado por la teoría del delito como: *iter criminis*. El *iter criminis* es el proceso llevado a cabo por un sujeto para la consumación del delito. Se encuentra conformado por una serie de etapas que van desde que el sujeto idea la comisión del delito, hasta que éste finalmente produce el resultado criminal deseado. Dichas etapas, se dividen en dos grandes rubros que son a saber: La fase interna, misma que se desarrolla en la mente del sujeto y no se manifiesta al exterior. Dentro de la fase interna, el delito se engendra en la conciencia del sujeto, quien se representa un objeto ilícito, delibera sobre la posibilidad de su logro, inervado por sus motivos, y resuelve, por fin realizarlo. El delito permanece hasta entonces en el claustro mental del sujeto: nada lo revela al exterior. En esta fase no hay incriminación posible, pues no hay acción criminosa, sobre la que sería imposible a la prueba del pensamiento delictuoso, el que no será tan peligroso si las solas inhibiciones del sujeto han bastado a refrenarlo; pues si no bastaren, entonces engendrarán la volición y ésta la acción, convirtiéndose sólo por medio de ésta en incriminable.

La etapa interna, también denominada subjetiva se integra con los siguientes momentos: ideación, deliberación y resolución. La ideación se constituye en la

representación mental a cargo del autor de cometer un delito en específico, su deseo de que ello ocurra.

La deliberación, se encuentra representada por el análisis que lleva a cabo el sujeto respecto de la posibilidad de lograr su objetivo, las consecuencias que ello implicaría así como la elaboración de un plan para ejecutarlo. Cuando en la mente surge el debate del pro y del contra de la idea criminal; cuando se hace un balance de la conveniencia o inconveniencia de la realización del delito. En la resolución, debe tenerse presente que a pesar de que el sujeto haya ideado y deliberado en torno al delito que desea realizar existe un momento en el cual debe decidirse si lo llevará a cabo, éste es el de resolución, en él decidirá si persiste o no en su idea. Si la decisión es afirmativa se pasará a la etapa externa u objetiva del *Iter criminis*. Hasta esta etapa no se ha incurrido en ningún delito, porque todo queda en la esfera del fuero interno del sujeto, y existe el principio de que el pensamiento no delinque “nadie puede ser penado por sus pensamientos”, el hombre no puede delinquir en cuanto es, sino en cuanto actúa, es decir, en cuanto se puede ser tomado en consideración para fines distintos de los represivos, los cuales lógicamente requieren la existencia de una acción externa. La fase subjetiva no tiene trascendencia penal, pues no habiéndose materializado la idea criminal en actos o palabras, no llega a lesionarse ningún interés jurídico protegido. El derecho regula relaciones entre personas y por ello, el pensamiento no delinque.

La externa se encuentra constituida por los actos llevados a cabo por el sujeto para generar las condiciones objetivas necesarias a fin de cometer el delito que persigue y la consecución del resultado. Esta última etapa, a diferencia de la interna si puede ser perseguida objetivamente. La fase externa implica la exteriorización de la voluntad, es decir cuando el acto deja de plantearse como un simple acto del pensamiento, aun sin manifestación exterior, para traducirse en el futuro a través de actos que tienen su realización en la realidad social. La fase externa a su vez se divide en actos preparativos, ejecutivos y consumados.

Los actos preparativos son los que realiza el autor tratando de conseguir los medios para realizar el delito así como verificar las condiciones en que este deberá llevarse a cabo y ubicarse ante la posibilidad de realizarlo.

Los actos ejecutivos por su parte, son aquellos que lleva a cabo el sujeto directamente encaminados para producir el resultado.

Por último los actos consumados o de consumación denotan el momento particular en que el sujeto concreta el delito.

Al lograrse la consumación del delito, evidentemente termina la posibilidad de que exista la tentativa, motivo por el cual deberán aplicarse en ese caso las reglas existentes tratándose de delitos consumados.

Conforme lo dispone el artículo 12 del Código Penal Federal, la tentativa se presenta cuando se han realizado los actos ejecutivos que deberían producir el resultado pero que no se consuman por causas ajenas a la voluntad del agente.

De esto, se afirma, que no todas las etapas del *iter criminis* son sancionadas en nuestra legislación penal federal, sino que únicamente los actos ejecutivos, estos, los actos ejecutivos, pueden ser conocidos a través de los sentidos y presentan también un elemento subjetivo consistente en la voluntad del sujeto para producir el resultado. Es por ello que la jurisprudencia ha sostenido que la tentativa se integra con los siguientes elementos: el subjetivo consistente en la voluntad del sujeto de producir el resultado, el objetivo representado por los actos ejecutivos tendientes a la realización del delito y un elemento negativo representado por la no producción del resultado debido a causas ajenas a la voluntad del agente.

De acuerdo Marco Antonio Díaz de León, en su Código Penal Federal comentado establece que el Ejercicio Indebido del Servicio Público, en su fracción tercera que es la que interesa, *“...la conducta típica consiste en no informar por escrito a su superior jerárquico o **en no evitar**, si ello está dentro de sus facultades, que resulte gravemente afectado el patrimonio o los intereses de alguna dependencia o entidad de la administración pública del gobierno del distrito federal. No informar por escrito es una omisión del agente consistente en no dar aviso, en no comunicar en dicha forma el conocimiento federal o del poder judicial del distrito federal; es claro que si el agente recibe la noticia extemporánea, es decir, ya ocurrida la afectación que nos ocupa, no será típica su conducta omisiva de no dar el informe al indicado. **La acción omisiva de no evitar la mencionada afectación patrimonial o de intereses si está dentro de sus facultades, significa no impedir con medios idóneos que produzcan las consecuencias de menoscabo patrimonial o de intereses mencionados, lo cual requiere, primero, que el agente haya tenido a su vez conocimiento previo anticipado***

a dicha afectación y segundo que dentro de sus atribuciones inherentes al empleo, cargo o comisión que desempeñe, se encuentre la de realizar actividades tendientes a la impediación referida. El elemento subjetivo teniendo conocimiento por razón de su empleo, cargo o comisión, alude a que la noticia relativa habrá de poseerla el agente con motivo precisamente de las actividades que desempeñe en el empleo, cargo o comisión, pues, de no ser así, no se acreditaría este elemento y por tanto habría delito; por tanto, si un trabajador al servicio del estado o un funcionario público se entera por razones diversas a su empleo, cargo o comisión, ósea de manera personal y privada de tal situación, no tendría el deber de informar por escrito sobre ello. El elemento normativo de que pueden resultar gravemente afectados el patrimonio o los intereses de alguna dependencia o entidad de la administración pública federal centralizada, del distrito federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, asociaciones y sociedades asimiladas a estas y fideicomisos públicos, del congreso de la unión de los poderes judicial federal o judicial del distrito federal, determina los entes o dependencias de la administración pública que pueden ser gravemente afectados, no pudiendo ser otros sobre los que deba informar por escrito el agente, y demás que la afectación que pudiera resultar sobre aquello debe ser grave, lo excluye, en consecuencia y por oposición, lo que no es grave, lo que no sea de verdadera relevancia, de mucha importancia o grandeza. Por último, tal elemento normativo indica que el conocimiento que nos ocupa abarca no solo la dependencia o la entidad de la administración pública donde preste sus servicios el servidor público o funcionario, sino, comprende todas y cada una de las mencionadas en el propio tipo. Se comprende que esta tipificación convierta de cierta manera los servidores públicos en una especie de guardianes que deben cooperar, en la preservación de las dependencias del gobierno mencionadas, pues, si la falta de cooperación no es la justificable en ningún ciudadano mexicano, menos aún sería justificable en quienes precisamente prestan el servicio a los órganos de gobierno del estado...¹¹⁰

