

896
28j



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO PREVISTO
POR EL ARTICULO 408 DEL CODIGO PENAL
PARA EL D. F.

T E S I S

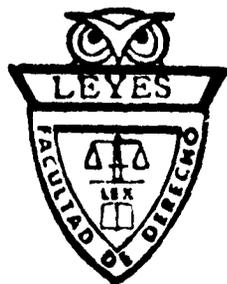
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A,

MARIO TORRES MARIN

FALLA DE ORIGEN



NOVIEMBRE 1995



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A Dios

pues aún cuando sabe que no soy digno de amparo, me ha permitido vivir colmado de amor, salud y logros.

Con profunda fe y agradecimiento.

A mi padre

que con respeto antepongo como mi amigo y de quien trato de aprender su decisión y entereza.

Con respeto y amor infinito.

A mi madre

que me inculcó sus principios y siempre está dispuesta a escucharme.

Con amor y gratitud.

A mi abuela Gloria

por sus cuidados y apoyo.

Con cariño inigualable.

A mis hermanos y sobrinos

para que no pierdan el anhelo de realizar sus metas.

Con cariño.

A la Universidad Nacional

por obsequiarme mi preparación como profesionalista.

Con agradecimiento.

Al Licenciado Fortino López Valle
por guiarme y darme luz para iniciar mi camino por los senderos de la
hermosa ciencia del derecho.
Con admiración y respeto.

A mis profesores
que ejerciendo su noble labor han alimentando mi espíritu con sus
conocimientos preparandome para ser honesto, responsable y productivo.
Con respeto.

A mis amigos
que me brindan su apoyo y me impulsan para continuar como persona,
estudiante y trabajador.
Con afecto.

"LAS DIFICULTADES NO SE DAN PARA CAPITULAR ANTE ELLAS, SINO PARA
SER VENCIDAS. MI PROPÓSITO FUÉ VENCERLAS."

A. HITLER
MI LUCHA

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

1.- ANTECEDENTES	1
1.1.- CONSTITUCIONES MEXICANAS	1
1.1.1.- 1824	1
1.1.2.- 1857	6
1.1.3.- 1917	9
1.2.- CÓDIGOS ELECTORALES	13
1.2.1.- LEY DE ORGANIZACIONES POLÍTICAS Y PROCESOS ELECTORALES	13
1.2.2.- CÓDIGO FEDERAL ELECTORAL	15
1.2.3.- CÓDIGO FEDERAL DE INSTITUCIONES Y PROCEDI- MIENTOS ELECTORALES	20
2.- CONSIDERACIONES GENERALES	24
2.1.- DOGMÁTICA DEL DELITO	24
2.2.- CONCEPTO DEL DELITO	25
2.3.- ELEMENTOS DEL DELITO	27
2.4.- PRESUPUESTOS JURÍDICOS Y MATERIALES DEL DELITO	28
3.- CONTENIDO DEL ARTÍCULO 408 DEL CÓDIGO PENAL	30

3.1.- DERECHOS POLÍTICOS	30
3.2.- DIPUTADO	34
3.3.- SENADOR	40
3.4.- CAUSA JUSTIFICADA	42
3.5.- ARTÍCULO 63 CONSTITUCIONAL	44
4.- ESTUDIO JURÍDICO SUSTANCIAL	46
4.1.- CONDUCTA O HECHO	46
4.1.1.-AUSENCIA DE CONDUCTA	53
4.2.- TIPICIDAD	56
4.2.1.-ELEMENTOS DEL TIPO	61
4.2.2.-ATIPICIDAD	71
4.3.- ANTIJURIDICIDAD	73
4.3.1.-CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	76
4.4.- IMPUTABILIDAD	92
4.4.1.- INIMPUTABILIDAD	96
4.5.- CULPABILIDAD	102
4.5.1.- FORMAS	105
4.5.2.-INCULPABILIDAD	111
4.6.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD	119
4.6.1.-AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD	122
4.7.- PUNIBILIDAD	122
4.7.1.-EXCUSAS ABSOLUTORIAS	125

5.- FORMAS ESPECIALES DE APARICIÓN DEL DELITO	129
5.1.- ITER CRIMINIS	129
5.1.1.-LA TENTATIVA	133
5.2.- CONCURSO DE DELITOS	138
5.3.- AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN	143
CONCLUSIONES	153
BIBLIOGRAFÍA	157

INTRODUCCIÓN

Nuestro país en su vida democrática y a partir de su independencia, adoptó como forma de gobierno la de República, representativa, democrática y federal. Su fundamento es la división del poder en tres esferas: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de donde nosotros destacamos al Legislativo, como aquel de donde emanan todas las disposiciones generales, obligatorias y coercibles destinadas a normar la conducta de los mexicanos.

El poder Legislativo se compone por dos Cámaras: diputados y senadores, sus integrantes son miembros del pueblo y, en quienes, el resto de ellos, a través del sufragio libre, universal y secreto, depositan su confianza y soberanía para que la ejerzan en conjunción con sus homólogos para representación y defensa de sus intereses.

Por ello, desde el momento en que el pueblo elige a una persona para que lo represente, recae sobre este una gran responsabilidad, comprometiéndose a actuar dentro del marco jurídico que establece y regula la instituciones democráticas nacionales; responsabilidad que también se adquiere por voluntad personal a partir de que un ciudadano se postula como candidato a ser votado representante popular, desde su campaña electoral, hasta el eficaz cumplimiento de su cargo.

En tal virtud, si el candidato a representante fué electo adquiriendo tal investidura y no se presenta a desempeñar su cargo en el tiempo señalado por la ley, debe fincársele alguna responsabilidad por su conducta y por haber hecho de lado las obligaciones que su elección implicaba.

El artículo 408 del Código penal vigente para el Distrito Federal, describe la conducta omisiva del representante electo que no se presenta a desempeñar su cargo, considerándolo un delito electoral. Tipo penal que jurídicamente es

relevante, pues se ha considerado esta como lesiva de un bien jurídico y cuya realización es merecedora de una sanción penal.

Este trabajo no pretende ser un estudio político o sociológico, sino un estudio dogmático realizado a la luz de la doctrina y normatividad del derecho penal, cuyo objetivo es encontrar y analizar todos los elementos que constituyen el delito referido, sus aspectos negativos, sus autores, así como sus diferentes formas de aparición; todo contenido en cinco capítulos.

En el capítulo primero se proporciona una semblanza histórica de los representantes populares (diputados y senadores) de acuerdo a las Constituciones Generales de 1824, 1857 y 1917, así como de los últimos ordenamientos que en materia electoral han regulado estas cuestiones en el país, partiendo, por supuesto, de la división de poderes e integración cameral del poder Legislativo.

Dentro del capítulo segundo se desarrollan generalidades jurídicas como la dogmática penal, el concepto y elementos del delito, incluyendo de este sus presupuestos.