Continúa diciendo "...el tipo establece diversos resultados en cuanto en su consumación, pudiendo ser formal o material según la conducta desplazada, aunque, en todos los casos, se trata de un resultado instantáneo en términos de

¹¹⁰ Díaz de León, MARCO ANTONIO, "Código Penal Federal Comentado", Editorial Porrúa, Páginas 1061,1062, México, 2003

*la fracción I del artículo 7º, de este código punitivo. Así, son resultados formales los que se consuman en el momento mismo de realizar la conducta de ejercer funciones de un empleo, cargo o comisión, sin haber tomado posesión legítima o sin satisfacer todos los requisitos legales, o continuar ejerciendo su nombramiento, no informar por escrito teniendo conocimiento de que pueden resultar gravemente afectados los bienes de la administración pública del estado **o bien lo evite si está dentro de sus posibilidades**, dado, en estos **no se requiere de ninguna otra consecuencia material**. En cambio en tratándose de las conductas de sustraer, destruir, ocultar o inutilizar ilícitamente información o documentación los resultados se consuman al momento en que físicamente se destruyan, oculten o inutilicen, por lo cual aquí **se requiere de resultados materiales** que serían los ya descritos, siendo en estos últimos supuesto donde cabría la **tentativa** cuando el resultado no se obtenga por causas ajenas a la voluntad del agente...¹¹¹*

Es decir, según Marco Antonio Díaz de León, el Delito de Ejercicio Indebido del Servicio Público, en su fracción tercera, en la hipótesis de evitar, el sujeto que lleve a cabo la acción omisiva de evitar, para que se pueda acreditar tal precepto, es necesario que el servidor público tenga el conocimiento de la afectación al estado y que con motivo de su empleo, cargo o comisión, y derivado de sus atribuciones y facultades, no haga nada por evitarlo, por lo que, esa obligación de evitar, este plasmada en sus atribuciones y facultades, así también, Díaz de León, establece que no se necesita un resultado material, (es decir la alteración como consecuencia de la actividad o inactividad humana en el mundo externo, atiende a la **transformación que en el mundo material se produce como consecuencia** de la conducta del hombre, recogida por la ley incorporándola al tipo), y como no se necesita esa consecuencia material, no cabría la tentativa, pero donde si cabría esa figura de la tentativa es donde si existe ese resultado material, para él, la fracción tercera no se requiere de ninguna consecuencia material, por lo tanto no puede existir la tentativa.

Ahora bien, respecto a la opinión de Alberto Herrera Pérez, plasmado en su libro de Delitos Cometidos por Servidores Públicos referente a la fracción tercera, del

¹¹¹ Óp. Cid. Página 1063, 1064.

precepto legal en estudio, que es el que interesa, menciona que “...el sujeto activo se sitúa en el supuesto de hecho cuando por razón de su empleo, cargo o comisión, y teniendo conocimiento que pueden resultar gravemente afectados por cualquier acto u omisión el patrimonio o los intereses de alguna dependencia o entidad no lo informa por escrito a su superior jerárquico o evita si está dentro de sus facultades. El conocimiento del activo de la posible afectación del patrimonio o el interés de alguna dependencia o entidad, debe provenir necesariamente del ámbito de sus facultades o atribuciones relacionadas con el ejercicio de la función que tiene encomendada, si el conocimiento proviene de manera privada (con el carácter de particular), con total independencia del ejercicio de su empleo, cargo o comisión no tendrá la imposición legal de informar en razón a que la obligación impuesta por la norma es directamente hacia el servidor público, que con tal carácter, tiene conocimiento del hecho dañoso, para tener integración del tipo que se estudia no necesita configurarse un real o concreto en el patrimonio o interés de la dependencia o entidad, basta la posibilidad que puedan resultar gravemente afectados los mismos. De igual manera de igual manera este conocimiento del acto y omisión posiblemente dañoso debe ser real y concreto, sin que sea válido considerar que el activo por razón de su empleo, cargo o comisión, estaba obligado o debió tener conocimiento de tal conducta. Lo que el tipo requiere es que el agente, teniendo conocimiento, no haga algo para evitar el posible daño a los bienes del estado, el tipo no exige que para su integración que el servidor público por razón de su cargo, empleo, o comisión debe tener conocimiento de la conducta dañosa, lo exigido es que teniendo conocimiento del posible hecho dañoso no lo informe o lo evite. En conclusión, no es lo mismo tener el deber de conocer el hecho futuro concreto, que tener el conocimiento hecho presente concreto, y en esta fracción no queda duda lo reprochable es el conocimiento y no información de la posible afectación patrimonial o de los intereses de la administración pública. La conducta lesiva para el patrimonio o intereses de la administración pública debe llevarse a cabo por un tercero, pues si la acción u omisión posiblemente dañosa es desplegada por el propio activo no existe obligación legal de informar a su superior jerárquico o evitarlo, si en todo caso es él quien provoca ese estado de peligro. El informe por escrito dirigido por el servidor público a su superior jerárquico debe ser directo, concreto y anterior o concomitante a la conducta que

pueda resultar dañosa para el patrimonio o intereses de alguna dependencia o entidad, si es posterior se configura el tipo en estudio solo en aquellos casos en el que el activo habiendo tenido conocimiento de la posibilidad de la verificación del daño mismo no alerta por escrito a su superior jerárquico o no lo evito si su perímetro competencial se lo exigía. Por otra parte si el agente tiene conocimiento del acto y omisión de manera extemporánea, es decir, ya ocurrida la afectación no será típica su conducta omisiva....” “...respecto de la segunda hipótesis referida al deber de evitar el acto u omisión por el que pueden resultar gravemente afectados el patrimonio o los intereses de algún órgano de gobierno, dicha obligación debe encontrarse contenida dentro de las facultades del agente que como servidor público le correspondan; en tal virtud, para efecto de estimar típica la conducta deben tomarse en consideración las circunstancias del acto u omisión dañoso y si el activo, en razón a una obligación inherente a sus facultades (derivadas en una ley, reglamento, manual etcétera), estaba en posibilidad real de evitar el mismo.”, “respecto la tentativa, en la fracción III, es posible la configuración de la tentativa”¹¹²

En este sentido, lo que establece Alberto Herrera Pérez, es que exista una tercera persona que tenga el conocimiento de la afectación al patrimonio o los intereses del estado, el cual deberá tener las facultades y atribuciones para hacerlo de acuerdo a su empleo, cargo o comisión, y que ese conocimiento sea dentro de su área laboral, ya que si se entera de una forma personal, no podrá aplicarse la obligación de informarlo por escrito o evitarlo, esa obligación la tendrá la tercera persona, ya el sujeto activo no tendrá la obligación de informarle o en este caso evitarlo, lo importante para él, es que no lo evite si está dentro de sus facultades, y que verdaderamente hubiera podido hacer algo para poder evitar ese daño, referente a la tentativa, este autor, considera que si podría darse esta figura, no realiza un análisis completo sobre si existe o no la tentativa, solo establece que es posible que se pueda configurar.

Por otro lado, el Doctor Eduardo López Betancourt, ideas plasmadas en el libro delitos en particular, establece que el que “... dispone que comete este delito el

¹¹² HERRERA PÉREZ, Alberto, “Delitos Cometidos por Servidores Públicos”, Editorial Porrúa, Segunda Edición, Páginas 22, 23, 24, México, 2011.

*servidor público que teniendo conocimiento por razón de su empleo, cargo o comisión de que pueden resultar gravemente afectados el patrimonio o los intereses de alguna dependencia o entidad de la administración pública federal centralizada, del distrito federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, asociaciones y sociedades asimiladas a estas y fideicomisos públicos, del congreso de la unión o de los poderes judicial federal o judicial del distrito federal, por cualquier acto u omisión y no informe por escrito a su superior jerárquico o lo evite si está dentro de sus facultades, esta hipótesis no es a nuestro juicio, un ejercicio indebido de servicio público, más bien, se presenta ante nosotros como una actuación indebida de sus obligaciones; de este modo, estaría mejor en el capítulo de uso indebido de atribuciones y facultades, (capítulo V, artículo 217 del Código Penal Federal), se trata en este caso de un servidor público que no informe por escrito a su superior jerárquico, o evite dentro de sus facultades, un hecho por el cual puedan resultar seriamente dañados el patrimonio o los intereses de la administración pública. La sanción en este supuesto debe ser ejemplar, pues el daño puede ser también sumamente grave en perjuicio de la sociedad; verbigracia, un servidor público que no avisa del eminente rompimiento de la pared de una presa, cercana a un poblado; la sanción en este caso resulta ridícula y poco retributiva al daño causado, independientemente de otros mecanismos de sanción, lo cual refuerza nuestra censura general a estos ilícitos tanto casuísticos como inoperantes...”, continúa el doctor Eduardo López Betancourt, en su análisis del artículo 214, respecto a la tentativa que existen tres fases de la tentativa, “... **A) fase interna**, se realiza en la mente del delincuente, este concibe la idea de perpetrar el delito, delibera y finalmente decide ejecutarlo. Esta etapa no es sancionada; **B) fase externa**, en esta fase el delincuente transmite a los demás su idea de ejercer indebidamente el servicio público, exterioriza su pensamiento, prepara los actos necesarios para efectuar la conducta ilícita y por último la realiza; y **C) ejecución**, se consuma la conducta delictiva en el momento en que el agente ejerce funciones de un empleo, cargo o comisión, sin haber tomado posesión legítima, o sin satisfacer todos los requisitos legales, **la tentativa**, se presenta tanto la tentativa acabada como la inacabada, la tentativa acabada, se presenta cuando el agente no obstante realizar todos los actos necesarios para la consumación del delito, por una circunstancia ajena a él, no se cumple el fin del mismo. Verbigracia cuando*

*momentos antes de ejercer la función pública, se da cuenta un superior de su situación e impide que este ejerza, y tentativa inacabada, se presenta cuando el agente omite la realización de algún acto necesario para la configuración del delito...*¹¹³

El pequeño análisis que realiza el Doctor López Betancourt, establece que el Ejercicio Indebido del Servicio Público, debe ser considerado como una falta a sus obligaciones del servidor público, al no informar a su superior jerárquico o bien evitarlo si está dentro de su esfera de competencia, respecto a la figura de la tentativa, el mismo doctor López Betancourt, realiza un análisis del ITER CRIMINIS como tal, el cual explica que se encuentra integrado por la fase interna, la fase externa hasta la ejecución del acto delictivo, por tal razón, no establece desde su punto de vista si cabría la tentativa en el ejercicio indebido del servicio público, y concretamente en la fracción tercera en estudio.

Ahora, sabiendo que una de las clasificaciones de los delitos, y una de ellas son los delitos de comisión por omisión o también llamados delitos de omisión impropia, y el tipo penal en estudio, es un delito de comisión por omisión, es decir, la producción de un resultado, la no evitación del resultado estando obligado el sujeto activo a ello. No debemos olvidar que la omisión impropia no interesa si el sujeto activo ha causado naturalistamente el resultado material exigido en el tipo, si no que ha dejado que se produzca, pudiendo evitarlo y teniendo el deber de hacerlo por mandato legal.

Ahora bien, de acuerdo a Francisco Pavón Vasconcelos, de su libro “breve ensayo sobre la tentativa”, y teniendo conocimiento que el delito en estudio, específicamente en la fracción tercera, es un delito de **comisión por omisión**, Pavón Vasconcelos establece que *“...la esencia de la omisión impropia o comisión por omisión se encuentra en la **inactividad voluntaria que al infringir un mandato de hacer acarrea la violación de una norma prohibitiva o mandato de abstenerse, produciendo un resultado, tanto típico o jurídico como material, a diferencia de la omisión simple, la comisión por omisión***

¹¹³ López Betancourt, EDUARDO, “Delitos en particular”, Editorial Porrúa, Tomo II, Décima Edición, México, 2011.