El capítulo tercero contempla la explicación de conceptos insertos en la descripción legal del artículo 408 del Código penal vigente para el Distrito Federal, con el fin de dar a conocer ampliamente el contenido de los mismos. Estos son: derechos políticos, diputado, senador, causa justificada y artículo 63 Constitucional.

En el cuarto de los capítulos se desglosa sustancialmente el estudio jurídico del delito acorde a su teoría general, desde el concepto de sus elementos, a decir: conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad y punibilidad; su doctrina y normatividad legal, hasta los aspectos negativos que excluyen el mismo, incluyendo en cada uno el análisis dogmático del contenido del artículo 408 del Código penal en la parte que corresponde.

Para el quinto y último capítulo se dejaron las formas de aparición del delito, iniciando por el camino del crimen y la tentativa, para seguir con el concurso de delitos y la autoría en sus diversas modalidades, ello con el fin de complementar la teoría del delito y el análisis particular, incluyendo en cada apartado el estudio del tipo penal en especial.

1.- ANTECEDENTES

En virtud del tema sobre el que versará este trabajo, y su connotación como objeto de estudio puramente penal, la parte histórica se concretará al análisis descriptivo de los aspectos principales que en materia constitucional se refieren al tema, estos son: división de poderes y soberanía nacional.

De esta forma y a partir de ello nos ocuparemos en exclusiva del Poder Legislativo, su constitución, división, forma de integración, así como la asignación, elección y remoción de sus miembros; todo esto con el solo objetivo de proporcionar al lector a *grosso modo* un panorama de la evolución que en materia legislativa ha tenido la conducta y los conceptos previstos actualmente por el artículo 408 del Código penal vigente para el Distrito Federal.

Pudiérase parecer extenso éste capítulo, pero es necesario conocer antes de abordar el fondo del tema, cuál ha sido históricamente la participación de los ciudadanos mexicanos en el poder público, los pormenores de la representación popular y de uno de los poderes directrices estatales: el Legislativo.

Con el antecedente extraído de las tres últimas Cartas Magnas y también de los tres últimos ordenamientos reglamentarios en materia electoral, el lector tendrá sin dificultades la virtud de adentrar su lectura al análisis dogmático del delito en discusión, cuyo propósito lo es de este trabajo.

1.1.- CONSTITUCIONES MEXICANAS

1.1.1.- 1824

En el entendido anterior, comenzaremos con la primera Constitución formal que rigió la vida de nuestro país como Nación independiente, la cual fué producto de una revolución y un cambio esquemático de la vida política, social y cultural de un pueblo, cuyo resultado tuvo que ver a su paso desequilibrio, lucha, ambición, guerra e ideales, gracias a la férrea voluntad de libertad e independiencian nacional nacida de hombres ilustres.

Nos referimos a la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos del año de 1824, por cuyas normas se proporcionaron a nuestro país los aspectos fundamentales de la forma de gobierno de una República democrática y de la forma de Estado en una Federación.

Esta Constitución fué sancionada por el Congreso constituyente el día 4 de octubre de 1824 ⁽¹⁾ y de la cual extraeremos las siguientes directrices:

Del título 2º. Sección única.

- *Art. 4º.- La Nación mexicana adopta para su gobierno la forma de República representativa popular federal.*

- *Art. 6º.- Se divide el poder supremo de la Federación para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.*

Del título 3º. Sección 1ª

- *Art. 7º.- Se deposita el Poder Legislativo de la Federación en un Congreso general. Este se divide en dos Cámaras, una de diputados y otra de senadores.*

Sección 2ª

1.- Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824

- Art. 8º.- *La Cámara de diputados se compondrá de representantes elegidos en su totalidad cada tres años por los ciudadanos de los Estados.*

- Art. 10º.- *La base general para el nombramiento de diputados será la población*

- Art. 11º.- *Por cada ochenta mil almas se nombrará un diputado, o por una fracción que pase de cuarenta mil. El Estado que no tuviere esta población, nombrará sin embargo un diputado.*

- Art. 13º.- *Se elegirá asimismo en cada Estado el número de diputados suplentes que corresponda a razón de uno por cada tres propietarios, o por una fracción que llegue a dos. Los Estados que tuvieren menos de tres propietarios elegirán un suplente.*

- Art. 16º.- *En todos los Estados y territorios de la Federación se hará el nombramiento de diputados el primer domingo de octubre próximo anterior a su renovación, debiendo ser la elección indirecta.*

- Art. 17º.- *Concluida la elección de diputados, reunirán las juntas electorales por conducto de su Presidente al del Consejo de gobierno, testimonio en forma de las actas de las elecciones en pliego certificado, y participarán a los elegidos su nombramiento por un oficio que les servirá de credencial.*

- Art. 19º.- *Para ser diputado se requiere:*

1º *Tener al tiempo de la elección la edad de 25 años cumplidos.*

2º *Tener por lo menos dos años cumplidos de vecindad en el Estado que elige, o haber nacido en él, aunque esté avencidado en otro.*

Sección 3ª

- Art. 25.- *El senado se compondrá de dos senadores de cada Estado elegidos a mayoría absoluta de votos por sus legisladores, y renovados por mitad de dos en dos años.*

- Art. 27.- Cuando falte algún senador por muerte, destitución u otra causa, se llenará la vacante por la legislatura correspondiente, si estuviere reunida; y no estándolo, luego que se reuna.

- Art. 28.- Para ser senador se requieren todas las cualidades exigidas en la sección anterior para ser diputado, y además tener al tiempo de la elección la edad de 30 años cumplidos.

- Art. 31.- Cuando un mismo individuo sea elegido para senador y diputado preferirá la elección primera en tiempo.

- Art. 33.- Concluida la elección de senadores, las legislaturas remitirán en pliego certificado por conducto de sus presidentes al del Consejo de gobierno, testimonio en forma de actas de las elecciones, y participarán a los elegidos su nombramiento, por un oficio que les servirá de credencial...

Sección 4ª

- Art. 35.- Cada Cámara calificará las elecciones de sus respectivos miembros y resolverá las dudas que ocurran sobre ellas

- Art. 36.- Las Cámaras no pueden abrir sus sesiones sin la concurrencia de más de la mitad del número total de sus miembros; pero los presentes de una y otra deberán reunirse el día señalado por el reglamento de gobierno interior de ambas, y compeler respectivamente a los ausentes bajo las penas que designe la ley.

- Art. 38.- Cualquiera de las dos Cámaras podrá conocer en calidad de gran jurado sobre las acusaciones: ... 2º Del Presidente de la Federación por actos dirigidos manifiestamente a impedir que se hagan las elecciones de Presidente, senadores y diputados, o a que estos se presenten a servir sus destinos en las épocas señaladas en esta Constitución ...