*produce siempre una mutación en el mundo físico exterior al agente; de ahí que CUELLO CALON reduzca su noción a la producción de un cambio, en el mundo externo, mediante la omisión de algo que el derecho ordenaba hacer. PORTE PETIT sintetiza el concepto de su forma de conducta en los siguientes términos: existe un delito de comisión por omisión, cuando se produce un resultado típico y material, por un no hacer voluntario o culposo (delitos de olvido), violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva...”, “...destacase, de las definiciones anteriores la caracterización de la omisión impropia por la producción de un resultado material, de acuerdo a la exigencia del tipo particular, al cual se llega a través de la violación del deber jurídico de obrar (norma preceptiva), equivalente a la realización de una conducta emisiva. El carácter relevante del resultado lo distingue de la omisión simple, pues mientras en esta sancionase la inactividad, en aquella es punible el hecho prohibido, como evento al que arriba a través de la omisión. **Normalmente el delito de comisión por omisión acepta la tentativa por cuanto puede establecerse una separación temporal entre la omisión y el resultado, máxime cuando, para llegar a este, requiérase la repetición del acto omisivo, el fenómeno de la tentativa, cuando por la estructura del tipo, existe contemporaneidad entre la omisión y la producción del evento en los delitos de comisión por omisión, opina JIMENEZ HUARTA, el dispositivo de la tentativa puede entrar en juego, como se evidencia con solo pensar en la conducta de la madre que deja de amamantar al niño para que muera, igual criterios sustenta MEZGUER al afirmar que en los delitos impropios de omisión de omisión pueden darse la tentativa acabada y la inacabada. A idéntica conclusión llegan ANTOLISEI y BETHIOL...**¹¹⁴*

Así también, Gustavo Malo Camacho, establece “los delitos de omisión simple aquellos configurados en manera similar a los delitos quod único actu perficitur, en donde la consumación se alcanza a través de la realización de un solo acto que en el caso se presenta como acción negativa, no se observa posible la realización del delito en la forma de tentativa, donde se requiere, como indicado, forzosamente en una pluralidad de actos jurídicamente relevantes que puedan

¹¹⁴ Pavón Vasconcelos, FRANCISCO, “Breve Ensayo Sobre la Tentativa”, Editorial Porrúa, Sexta Edición Actualizada, México.

integrar a la fase externa del iter criminoso, por su parte, deberá aceptarse como factible la configuración de la tentativa en los delitos de omisión impropia, ya que la presencia de la conducta diversas de la exigida y esperada conforma un auténtico iter, cuya interrupción puede válidamente originar la tentativa de delito punible”¹¹⁵

Es decir, Gustavo malo Camacho, establece que si se puede dar la tentativa en el ejercicio indebido del servicio público, fracción tercera, en su hipótesis de evitar, ya como se ha mencionado, con anterioridad, es un delito de comisión por omisión.

Para ello me gustaría citar un ejemplo, el cual desde el punto de vista del suscrito es acreditable y aplicable la tentativa en el Ejercicio Indebido del Servicio Público, artículo 214, fracción tercera, del Código Penal Federal en su hipótesis de evitar.

EJEMPLO PRÁCTICO:

El veinticinco de abril de dos mil siete, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, fue emplazado a juicio identificado con el expediente **100/2007**, tramitado ante la Junta Especial Diez de la Federal de Conciliación y Arbitraje, seguido por **MARIA JÚAREZ JÚAREZ**, quien antes del despido se desempeñó como Subdirectora General de Prestaciones Económicas, Sociales y Culturales del propio Instituto, señalándose las nueve horas con treinta minutos del seis de junio del dos mil siete, para la celebración de la **AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, DEMANDA Y EXCEPCIONES, OFRECIMIENTO Y ADMISION DE PRUEBAS**, con el apercibimiento a las partes que de no comparecer el día y hora señalados se les tendría por inconformes con todo arreglo conciliatorio, por contestada la demanda en sentido afirmativo, y a las partes por perdido su derecho para ofrecer pruebas.

¹¹⁵ Malo Camacho, GUSTAVO, "La Tentativa del Delito", Primera Edición, 1971, UNAM, México, Distrito Federal.

Posteriormente, mediante oficio 500, del treinta de abril de dos mil siete, al licenciado **JUAN PÉREZ PÉREZ.**, jefe de Servicios de Asuntos, administrativos y Laborales del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, remitió copias de la demanda laboral por **MARIA JÚAREZ JÚAREZ** y del auto de radicación de fecha dieciséis de marzo de dos mil siete, para su atención al Licenciado **JOSE GARCIA GARCIA**, Jefe de la Unidad Jurídica de la Delegación Regional Zona Norte del mismo Instituto.

Dicha **AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, DEMANDA Y EXCEPCIONES, OFRECIMIENTO Y ADMISION DE PRUEBAS,** se llevaría a cabo el seis de junio de dos mil siete, por lo que no se podía faltar a la audiencia, ya que si el instituto no asistía a dicha audiencia, podría hacerse efectivo el apercibimiento decretado a la demandada y se daría por contestada en sentido afirmativo la demanda instaurada en contra del ISSSTE y podrían perder los derechos a las excepciones y defensas, así como la oportunidad de ofrecer pruebas y objetar las de su contraria , y por tal razón sufriría el instituto un detrimento a su patrimonio, por la cantidad aproximada de \$10'000,000.00 (DIEZ MILLONES SETECIENTOS DE PESOS M.N.), por reinstalaciones de la trabajadora, salarios caídos, horas extras, vacaciones, primas vacacionales, aguinaldo, transporte, más otros conceptos de pago.

Fue así como el Jefe de Servicios de Asuntos Administrativos y Laborales, Subdirección de lo Contencioso, de la Subdirección General Jurídica, remitió a la Delegación Regional Zona Norte del propio Instituto, mediante oficio número 500 del treinta de abril de dos mil siete, dirigido al licenciado **JOSE GARCIA GARCIA**, Jefe de la Unidad Jurídica de la Delegación Regional Zona Norte del Multicitado Instituto, la demanda laboral interpuesta por la C. **MARIA JÚAREZ JÚAREZ**, Subdirectora General de Prestaciones Económicas, Sociales y Culturales del

citado Instituto, y copia del auto de radicación de fecha dieciséis de marzo de dos mil siete, por lo que **el licenciado JOSE GARCIA GARCIA, Jefe de la Unidad Jurídica de la Delegación Regional Zona Norte del multicitado Instituto, en el ámbito de las atribuciones giro el oficio 510 del treinta de abril del dos mil siete a la licenciada DULCE GONZALEZ GONZÁLEZ, instruyéndola a lo siguiente:**

*“...Anexo al presente, el expediente laboral número 0292/07 derivado la demanda interpuesta por el **MARIA JÚAREZ JÚAREZ** radicado ante la Junta Especial número DIEZ de la Federal de Conciliación y Arbitraje; **a fin de que sea Usted quien tenga la obligación y responsabilidad de atender el asunto hasta su buen término.***

Lo anterior implica que a partir de este día, Usted será responsable de realizar todos los trámites concernientes a la atención de dicho juicio, tales como:

- a) Elaboración de escrito de Contestación y Ofrecimiento de pruebas;*
- b) Registrar en la Agenda de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje las fechas de las audiencias que la Autoridad laboral señale;*
- c) Elaborar los oficios respectivos para solicitud de documentos en un término máximo de 3 días hábiles, después de celebrada la última audiencia. y/o el día que le sea entregada la demanda;*
- d) Tener debidamente foliados y cancelados el expediente de referencia, que ha quedado a partir de la fecha bajo su responsabilidad y resguardo;*
- e) Las actuaciones que realice respecto de este expediente, que impliquen acuerdos verbales con diverso personal de las Juntas o con los apoderados de la actora y/o los datos que considere de importancia, deberán constar por escrito y estar debidamente integrados al expediente;*

- f) *Mantener el buen cuidado físico de los expedientes;*
- g) *Derivado del punto anterior, no es ocioso manifestar que los expedientes personales e información en original que sean enviadas por las áreas correspondientes, quedan también bajo su resguardo y custodia; lo que significa, así como en el inciso c), que será responsabilidad suya que el expediente, una vez que se haya celebrado la audiencia, se encuentre en lugar seguro en esta Unidad, no quedando a su elección el sitio de referencia, toda vez que, sin excepción, los expedientes deberán ser guardados en el archivo laboral y registrar tanto la entrada como la salida del mismo;*
- h) *Mantener comunicación constante con los centros de trabajo a fin de estar debidamente de la situación real del actor antes y después de interpuesta la demanda.*

No omito manifestar que el día 06 de JUNIO de 2007 a las horas 10:00 se celebrara la Audiencia de Conciliación, Demanda, Excepciones, Ofrecimiento y Admisión de Pruebas.

Tal razón, con la intención de afectar los intereses y el patrimonio del estado, en este caso del instituto, la licenciada en derecho DULCE GONZÁLEZ GONZÁLEZ, no se presenta a laborar sin justificación alguna, y aún más sin avisar que ese día se llevaría a cabo dicha audiencia de Conciliación, Demanda, Excepciones, Ofrecimiento y Admisión de Pruebas, y para fortuna del ISSSTE, ese día al presentarse a laborar el licenciado en derecho JAIME TORRES TORRES, quien es apoderado legal del multicitado instituto, y al percatarse que no había acudido a laborar la licenciada DULCE GONZÁLEZ GONZÁLEZ, y al verificar en la agenda de dicha licenciada, se percata que si tenía audiencia pendiente de desahogar ese día en el junta federal,

acudiendo en tiempo y forma, sin contratiempos a comparecer como parte demandada.

En el anterior ejemplo, la licenciada DULCE GONZÁLEZ GONZÁLEZ, con la intención de no acudir a dicha audiencia, y aun mas, con la intención y teniendo conocimiento que al no acudir ni avisar sobre la audiencia de Conciliación, Demanda, Excepciones, Ofrecimiento y Admisión de Pruebas, el instituto sufriría a un detrimento en su patrimonio, (aproximadamente \$10'000,000.00 DIEZ MILLONES DE PESOS M.N., por reinstalación de la trabajadora, salarios caídos, horas extras, vacaciones, primas vacacionales, aguinaldo, transporte, más otros conceptos de pago que exigía la parte actora), y que afortunadamente el licenciado JAIME TORRES TORRES, Apoderado Legal del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, pudo evitar ese detrimento, acudiendo a la multicitada audiencia

Por lo que estamos presentes en una clara tentativa, ya que como lo dispone el artículo 12 del Código Penal Federal, la tentativa se presenta cuando se han realizado los actos ejecutivos que deberían producir el resultado pero que no se consuman por causas ajenas a la voluntad del agente, ya que la licenciada DULCE GONZÁLEZ GONZÁLEZ, tenía la intención de no acudir, mucho menos avisar sobre la audiencia, a efecto de que el instituto sufriera un patrimonial, pero por causas ajenas a su voluntad, no se logra con su objetivo, ya que el licenciado JAIME TORRES TORRES, Apoderado Legal del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, pudo evitar la afectación a los interés así como un detrimento patrimonial, enterándose y acudiendo a la audiencia, ya que pudo presentar en tiempo y forma su derecho a las excepciones y defensas, así como la oportunidad de ofrecer pruebas y objetar las de su contraria.

Ya que para que exista tentativa es muy claro, venden existir tres elementos básicos, lo cuales se encuadran perfectamente en el citado ejemplo, como lo son: La intencion de cometer un delito determinado, Que haya principio de ejecucion del delito, es decir que se hayan comenzado a ejecutarse los actos propiamente integradores del delito, asi como, que la ejecucion del delito quede interrumpida por causas ajenas ala voluntad del agente, por lo que la licenciada DULCE GONZÁLEZ GONZÁLEZ, tenia la intencion de cometer dicha conducta, existe un

principio de ejecución del delito, al no presentarse a laborar sin avisar ni justificar dicho incumplimiento, así como existe una interrupción en la ejecución del delito, ya que al no presentarse a laborar sin avisar ni justificar, sabía que no acudiría a la audiencia, y al acudir el licenciado JAIME TORRES TORRES, Apoderado Legal del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado por lo que el instituto sufriría una afectación de índole patrimonial.

Por lo que desde el punto de vista del suscrito, si puede existir tentativa en el Ejercicio indebido del Servicio Público, Fracción tercera, en su hipótesis de **evitar**, ya que la persona que se encuentre en el supuesto, de poder evitar si está dentro de sus facultades.

Ahora bien, como se mencionó con anterioridad, el delito de ejercicio indebido del servicio público, exactamente en la fracción tercera, es un delito de comisión por omisión, ya que es la inactividad que realiza un servidor público en ejercicio de sus funciones o atribuciones, dicha inactividad al llevarla a la práctica, está infringiendo un mandato de hacer, como lo establece Pavón Vasconcelos, lo que provocara una violación a una norma o una ley, teniendo un resultado típico o jurídico, como lo es el ejercicio indebido del servicio público, y en su fracción multicitada, la cual establece que el servidor público teniendo conocimiento por su cargo, empleo o comisión de que resultaren afectados los interés o el patrimonio de diversas dependencias de la administración pública, no lo informe por escrito o lo evite si está dentro de sus facultades, es decir, el servidor público al no evitar ese daño a los interés o patrimonio, estará en presencia de un delito de comisión por omisión, ya que está establecido en el tipo penal que deberá informarlo a su superior jerárquico o evitarlo, y al no llevar a la práctica el precepto está infringiendo el tipo penal.