Sección 7ª

- Art. 67.- *El Congreso general se reunirá todos los años el día 1º de enero en el lugar que se designará por una ley. En el reglamento de gobierno interior del mismo, se prescribirán las operaciones previas a la apertura de sesiones, y las formalidades que se han de observar en su instalación.*

- Art. 71.- *El Congreso cerrará sus sesiones anualmente el día 15 de abril con las mismas formalidades que se prescriben para su apertura, prorrogándolas hasta por treinta días útiles, cuando el mismo lo juzgue necesario, o cuando lo pida el Presidente de la Federación*

Del Título 5º. Sección 2ª

- Art. 134.- *Si un senador o diputado fuere electo para ministro o fiscal de la Corte Suprema de Justicia, preferirá la elección que se haga para estos destinos.*

Sección 3ª

- Art. 137.- *Las atribuciones de la Suprema Corte de Justicia son las siguientes: ... 5ª Conocer: ... 2º De las causas criminales de los diputados o senadores ..*

Del Título 6º. Sección 1ª

- Art. 157.- *El gobierno de cada Estado se dividirá para su ejercicio en los tres Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial; y nunca podrá unirse dos o más de ellos en una corporación o persona, ni el Legislativo depositarse en un solo individuo.*

- Art. 158.- *El Poder Legislativo de cada Estado residirá en una legislatura compuesta del número de individuos que determinarán sus constituciones particulares, electos popularmente, y amoribles en el tiempo y modo que ellas dispongan.*

Del Título 7º. Sección única

- Art. 163.- *Todo funcionario público sin excepción de clase alguna, antes de tomar posesion de su destino deberá prestar juramento de guardar esta Constitución y la acta constitutiva.*

De esta Constitución uno de los artículos de mayor importancia desde el momento de su **promulgación**, fué el 4º que estableció la forma de gobierno de República, representativa popular federal. También la de forma de Estado, de las partes integrantes de la Nación y la división de su poder supremo en tres esferas, entre ellos el Legislativo, el cual se compondrá por dos Cámaras (2).

Asimismo, prevé un día cierto para la reunión de los integrantes de ambas Cámaras y los medios para que ello se realice, pero considera la posibilidad de que una misma persona sea electa para dos cargos públicos.

1.1.2.- 1857

Esta Constitución es producto del avance cultural, social, político y económico de un México independiente, cuya plataforma de lanzamiento fué la concordia, como resultado final de un choque entre fuerzas antagónicas nacidas del avance integral referido.

En ella se otorga prioridad a los derechos del hombre en lo individual y se pretende brindar las condiciones mínimas de seguridad, libertad, propiedad e integridad que le permitan su desarrollo, opinión y participación en los asuntos de interés nacional

Esta Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857 fué

2.- Moreno, Díaz Manuel. Derecho constitucional mexicano. 10a. ed. México, Ed. Porrúa, 1990. p.121 y 122

promulgada el día 5 de febrero del mismo año (3), y de la misma extraemos las disposiciones más trascendentes para abordar nuestro tema.

Del Título 1º. Sección IV

- Art. 35.- *Son prerrogativas del ciudadano: ... I.- votar en elecciones populares y II.- poder ser votado para todos los cargos de elección popular y nombrado para cualquier otro empleo o comisión teniendo las calidades que la ley establezca.*

- Art. 36 .- *Son obligaciones del ciudadano de la República: ... III.- votar en las elecciones populares en el distrito que le corresponda y IV.- desempeñar los cargos de elección popular de la Federación, que en ningún caso serán gratuitos.*

Del Título 2º. Sección I

- Art. 39.- *La soberanía nacional reside esencial y originalmente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para su beneficio. El pueblo tiene en todo el tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.*

- Art. 40.- *Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental.*

- Art. 41.- *El pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la Unión en los casos de su competencia y por los de los Estados por lo que hace a su régimen interior, en los términos respectivamente establecidos por esta Constitución federal y las particulares de los Estados, los que en ningún caso podrán contravenir a las estipulaciones del pacto federal.*

3.- Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857

Del Título 3º

- Art. 50.- *El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Nunca podrán reunirse dos o más de estos poderes en una persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un solo individuo.*

Sección I

- Art. 51.- *Se deposita el ejercicio del Supremo Poder Legislativo en una asamblea que se denominará Congreso de la Unión.*

Sección I. Párrafo 1º.

- Art. 52.- *El Congreso de la Unión se compondrá de representantes elegidos en su totalidad cada dos años por los ciudadanos mexicanos.*

- Art. 53.- *Se nombrará un diputado por cada cuarenta mil habitantes o por una fracción que pase de veinte mil. El territorio en que la población sea menor de la que se fija en este artículo, nombrará sin embargo un diputado.*

- Art. 54.- *Por cada diputado propietario se nombrará un suplente.*

- Art. 55.- *La elección para diputado será indirecta en primer grado y en escrutinio secreto en los términos que disponga la ley electoral.*

- Art. 56.- *Para ser diputado se requiere ser ciudadano mexicano en ejercicio de sus derechos; tener veinte y cinco años cumplidos el día de la de la apertura de las sesiones; ser vecino del Estado o territorio que hace la elección; y no pertenecer al Estado eclesiástico. La vecindad no se pierde por ausencia en desempeño de cargo público de elección popular.*

- Art. 57.- *El cargo de diputado es incompatible con cualquier comisión o destino de la Unión en que se disfrute sueldo.*

- Art. 58.- *El diputado propietario desde el día de su elección hasta el día en que concluyan su encargo, no pueden aceptar ningún empleo de nombramiento del Ejecutivo de la Unión por el que se disfrute sueldo, sin previa licencia del Congreso. El mismo requisito es necesario para los diputados suplentes que están en ejercicio de sus funciones.*

- Art. 60.- *El Congreso califica las elecciones de sus miembros y resuelve las dudas que ocurran sobre ellas.*

- Art. 61.- *El Congreso no puede abrir sus sesiones ni ejercer su encargo sin la concurrencia de más de la mitad del mínimo total de sus miembros; pero los presentes deberán reunirse el día señalado por la ley y compeler a los ausentes bajo las penas que ella designe.*

Sección I. Párrafo 5º.

- Art. 72.- *El Congreso tiene facultad: ... XXVIII.- Para formar su reglamento interior y tomar las providencias necesarias para hacer concurrir a los diputados ausentes y corregir las faltas u omisiones de los presentes.*

En opinión del autor Daniel Moreno: "México tuvo desde el 5 de febrero de 1857 un Código fundamental el cual elevaba el carácter de leyes supremas, principios de credo dogmático, del federalismo y las aspiraciones del partido liberal..." (4), imponiendo a los ciudadanos obligaciones expresas, concediéndoles colectivamente el poder soberano de elegir a sus representantes, reafirmando y garantizando la división de poderes y la integración cameral del Legislativo.