Por lo que todos los autores descritos con anterioridad, coinciden en que el servidor público debe tener conocimiento de la afectación al estado, dicho conocimiento, deberá ser durante su etapa laboral, ya que si ese conocimiento de esa afectación, llega de manera particular, (fuera de la laboral), este no tendrá la obligación de informarlo y por ende evitarlo, pero para poder evitar ese daño, deberá estar establecido en sus atribuciones o facultades, que como todo servidor

público de la administración pública federal tiene, si ese servidor público, entre sus facultades se encuentra evitar ese daño al estado, y no lo hace, este podrá encuadrarse al tipo en mención. Como se estableció con anterioridad, y como lo establecen algunos autores, el ejercicio indebido del servicio público, específicamente en la fracción tercera, es considerado como un delito accesorio, es decir, el sujeto activo del delito no estará obligado a evitar el daño o afectación al estado, pero el que si estará obligado hacerlo, será la tercera persona.

Respecto de la tentativa, que es el punto medular de la presente investigación, algunos autores coinciden en que no puede existir dicha figura, por ser un delito de comisión por omisión, pero otros estudiosos del derecho estiman que si puede configurarse, desde el punto de vista del suscrito, si se puede configurar la tentativa, desde luego con las dificultades establecidas para poder acreditarla, sabiendo que la tentativa, es la no realización de la conducta delictiva por causas ajenas al agente, teniendo por supuesto una relación con el iter criminis, el cual se presenta en su fase interna, que es cuando el sujeto idea la pretensión de realizar un acto delictivo, para posteriormente, pasar a la fase externa, la cual es cuando ya prepara el acto y lo exterioriza, y es cuando por razones, externas no se cumple con el cometido, respecto el ejercicio indebido del servicio público, en la hipótesis de evitar el daño al estado, se puede configurar desde el punto de vista del suscrito, ya que el servidor público se entera que si no actúa conforme a derecho, podrá salir severamente perjudicado los intereses de alguna dependencia de las que se describen en el tipo, ya que el sujeto activo del delito, al enterarse que el estado sufrirá ese daño a sus interés o al estado, y teniendo la obligación de evitarlo no hace nada por impedirlo, o bien realiza actos a medias, pero no evitándolo completamente, como debería ser, como lo mencione con anterioridad, es difícil acreditar la tentativa en el ejercicio indebido del servicio público, fracción tercera, en la hipótesis de evitar, pero se puede presentar la tentativa.

PROPUESTA

La propuesta que se pone a consideración tiene objetivo primordial desarrollar el contenido del artículo 214, fracción tercera, que a la letra dice:

Artículo 214.- Comete el delito de Ejercicio Indebido de Servicio Público, el servidor público que:

III.- Teniendo conocimiento por razón de su empleo, cargo o comisión de que pueden resultar gravemente afectados el patrimonio o los intereses de alguna dependencia o entidad de la administración pública federal centralizada, del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresa de participación estatal mayoritaria, asociaciones y sociedades asimiladas a éstas y fideicomisos públicos, del Congreso de la Unión o de los poderes Judicial Federal o Judicial del Distrito Federal, por cualquier acto u omisión y no informe por escrito a su superior jerárquico o lo evite si está dentro de sus facultades.

En su hipótesis de evitar, relacionado con la tentativa.

Para ello, la presente propuesta es que los ciudadanos encargados de legislar las leyes en nuestro país, establezcan o reconozcan la tentativa en el ejercicio indebido del servidor público, cuando estén obligados a evitar un resultado ilícito, que dañe al patrimonio o los intereses del estado, por tal razón, sería necesario tipificar el ejercicio indebido del servicio público, en su fracción tercera en su hipótesis de evitar en grado de tentativa, estableciendo los elementos necesarios para la adecuación correcta, en donde los procuradores de justicia, así como, de los administradores de justicia en nuestro país, puedan sancionar de manera clara y adecuada el no evitar un daño al patrimonio o los intereses del estado, aunado a la eminente aplicación del nuevo sistema penal acusatorio, y a la transformación de la procuración de justicia en nuestro país, como es el caso de la nueva Fiscalía General de la República el cual implica que es un órgano con las características de inmediatez, pues está configurado directamente en la Constitución; esencialidad, ya que es necesario para que el Estado cumpla adecuadamente con sus funciones; influencia en la dirección política del Estado, considerando que

tiene injerencia en sus decisiones sustantivas; paridad de rango, puesto que no está subordinado orgánicamente a ninguna de las ramas tradicionales mediante las cuales se ejerce el poder del Estado (Ejecutivo, Legislativo o Judicial) ni a ningún otro órgano constitucional autónomo; autonomía, dado que tiene Independencia Orgánica, Funcional y Presupuestaria.

Por lo cual es necesario que se legisle en este tema tan primordial, a efecto que se disminuya de una manera clara el índice de delitos en nuestro país.

CONCLUSIONES

1.- La tentativa en los Romanos, pasando por Alemania, Francia, España, hasta conocer un poco de la tentativa en México, estableciéndose que en roma nunca tuvieron el concepto de tentativa, muchos menos conocieron esta figura, aunque con el imperio se llegó a transformar la idea que se tenía en un principio los romanos acerca del delito consumado y del delito inacabado, aunque como se dijo con anterioridad, no llegaron a comprender esta figura como un delito individual, en Alemania, los alemanes tienen gran mérito en el descubrimiento, por así llamarlo de la figura de la tentativa, puesto que dieron todos los elementos técnicos jurídicos, para que esta figura fuera tanto vigente como positiva, ya que lo único que les faltó fue darle un nombre, pero fue en el país francés con el código llamado de la carolina de 1532, en donde se plasmó por primera vez a la figura de la tentativa dándole una definición como figura autónoma, el Código Napoleónico consagró la fórmula del comienzo de la ejecución, de aquí parte la influencia de España en el código de 1822, que siguió de cerca tanto al código napoleónico como el espíritu de las partidas y posteriormente al código penal de 1848, y de 1870, respecto de los cuales tienen una influencia muy grande en el código josefino, en España el primer código que habla de tentativa fue el código de 1822, el cual encuadra a la tentativa bajo un criterio subjetivista en tanto que expresaba que tentativa, es la manifestación del designio de delinquir, hecha por medio de algún acto exterior, que de principio a la ejecución del delito o lo prepare la punición de la tentativa era una cuarta parte menos respecto del delito consumado, posteriormente, surgió en 1848, otro código penal que llegó a sustituir el de 1822. En este ordenamiento divide el delito frustrado del delito consumado y la tentativa nos da una definición de cada uno de estos y para llegar al análisis de la tentativa en nuestro país, estableciéndose que en México hasta la constitución de 1857, no existieron bases fundamentales sobre las cuales edificar o establecer el derecho penal mexicano, caracterizando hasta entonces el régimen represivo por una verdadera anarquía en cuanto a las disposiciones dictadas se referían al procedimiento y la jurisdicción para activar el proceso y hacer más efectivas las penas ante el creciente aumento de la criminalidad, para posteriormente se estima que en el Código de Martínez de Castro, aun cuando trató de evitar el principio expreso del inicio de ejecución, no logró dejar de utilizar

el concepto de biparticipación clásica de los actos que se observa en la base de su texto, la cual intentó variar el sistema para la delimitación de la tentativa punible bajo el criterio diverso de dirección del tiempo, Posteriormente en el año de 1931 entro en vigor el código penal que rigió en el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la Republica en materia del Fuero Federal, hasta el año de 1999, el cual tuvo en el libro I, Título primero, capítulo II, artículo 12, se refiere a la tentativa expresando existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían de producir el resultado u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquel no consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, encontrando dentro de su vigencia este código varias formas en casi todo su contenido, pero él lo referente al tipo de tentativa este no sufrió ningún cambio. Por lo que esta figura ha ido sufriendo cambios importantes en nuestro país, perfeccionándola hasta definir a la tentativa como hoy la conocemos en nuestro sistema penal mexicano.