1.1.3.- 1917

4.- Moreno, Díaz Daniel. Op. cit. p. 197

Esta última Constitución, que es la que nos rige actualmente fué publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de enero de 1917, la misma ha sido reformada en muchas ocasiones tratando de adecuarla a nuestra realidad social, política y económica. De ella destacaremos lo siguiente:

Del Título primero.

Capítulo IV. De los ciudadanos mexicanos.

Los artículos 35, 36 y 38, que se refieren: el primero a las prerrogativas del ciudadano, el segundo a las obligaciones del ciudadano de la República y, el tercero a la suspensión de esos derechos y obligaciones, respectivamente; serán referidos posteriormente.

Del Título segundo.

Capítulo I. De la soberanía nacional y de la forma de gobierno.

Artículo 39.- La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene todo el tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

Artículo 40.- Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

Artículo 41.- El pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados por lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.

Del Título tercero

Capítulo I. De la división de poderes.

Artículo 49. El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de las facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión conforme lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.

Del capítulo II. Del poder Legislativo.

Artículo 50. El Poder Legislativo de los Estados Unidos Mexicanos se deposita en un Congreso General, que se dividirá en dos Cámaras, una de Diputados y otra de Senadores.

Sección I. De la elección e instalación del Congreso.

Artículo 51. La Cámara de Diputados se compondrá de representantes de la Nación, electos en su totalidad cada tres años. Por cada diputado propietario se elegirá un suplente.

Artículo 53. La demarcación territorial de los trescientos distritos electorales uninominales, será la que resulte de dividir la población total del país entre los distritos señalados. La distribución de los distritos electorales uninominales entre las entidades federativas se hará teniendo en cuenta el último censo general de población, sin que en ningún caso la representación de un Estado pueda ser menor de dos diputados por mayoría.

Para la elección de los doscientos diputados según el principio de representación proporcional y el sistema de listas regionales, se constituirán cinco

circunscripciones electorales plurinominales en el país. La ley determinará la forma de establecer la demarcación territorial de estas circunscripciones.

De esta misma sección se destacan los artículos 51, 53, 54, 60, 63, 65 y 66, mismos que se refieren a la constitución de la Cámara de diputados y senadores, así como su integración, reunión y condiciones de ejercicio; pero estos se tratarán más adelante.

Del Título quinto. De los Estados de la Federación y del Distrito Federal.

Artículo 116. Párrafo primero. Fracción II. El número de representantes en las legislaturas de los Estados será proporcional al de habitantes de cada uno; pero, en todo caso, no podrá ser menor de siete diputados en los Estados cuya población no llegue a 400 mil habitantes; de nueve en aquellos cuya población exceda de este número y no llegue a 800 mil habitantes, y de 11 en los Estados cuya población sea superior a esta última cifra.

Los diputados a las legislaturas de los Estados no podrán ser reelectos para el período inmediato. Los diputados suplentes podrán ser electos para el período inmediato con el carácter de propietario, siempre que no hubieren estado en ejercicio, pero los diputados propietarios no podrán ser electos para el período inmediato con el carácter de suplentes.

En la legislación electoral respectiva se introducirá el sistema de diputados de minoría en la elección de las legislaturas locales; ...

Del Título séptimo. Prevenciones generales.

Artículo 125. Ningún individuo podrá desempeñar a la vez dos cargos federales de elección popular, ni uno de la Federación y otro de un Estado que sean también de elección; pero el nombrado puede elegir entre ambos, el que quiera desempeñar.

Esta Constitución reafirma el sistema republicano representativo, democrático federal, integrado por tres poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el

Legislativo compuesto por dos Cámaras, la de diputados y la de senadores, asimismo reitera que en el pueblo reside la soberanía y en ejercicio de esta, sus integrantes eligen a sus representantes mediante el sufragio universal.

1.2.- CÓDIGOS ELECTORALES

Al igual que en el apartado anterior, se tratará de dar una visión somera de la previsión relativa a la soberanía nacional, sus depositarios, la forma de ejercerla; la división de poderes y la constitución, organización y remoción del Poder Legislativo, pero en este caso, comprendida dentro de las muy particulares y principales leyes federales electorales con las que ha contado México en sus últimos años de vida democrática.

1.2.1.- LEY DE ORGANIZACIONES POLÍTICAS Y PROCESOS ELECTORALES.

Esta ley fué publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 30 de diciembre de 1979 ⁽⁵⁾, abrogando la Ley electoral del 2 de enero de 1973. De esta ley los elementos que a nuestro juicio destacan, siguiendo con la técnica jurídica en la que esta dividida, son los siguientes:

Del Título primero. De la elección de los Poderes Legislativo y Ejecutivo y de las organizaciones políticas.

Capítulo I. De la elección de los integrantes de los Poderes Legislativo y Ejecutivo.

5.- Ley de Organizaciones políticas y procesos electorales de 1979

- Art. 1º.- *La presente ley garantiza el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos, la organización, funciones y prerrogativas de los partidos políticos y asociaciones políticas nacionales y regula la preparación, desarrollo y vigilancia de los poderes electorales ordinarios y extraordinarios que se celebren para elegir a los integrantes de los Poderes Legislativo y Ejecutivo.*

- Art. 3º.- *El Poder Legislativo se deposita en un Congreso General, que se dividirá en dos Cámaras, una de diputados y otra de senadores.*

La Cámara de diputados estará integrada por trescientos diputados electos según el principio de votación mayoritaria relativa, mediante el sistema de distritos electorales uninominales y hasta cien diputados que serán electos según el principio de representación proporcional, mediante el sistema de listas regionales, votadas en circunscripciones plurinominales.

- Art. 4º.- *La Cámara de senadores se compondrá de dos miembros por cada Estado y dos por el Distrito Federal, electos por votación mayoritaria relativa en sus respectivas entidades.*

- Art. 6º.- *Las elecciones ordinarias se celebrarán cada tres años para diputados federales y cada seis años para senadores y Presidente de la República, el primer domingo de julio del año que corresponda.*

Capítulo II. Del voto

- Art. 11º.-. *Votar constituye una prerrogativa y una obligación del ciudadano. El voto es universal, libre, secreto y directo para todos los cargos de elección popular.*

- Art. 12.- *De conformidad con las disposiciones constitucionales, ejercerán el voto activo los ciudadanos mexicanos, varones y mujeres, que hayan cumplido dieciocho años de edad, se encuentren en ejercicio de sus derechos políticos, estén inscritos en el padrón electoral y no se encuentren bajo impedimento legal.*

Del Título cuarto. Los resultados electorales.

Capítulo III. Del registro de constancias de mayoría.