2.- Del análisis de los diversos conceptos fundamentales que componen el tipo penal de Ejercicio Indebido del Servicio Público, fracción tercera, en su hipótesis de evitar, así como, de las diversas definiciones hechas por diversos estudiosos del derecho, estableciendo desde el concepto de **tentativa**, que es la realización de todos los actos a efecto de realizar una conducta ilícita y por causas ajenas a su voluntad no se logra su cometido, **servidor**, es aquella persona que realiza o presta un servicio determinado, **servidor público**, es aquel que tiene algún cargo, empleo o comisión al servicio del estado, **funcionario**, es aquella persona que cubre un puesto oficial en la administración pública y tiene el carácter de autoridad, **función pública**, es una actividad realizada para alguno de los servicios del estado, **ejercicio**, es llevar a la practica un oficio, arte o profesión, **indebido**, es todo aquello que no es debido, ilícito o legal, **servicio público**, es aquella que satisface una necesidad colectiva, regida por la admisnitracion publica, se llega a la conclusion que todos los conceptos descritos con anterioridad, son necesarios a efecto de que se tenga un mayor conocimiento y entender de la mejor manera cada uno de los elementos que componen la descripción del tipo penal, y al momento del estudio del precepto legal, no exista inconveniente por no conocer los conceptos fundamentales del articulo penal.

3.- La tentativa en algunas de las legislaciones de los Estados de la República Mexicana, comenzando con la legislación Federal, plasmado en el denominado Código Penal Federal, así como, en las legislaciones del Distrito Federal, Estado de México y el Estado de Querétaro, estableciéndose que no existe ninguna diferencia entre ellas, ya que establecen a la tentativa como la resolución de cometer un delito, se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, así también se estable algunas tesis o jurisprudencias las cuales hablan de la tentativa en México, por lo que no existe ninguna diferencia entre las legislaciones arriba mencionadas, ya que tienen un mismo concepto de tentativa.

4.- Del un análisis de cada uno de los conceptos de cada uno de este capítulo, estableciéndose que el iter criminis es el proceso llevado a cabo por un sujeto para la consumación del delito. Se encuentra conformado por una serie de etapas que van desde que el sujeto idea la comisión del delito, hasta que éste finalmente produce el resultado criminal deseado. Dichas etapas, se dividen en dos grandes rubros que son a saber: La fase interna, misma que se desarrolla en la mente del sujeto y no se manifiesta al exterior. Dentro de la fase interna, el delito se engendra en la conciencia del sujeto, quien se representa un objeto ilícito, delibera sobre la posibilidad de su logro, inervado por sus motivos, y resuelve, por fin realizarlo. El delito permanece hasta entonces en el claustro mental del sujeto: nada lo revela al exterior. En esta fase no hay incriminación posible, pues no hay acción criminosa, sobre la que sería imposible a la prueba del pensamiento delictuoso, el que no será tan peligroso si las solas inhibiciones del sujeto han bastado a refrenarlo; pues si no bastaren, entonces engendrarán la volición y ésta la acción, convirtiéndose sólo por medio de ésta en incriminable.

La etapa interna, también denominada subjetiva se integra con los siguientes momentos: ideación, deliberación y resolución.

Así también de la tentativa, que en términos generales podría establecerse como un acto externo que pretende ser criminoso, acompañado por unas condiciones materiales de una índole, que manifiestan sin duda estar dirigidos a un delito determinado, el cual no se consuma por causas ajenas a su voluntad del agente,

la cual está compuesta por, un elemento moral o subjetivo, consistente en la intención dirigida a cometer un delito, un elemento material u objetivo, que consiste en los actos realizados por el agente y que deben de ser de naturaleza ejecutiva, un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del agente.

La omisión la cual puede establecerse como la ausencia del movimiento corporal, esperado por la ley o que no evita la producción de un resultado material, la cual se divide en omisión simple que es la inactividad ante el deber de obrar legalmente establecido en la ley, que actualiza la hipótesis preceptiva y es sancionado, y la comisión por omisión, la cual es la no evitación de la producción de un resultado material delictiva, cuando se tiene la obligación de evitarlo y que viola la norma contenida en la ley, para terminar con los elementos del delito, los cuales están integrados por elementos positivos y elementos negativos.

5.- Es necesario establecer que el primer elemento del artículo en estudio es, que **el sujeto activo del delito, tenga la calidad de servidor público**, es decir, que el sujeto activo se desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, en el Congreso de la Unión, o en los Poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, o que manejen recursos económicos federales, siguiendo con el segundo elemento, consistente en **que por razón de su empleo, cargo o comisión, tenga conocimiento de que puedan resultar gravemente afectados el patrimonio o los intereses de algunas de las instituciones que se especifican en dicho precepto**, en este punto, se realizó un pequeño análisis de los elementos normativos que compone a dicho segundo elemento, como lo son el empleo, cargo, comisión, conocimiento, afectación, patrimonio, dichos elementos normativos necesarios, para poder realizar el análisis correspondiente, prosiguiendo con el tercer elemento, **Acto u omisión y no lo informe por escrito a su superior jerárquico, o lo evite si está dentro de sus facultades**, se estableció que el sujeto activo teniendo conocimiento, no haga algo para poder evitar el posible daño a los bienes del estado, el tipo penal no establece que el servidor público por razón de su empleo, cargo o comisión, tenga conocimiento

de una posible afectación al estado, lo que el tipo penal exige, es que el agente activo teniendo ese conocimiento del daño al estado no lo informe .

Respecto al deber de evitar, el acto o la omisión en lo que puede resultar gravemente afectados el patrimonio o los intereses del estado, dichas obligaciones de evitar esa afectación debe estar previstas y establecida dentro de las facultades del servidor público que le corresponda, es decir establecidas dentro de una ley, reglamento, manual o todo aquel que derive de una ley.