- Art. 218.- *La Comisión Federal electoral registrará las constancias de mayoría empleadas por los comités distritales a los diputados electos por el principio de mayoría relativa.*

- Art. 219.- *La Comisión Federal Electoral informará al colegio electoral de la Cámara de diputados sobre los registros efectuados y los casos de negativa, ...*

Capítulo IV. De las constancias de asignación proporcional.

- Art. 220.- *Después de haber determinado el registro de las constancias de mayoría, la Comisión Federal Electoral procederá, en los términos del artículo 54 de la Constitución General de la República, a la asignación de diputados electos por el principio de representación proporcional...*

- Art. 221.- *La Comisión Federal Electoral expedirá a cada partido político las constancias de asignación proporcional, lo que informará al Colegio Electoral de la Cámara de diputados.*

Este Código resalta la soberanía nacional y la división de poderes, integrándose, por lo que hace al Poder Legislativo, la Cámara de diputados por trescientos de ellos electos cada tres años y la Cámara de senadores por dos de ellos por cada entidad y dos por el Distrito Federal, electos cada seis años.

1.2.2.- CODIGO FEDERAL ELECTORAL

Este Código Federal fué publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 12 de febrero de 1987 ⁽⁶⁾, adicionándole el Libro nueve y reformándolo en fecha 6

6.- Código Federal Electoral de 1987

de enero de 1988, en que se publicó en el Diario Oficial de la Federación. De este Código siguiendo la línea anterior resaltamos los siguientes elementos:

Del Libro primero. Disposiciones generales.

Título primero. Del objeto del Código.

Capítulo único.

- Art. 1º.- Las disposiciones de este Código son de orden público y de observancia general en los Estados Unidos Mexicanos, y reglamentan los artículos constitucionales relativos a los derechos y obligaciones políticos electorales de los ciudadanos, a la organización, función, derechos y obligaciones de los partidos políticos nacionales y a la elección ordinaria y extraordinaria de los integrantes de los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Federación.

Título segundo. De los derechos y obligaciones políticos electorales de los ciudadanos.

Capítulo primero. De los derechos.

- Art. 4º.- El sufragio expresa la voluntad soberana del pueblo mexicano.

Votar en las elecciones constituye un derecho y una obligación del ciudadano mexicano que se ejerce para cumplir la función pública de integrar los órganos del Estado de elección popular.

El voto es universal, libre, secreto y directo. En los Estados Unidos Mexicanos las autoridades garantizarán la libertad y el secreto del voto.

- Art. 5º.- Deberán ejercer el derecho del sufragio en los términos de este Código, los ciudadanos mexicanos, varones y mujeres, que hayan cumplido dieciocho años, se encuentren inscritos en el padrón electoral, y no se encuentren comprendidos dentro de los supuestos siguientes:

I.- Estar sujeto a proceso criminal por delito que merezca pena corporal, desde que se dicte el auto de formal prisión.

II.- Estar extinguiendo penal corporal.

III.- Estar sujeto a interdicción judicial, o interno en establecimiento público o privado para toxicómanos o enfermos mentales.

IV.- Ser declarado vago o ebrio consuetudinario, en tanto no haya rehabilitación.

V.- Estar prófugos de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta la prescripción penal.

VI.- Estar condenado por sentencia ejecutoria a la suspensión o pérdida de los derechos políticos, en tanto no haya rehabilitación; y

VII.- Las demás que señale el código.

Capítulo tercero. De los requisitos de elegibilidad.

- Art. 9º.- *Son requisitos para ser diputado federal:*

I.- Ser ciudadano mexicano, por nacimiento, en ejercicio de sus derechos.

II.- Tener como mínimo 21 años cumplidos el día de la elección.

III.- Ser originario del Estado en que se haga la elección o vecino de él con residencia efectiva de más de seis meses anteriores a la fecha de ella.

Para poder figurar en las listas de las circunscripciones electorales plurinominales como candidato a diputado, se requiere ser originario de alguna de la entidades federativas que comprenda la circunscripción en la que se realice la elección, o vecino de ella con residencia efectiva de más de seis meses anteriores a la fecha en que la misma se celebre.

La vecindad no se pierde por ausencia en el desempeño de cargos públicos de elección popular.

IV.- No estar en servicio activo en las fuerzas armadas, ni tener mando en la policía o gendarmería rural en el distrito o circunscripción donde se haga la elección, cuando menos noventa días antes de la elección;

V.- No ser secretario o subsecretario de Estado, ni ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a menos que se separe definitivamente de sus funciones noventa días antes de la elección.

Los gobernadores de los Estados no podrán ser electos en las entidades de sus respectivas jurisdicciones durante el período de su encargo aún cuando se separen definitivamente de sus puestos.

Los secretarios de gobierno de los Estados, los magistrados, jueces federales o del Estado, no podrán ser electos en las entidades de sus respectivas jurisdicciones si no se separan definitivamente de sus encargos noventa días antes de la elección.

VI.- No ser ministro de algún culto religioso

VII.- No estar comprendido en alguna de las incapacidades que señala el artículo 59 constitucional y que se anuncia en el artículo 12 de este Código. (reelección y elección de suplentes).

VIII.- No ser diputado de legislatura local, salvo que se separe de sus funciones tres meses antes de la fecha de la elección de que se trate.

IX.- No ser presidente municipal o delegado político en el caso del Distrito Federal, ni ejercer bajo circunstancia alguna las mismas funciones, salvo que se separe del cargo seis meses antes de la fecha de la elección.

X.- No ser magistrado o secretario del Tribunal de lo Contencioso Electoral.

XI.- No ser miembro de la Comisión Federal Electoral, ni de las comisiones locales, ni de los comités distritales electorales, salvo que se separe de sus funciones tres meses antes de la fecha de la elección de que se trate; y

XII.- Contar con su credencial permanente de elector o estar inscrito en el padrón electoral.

- Art. 11º.- Para ser senador se requieren los mismos requisitos que para diputado, excepto el de la edad, que será de treinta años cumplidos el día de la elección.

Del Título tercero. De la elección de los Poderes Legislativo y Ejecutivo.

Capítulo primero. De la integración del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos.

- Art. 14º.- *El Poder Legislativo de los Estados Unidos Mexicanos se deposita en un Congreso General que se dividirá en dos Cámaras, una de diputados y otra de senadores.*

La Cámara de diputados estará integrada por 300 diputados electos según el principio de votación mayoritaria relativa, mediante el sistema de distritos electorales uninominales, y 200 diputados que serán electos según el principio de representación proporcional y el sistema de listas regionales, votadas en circunscripciones plurinominales. La totalidad de la Cámara se renovará cada tres años.

Se entiende por distrito electoral uninominal la demarcación territorial donde se elegirá a un diputado por el principio de mayoría relativa, y por circunscripción plurinominal aquella en donde se elijan un número determinado de diputados por el sistema de listas regionales según el principio de representación proporcional.

La Cámara de senadores se compondrá de dos miembros por cada Estado y dos por el Distrito Federal, electos directamente por mitad cada tres años conforme el principio de mayoría relativa.

Por cada diputado y senador propietario se elegirá un suplente.

Del Libro sexto. De los resultados electorales.

Título cuarto. De las constancias de mayoría relativa.

Capítulo primero. De las constancias de mayoría relativa.

- Art. 309.- *La Comisión Federal Electoral tendrá la facultad de expedir las constancias de mayoría a los diputados electos por el principio de mayoría relativa cuando:*

I.- No se hubiese interpuesto el recurso de queja; y

II.- Así lo determine la resolución del Tribunal de lo Contencioso Electoral.

La Comisión Federal Electoral no expedirá las constancias de mayoría cuando cuente con elementos que le permitan presumir fundadamente que se dieron las causas de nulidad previstas en el artículo 337, o cuando así lo resuelva el Tribunal de lo Contencioso Electoral.

Capítulo dos. De las constancias de asignación proporcional.

- Art. 310.- *La Comisión Federal Electoral, después de haber determinado la expedición de las constancias de mayoría, procederá en los términos del artículo 54 de la Constitución política, a la asignación de diputados electos por el principio de representación proporcional...*

- Art. 311.- *La Comisión Federal Electoral expedirá a cada partido político las constancias de asignación proporcional, lo que informará al colegio electoral de la Cámara de diputados.*

Los términos de éste Código resaltan el sufragio como la voluntad soberana del pueblo y las restricciones impuestas a los ciudadanos para ejercer ese derecho.

Habla, en cuanto al Poder Legislativo que la Cámara de diputados se compondrá de quinientos diputados (cien más), trescientos de ellos electos por mayoría relativa y doscientos por representación proporcional, los cuales son electos cada tres años. La Cámara de senadores permanece invariable.

1.2.3.- CODIGO FEDERAL DE INSTITUCIONES Y PROCEDIMIENTOS ELECTORALES.

Este Código abroga el Código Federal Electoral del 29 de diciembre de 1986, publicado en el Diario Oficial de la Federación en fecha 12 de febrero de 1987, el mismo se publicó en el mismo Diario Oficial de la Federación en día 15 de agosto de 1990 (7), siendo reformado por dos decretos de fecha 17 de julio de 1992 y 24 de septiembre de 1994.

De este Código, por último, extraemos los siguientes elementos:

7.- Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Del Libro primero. De la integración de los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Unión.

Título primero. Disposiciones preliminares.

- Artículo 1o.-

1.- Las disposiciones de este Código son de orden público y de observancia general en los Estados Unidos Mexicanos.

2.- Este Código reglamenta las normas constitucionales relativas a:

- a) Los derechos y obligaciones político-electorales de los ciudadanos;*
- b) La organización, función y prerrogativas de los partidos políticos;*
- c) La función estatal de organizar las elecciones de los integrantes de los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Unión así como de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal; y*
- d) El sistema de los medios de impugnación para garantizar la legalidad de los actos y resoluciones electorales.*

Del Título segundo. De la participación de los ciudadanos en las elecciones.

Capítulo primero. De los derechos y obligaciones. En este caso lo dispuesto por el artículo 4º relativo a los mismos, se incluye en el apartado: derechos políticos del capítulo tercero de este trabajo.

Capítulo segundo. De los requisitos de elegibilidad. El artículo 7º que nos interesa se aborda dentro del capítulo tercero en el elemento: diputado

Del Título tercero. De la elección del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos y de los integrantes de la Cámara de senadores y de la Cámara de diputados.

Capítulo primero. De los sistemas electorales.

- Artículo 10.-

1.- *El poder Legislativo de los Estados Unidos Mexicanos se deposita en un Congreso General, que se dividirá en dos Cámaras, una de diputados y otra de senadores.*

- Artículo 11

1.- *La Cámara de diputados se integra por trescientos diputados electos según el principio de votación mayoritaria relativa, mediante el sistema de distritos electorales uninominales, y doscientos diputados que serán electos según el principio de representación proporcional, mediante el sistema de listas regionales votadas en circunscripciones plurinominales. La Cámara de Diputados se renovará en su totalidad cada tres años.*

2.- *Para integrar la Cámara de Senadores, en cada Estado y en el Distrito Federal se elegirán cuatro senadores, de los cuales tres serán electos según el principio de votación mayoritaria relativa y uno será asignado a la primera minoría. Para cada entidad federativa, los partidos políticos deberán registrar una lista con tres fórmulas de candidatos.*

3.- *En la lista a que se refiere el párrafo anterior, los partidos políticos señalarán el orden en que deben aparecer las fórmulas de candidatos.*

4.- *La senaduría de primera minoría le será asignada a la fórmula de candidatos que encabece la lista del partido político que, por sí mismo, haya ocupado el segundo lugar en número de votos en la entidad de que se trate.*

5.- *La Cámara se renovará en su totalidad, en elección directa, cada seis años.*

Del Libro quinto. Del proceso electoral.

Título cuarto. De los actos posteriores a la elección y los resultados electorales.

Capítulo tercero. De los cómputos distritales y de la declaración de validez de la elección de diputados de mayoría relativa. El artículo 248 se tratará en el capítulo tercero, dentro del elemento: diputado.

Capítulo cuarto. De los cómputos de entidad federativa y de la declaración de validez de la elección de senadores. El artículo 257 se aludirá en el elemento: senador, también del capítulo tercero.

Capítulo sexto. De las constancias de asignación proporcional. Su artículo 263 se abordará en el elemento: diputado, en el tercer capítulo de este trabajo.

Este Código impone requisitos de elegibilidad, aparte de los constitucionales, para los candidatos a diputados y senadores.

Deja invariable la integración de la Cámara de diputados, pero en la Cámara de senadores aumenta su número a cuatro por cada entidad y por el Distrito Federal, tres de ellos mediante elección de mayoría relativa y uno asignado a la primer minoría.

2.- CONSIDERACIONES GENERALES

2.1.- DOGMÁTICA DEL DELITO

Dogma es la proposición que asiente por firme y cierta como principio innegable de una ciencia. Entonces si el estudio del derecho penal se llama dogmático, parte del fundamento de ser ciencia y por ello presupone la existencia de una ley.