6.- Así también, respecto de la tentativa en el Ejercicio Indebido del Servicio Público, concretamente en la fracción tercera, en su hipótesis de evitar, se llegó a la conclusión, si puede existir tentativa en el Ejercicio indebido del Servicio Público, Fracción tercera, en su hipótesis de evitar, ya que la persona que se encuentre en el supuesto, de poder evitar si está dentro de sus facultades, es decir, si se puede configurar la tentativa, desde luego con las dificultades establecidas para poder acreditarla, sabiendo que la tentativa, es la no realización de la conducta delictiva por causas ajenas al agente, teniendo por supuesto una relación con el iter criminis, el cual se presenta en su fase interna, que es cuando el sujeto idea la pretensión de realizar un acto delictivo, para posteriormente, pasar a la fase externa, la cual es cuando ya prepara el acto y lo exterioriza, y es cuando por razones, externas no se cumple con el cometido, respecto el ejercicio indebido del servicio público, en la hipótesis de evitar el daño al estado, se puede configurar desde el punto de vista del suscrito, ya que el servidor público se entera que si no actúa conforme a derecho, podrá salir severamente perjudicado los intereses de alguna dependencia de las que se describen en el tipo, por lo que es necesario que los integrantes del congreso de la unión, en nuestro país, legislen, respecto la tentativa, especificando de manera clara en la hipótesis de evitar, para que con ello, todas las instituciones dedicadas a la procuración de justicia, como de la administración de ella, tengan los elementos claros para poder sancionar el no evitar un daño patrimonial o no evitar un daño a los intereses del estado.

BIBLIOGRAFÍAS

- 1.- DÍAZ-ARANDA, Enrique, “Teoría Del Delito”, (Doctrina, Jurisprudencia y Casos Prácticos), Editorial Straf, México, 2006.
- 2.- DE PINA, Rafael y Rafael DE PINA VARA, “Diccionario de Derecho”, Editorial Porrúa, 20 edición, México 1994.
- 3.- CABANELLAS, Guillermo, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Editorial Helialista, 20 Edición.
- 4.- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, “Delitos en particular”, Editorial Porrúa, Tomo II, Décima Edición, México, 2011.
- 5.- FERNANDEZ RUÍZ, Jorge, “Derecho Administrativo”, Mc Graw-Unam, Primera Edición, México, 1997.
- 6.- PAVÓN VAZCONCELOS, Francisco, “Diccionario de Derecho Penal”, Editorial Porrúa, Cuarta Edición, México, 2010.
- 7.- BURGOA ORIHUELA, Ignacio. “Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo”, Editorial Porrúa, 4° Edición, México, 1993.
- 8.- JIMENEZ DE AZUA, Luis, “La ley y el Delito” 2da Edición, Editorial Hermes, 1954.
- 9.- CASTELLANOS, Fernando, “Lineamientos de Derecho Penal”, Editorial Porrúa, Quinta Edición, México, Distrito Federal, 1969.
- 10.- PALACIOS, Jose Ramón, “Tentativa el Mínimo de Ilícitud Penal”, México, Editorial Imprenta Universitaria, 1951.
- 11.- ZAFFARONI, Eugenio, “Tratado de Derecho Penal”, Tomo IV, México, Editorial Cárdenas, 1988.

12.- MALO CAMACHO, Gustavo. “Tentativa del Delito”, México, Editorial UNAM, 1971.

13.- PALACIOS, J. Ramón, “Tentativa el Mínimo de Ilicitud Penal”, México, Editorial Imprenta Universitaria, 1951.

14.- QUINTINO ZEPEDA, Rubén, “Dogmática Penal Para Principiantes”, Editorial Magister, México, 2006.

15. - MUÑOZ CONDE, Francisco, “Derecho Penal. Parte General”, Edición 4ta, Editorial Blanch.

16.- AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, “El Delito y la Responsabilidad Penal”, Editorial Porrúa, Quinta Edición, México, 2010.

17.- MIR PUING, Santiago, “Derecho Penal Parte General”, Séptima Edición, Edición BdeF, Montevideo, Buenos Aires, 2007.

18.- ORTÍZ SOLTERO, Sergio Monserrit, “Responsabilidades Legales de los Servidores Públicos”, Editorial Porrúa, Quinta Edición, México, Distrito Federal, 2011.

19.- DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, “Código Penal Federal Comentado”, Editorial Porrúa, México, 2003.

20.- HERRERA PÉREZ, Alberto, “Delitos Cometidos por Servidores Públicos”, Editorial Porrúa, Segunda Edición, México, 2011.

21.- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, “Breve Ensayo Sobre la Tentativa”, Editorial Porrúa, Sexta Edición Actualizada, México. 2011.

22.- CABALLERO, Ricardo Juan, “El Delito Imposible”, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1983.

23.- MAGGIORE, Giuseppe “Derecho Penal II”, Bogotá, Editorial Temis, 1954.

24.- PÉREZ KASPARIAN, Sara “Manuel de Derecho Penal” Editorial Porrúa México, Primera Edición, 200

25.- CARRARA, Francisco. “Programa de Derecho Criminal” Parte General Volumen I, Bogotá, Editorial Temis, 1988

26.- PALOMAR DE MIGUEL, Juan, “Diccionario Para Juristas”, Mayo Ediciones, Primera Edición México, 1981.

27.- ACOSTA ROMERO, Miguel, “Derecho Burocrático Mexicano”. Editorial Porrúa, México, 1995.

28.- POUDEVIDA RALUY, Antonio “Diccionario de la Lengua Española”, Editorial Porrúa.

LEGISLACIONES

1.- Código Penal Federal.

Cámara de Diputados. (2014). Código Penal Federal. 2014, de Cámara de Diputados Sitio web: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf.htm>

2.- Código Penal para el Distrito Federal.

Asamblea Legislativa del Distrito Federal. (2014). Código Penal para el Distrito Federal. 25-08-2014, de Asamblea Legislativa del Distrito Federal Sitio web: <http://www.aldf.gob.mx/codigos-107-4.html>

3.- Código Penal para el Estado de México

LEGISTEL-Consejería Jurídica. (2014). Código Penal para el Estado de México. 2014., de LEGISTEL-Consejería Jurídica Sitio web: <http://www.edomex.gob.mx/portal/page/portal/legistel/leyes/codigos-vigentes>

4.- Código Penal para el Estado de Querétaro.

LVII Legislatura del Querétaro. (2014). Código Penal Para el Estado de Querétaro. 2014, de LVII Legislatura del Querétaro Sitio web: <http://www.legislaturaqueretaro.gob.mx/repositorios.aspx?s=14&p=1>

5.- Jurisprudencia relacionada con la tentativa.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2014). jurisprudencia. 2014, de Suprema Corte de Justicia de la Nación Sitio web: <https://www.scjn.gob.mx/Paginas/Inicio.aspx>