En este sentido la dogmática jurídico-penal consistirá en el descubrimiento, construcción y sistematización de los principios rectores del ordenamiento penal positivo. (8)

El maestro Porte Petit se pronuncia así: "la ley tiene, pues, el carácter de dogma, y como esta no es sino una posibilidad firme y cierta, principio básico de una ciencia, resulta que aquella será la premisa de toda sistematización jurídico penal" (9)

El maestro Jiménez Asúa considera que "la dogmática jurídico penal consiste en la reconstrucción del derecho vigente, no de la mera ley... la dogmática se edifica sobre el derecho que existe y que cambia al adaptarse progresivamente a los tiempos de hoy". (10)

En la disciplina del derecho, la dogmática no es suficiente para llegar al conocimiento integral del fenómeno jurídico, siendo necesario que el dogmático

-
- 8.- Porte Petit, Celestino. Cuademo 21. *Hacia una reforma del sistema penal*, 1a. ed. México, Instituto nacional de Ciencias Penales, 1985. p.204.
 - 9.- Ibid. p. 203
 - 10.- Jiménez Asúa, Luis. *Tratado de Derecho penal*. tomo V. 2a. ed. Buenos Aires, Ed. Losada, 1963. p. 84

se sirva en su labor de otras disciplinas afines y de ciencias auxiliares.

La dogmática penal en aplicación primeramente requiere proceder por inducción, debiendo en un primer momento interpretar la ley penal para buscar su voluntad, una vez descubierta esta, necesita construir instituciones jurídicas y después sintetizar y coordinar todas aquellas. En contraste con la aplicación de una ley, que no es actividad de la dogmática, sino de la práctica, utilizando el juzgador el método deductivo a partir de la premisa obtenida al dogmatizar.

2.2.- CONCEPTO DEL DELITO

La definición de delito pretende ser abordada necesariamente desde un punto de vista jurídico, por ser en esencia piedra angular de nuestro trabajo.

"La palabra delito deriva del verbo latino delinquere que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley" (11)

Muchos doctrinarios han tratado de aportar al mundo jurídico una definición de delito que pueda adecuarse a todos los tiempos y lugares, pero por cuestiones del devenir histórico no se ha logrado cabalmente; la razón es la pluralidad de ideas que se generan día con día, lo que conlleva a que cada aportación innovadora, posterior al tiempo de su aparición, se vuelva obsoleta.

Así, en la actualidad contamos con diversidad de definiciones, todas variables entre sí por las razones anteriormente expuestas. Las más importantes son:

11.- Castellano Tena, Fernando. Lineamientos elementales de Derecho penal. Parte General. 15a. ed. México, Ed. Porrúa, 1981. p. 125

- Escuela CLÁSICA. Cuyo exponente es Francisco Carrara definiendo el delito como: "la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso" (12)

- Escuela POSITIVA. Esta definición es aportada por Rafael Garófalo, quien contrario al método positivo de análisis, aporta su teoría del *derecho natural* considerando que el delito: "es la violación de los sentimientos altruistas fundamentales de beneficencia o piedad y probidad o justicia en la medida media en que se encuentran en la sociedad civil, por medio de acciones nocivas para la colectividad." (13)

- Noción SOCIOLÓGICA. En este sentido "el delito no sería una noción inducida de la naturaleza y que tendiera definir el delito como hecho natural, que no lo es; sino como un concepto básico, anterior a los códigos, que el hombre adopta para calificar las conductas humanas y formar los catálogos legales..." (14)

- Noción JURÍDICO-FORMAL. Esta noción considera que la formalidad del delito lo suministra la amenaza de una pena en caso de comisión u omisión de la conducta, ya que el delito se caracteriza por la sanción penal. Edmundo Mezger es el partidario de esta concepción al considerar el delito como "la acción punible." (15)

- Noción JURÍDICO-SUSTANCIAL. Esta se inclina por considerar dentro de la definición a cada uno de los elementos del delito, aún cuando no existe uniformidad a este respecto por parte de los doctrinarios, variando el concepto de autor en autor, quienes incluyen al mismo uno u otro elemento. Por economía en nuestra investigación aludiremos el concepto del maestro Luis Jiménez de Asúa por ser

12.- Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho penal mexicano. Parte general. 13a. ed. México, Ed. Porrúa, 1980. p. 221

13.- Porte Petit, Celestino. Apuntamientos de la parte general de Derecho penal. 14a. ed. México, Ed. Porrúa, 1991. p. 201

14.- Castellanos Tena, Fernando. Op. cit. p. 127

15.- Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. cit. p. 220

completo y válido a nuestro criterio para entrar en el estudio y análisis de nuestro tema, el mismo dice: "el delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal." (16)

Nuestro Código Penal vigente en su artículo 7o. dispone delito: "*es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.*" (17)

Esto nos hace pensar que nuestro ordenamiento sigue un criterio jurídico-formal al expresar básicamente la amenaza de pena.

2.3.- ELEMENTOS DEL DELITO

Por elemento entendemos la condición necesaria para la existencia de un fenómeno.

Para la existencia del delito, la doctrina divide a los elementos en esenciales o constitutivos y accidentales.

Los elementos esenciales o constitutivos, son aquellos cuya presencia es indispensable para la existencia del mismo delito, son como su nombre lo indica, esenciales, y de los cuales depende la vida del mismo.

Por lo que respecta a los elementos accidentales son aquellos elementos en que el delito puede tener vida propia sin su existencia, y que "...cuya presencia o ausencia no influye en la existencia del delito, o de un determinado delito, sino en la

16.- Jiménez de Asúa, Luis. La ley y el delito. 1a. ed. México. Ed. Hermes, 1986. p. 207
17.- Código penal vigente para el Distrito Federal

gravedad de él, y más genéricamente, en la entidad de la pena." (18)

Los elementos indispensables para la existencia del delito, son:

- a) conducta o hecho,
- b) tipicidad,
- c) antijuridicidad,
- d) imputabilidad,
- e) culpabilidad,
- f) punibilidad, y
- g) condiciones objetivas de punibilidad.

2.4.- PRESUPUESTOS JURIDICOS Y MATERIALES DEL DELITO

Un presupuesto es un motivo o antecedente para la ejecución de una conducta posterior. Doctrinariamente existen dos corrientes, una que acepta la existencia de los presupuestos del delito y otra que los niega.

Vicenzo Manzini inicia la doctrina de los presupuestos de delito, como antecedentes jurídicos a la ejecución del hecho, denominándolos precisamente jurídicos, de los cuáles depende la existencia o no de determinado tipo penal, ya que al estar frente a la ausencia del presupuesto jurídico de determinado delito no deja de existir este, lo que acontece es el cambio del mismo adoptando un tipo penal al cual se adecúe la conducta realizada.

El jurista Eduardo López Betancourt define a los presupuestos del delito como: "... aquellos antecedentes jurídicos previos a la realización de la conducta o

18.- Antolisei Francisco. Manual de Derecho penal. Parte General. (Tr. Jorge Guerrero y Mariano Ayerra Redín). 8a. ed. Bogotá Colombia, Ed. Themis, 1988. p. 147

hecho descrito por el tipo penal, de cuya existencia depende el delito." (19)

Los presupuestos del delito se han dividido en generales y especiales. Son presupuestos generales los comunes al delito en general, y los presupuestos especiales son aquellos propios para cada delito particular.

La ausencia de cualquier presupuesto general "origina según el caso, la ausencia del tipo o la inexistencia del delito, dándose como es lógico según los casos, diversos aspectos negativos del mismo." (20)

Por lo que hace a la consecuencia por falta de los presupuestos especiales referidos en el tipo, como se citaba "no es la inexistencia de éste, sino la traslación del tipo delictivo; y para nosotros presentará la existencia de otro delito." (21)

Así, consideramos en nuestra investigación que no es muy propia la postura de algunos juristas en el sentido de que desarrollan dentro de los presupuestos del delito los temas del sujeto activo y sujeto pasivo (individual o colectiva), así como también el objeto material y el objeto jurídico, ya que los primeros sujeto activo y sujeto pasivo, bien pueden considerarse y analizarse dentro del elemento del delito llamado tipicidad, en virtud de que en este rubro se atiende a los elementos del tipo penal y, necesariamente, este contempla un sujeto activo y un sujeto pasivo; por lo que hace a los segundos objeto material y objeto jurídico, se pueden analizar también dentro del elemento tipicidad, pues cada norma jurídica o tipo penal protege un objeto o bien tutelado por el derecho.

19.- López Belancourt, Eduardo. Teoría del Delito. 1a. ed. México, Ed. Porrúa, 1994. p. 33
20.- Porte Petit, Celestino. Apuntamientos de la parte general de Derecho penal. p. 209
21.- Ibid. p. 210

3. CONTENIDO DEL ARTÍCULO 408 DEL CÓDIGO PENAL.

El tipo analizado en este trabajo es el contenido del artículo 408 del Código penal vigente para el Distrito Federal, el cual a la letra dice:

Artículo 408.- Se impondrá sanción de suspensión de sus derechos políticos hasta por seis años a quienes, habiendo sido electos diputados o senadores no se presenten, sin causa justificada a juicio de la Cámara respectiva, a desempeñar el cargo dentro del plazo señalado en el primer párrafo del artículo 63 de la Constitución. (22)

De la descripción legal referida extraeremos los siguientes conceptos. derechos políticos, diputado, senador, causa justificada y artículo 63 Constitucional, los cuales se explicarán en forma independiente.

3.1.- DERECHOS POLÍTICOS

Los derechos políticos son parte integral de un concepto genérico de derechos humanos.

Estos se definen de la siguiente manera: "Derechos humanos. I. Conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconoce al ser humano, considerado individual y

22.- Código penal vigente para el Distrito Federal

colectivamente." (23)

Ahora, posterior a la lectura de esta definición, bien podemos preguntarnos: si los derechos políticos son parte de lo que en general son derechos humanos, entonces ¿a qué se refieren aquellos en concreto?.

Del este modo, tenemos la necesidad de remontarnos a la historia y urdir en los orígenes de los derechos humanos, encontrando de forma específica, que estos al momento de su nacimiento denotaban un concepto netamente político, entendido como el respeto que debía tener el Estado hacia una persona como humano en su esfera de libertad y autonomía, pero definitivamente como se estableció, en la actualidad el concepto es más amplio y completo. De acuerdo a las actuales circunstancias de la vida y convivencia humana, enfocándonos a la parte medular que nos interesa de los derechos humanos, es decir, los derechos políticos, podemos actualizar el concepto de estos, acorde a lo prescrito en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los cuales se encuentran contemplados en el Título I, Capítulo IV "De los ciudadanos mexicanos", concretamente en su artículo 35 que reza:

Art. 35.- Son prerrogativas del ciudadano:

I.- Votar en las elecciones populares;

II.- Poder ser votados para todos los cargos de elección popular y nombrado para cualquier otro empleo o comisión teniendo las calidades que establezca la ley;

III.- Asociarse libre y pacíficamente para tomar parte en los asuntos políticos del país.

IV.- Tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional para la defensa en la República y de sus Instituciones, en los términos que prescriben las leyes; y

V.- Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición. (24)

23.- Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 3a. edición. México, Ed. Porrúa, UNAM, 1987. D-H. p. 1063

24.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El Licenciado René González de la Vega acertadamente comenta por lo que hace a los derechos políticos que frente a dichas prerrogativas del ciudadano, insertas en el artículo 35 Constitucional, en materia política, el artículo 36 de la propia Constitución, opone, para integrar el binomio jurídico, las obligaciones del ciudadano. (25)

Estas obligaciones del ciudadano en cuanto a su índole política contenidas en el artículo 36 de la Constitución, son las siguientes:

Art. 36.- Son obligaciones del ciudadano de la República:

I.- ... inscribirse en el Registro Nacional de Ciudadanos, en los términos que determinen las leyes.

III - Votar en las elecciones populares en el distrito electoral que le corresponda.

IV.- Desempeñar cargos de elección popular de la Federación o de los Estados, que en ningún caso serán gratuitos; y

V.- Desempeñar los cargos concejiles del Municipio donde resida, las funciones electorales y las de jurado. (26)

Creemos conveniente señalar dentro de este rubro que, así como el ciudadano mexicano tiene prerrogativas y obligaciones derivadas de la Carta magna, esta también prevé el hecho de que bajo determinadas circunstancias en que se coloque, puede perder sus derechos políticos en forma temporal hasta en tanto se resuelva la situación de afectación.

Estas circunstancias las encontramos en el Artículo 38 de la Constitución que dispone:

Art. 38 - Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden:

I.- Por falta de cumplimiento, sin causa justificada, de cualquiera de las obligaciones que impone el artículo 36. Esta suspensión durará un año y se impondrá además

25.- González de la Vega, René. Derecho penal electoral. 2a. ed. México, Ed. Porrúa, 1991 p. 11
26.- Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.

de los otras penas que el mismo hecho señale por la ley.

II.- Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha de auto de formal prisión;

III.- Durante la extinción de una pena corporal;

IV.- Por vagancia o ebriedad consuetudinaria, declarada en los términos que prevengan las leyes;

V.- Por estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal; y

VI.- Por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión.

La ley fijará los casos en que se pierden y los demás en que se suspenden los derechos de ciudadano y la manera de hacer la rehabilitación. (27)

El Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, ley particular que regula las cuestiones electorales, en su Capítulo primero "De los derechos y obligaciones", del Título segundo "De la participación de los ciudadanos en las elecciones", dispone como aspectos complementarios a los constitucionales lo siguiente:

Artículo 4o.

1 - Votar en las elecciones constituye un derecho y una obligación del ciudadano que se ejerce para integrar los órganos del Estado de elección popular.

2.- El voto es universal, libre, secreto, directo, personal e intransferible.

3.- Quedan prohibidos los actos que generen presión o coacción a los electores. (28)

Artículo 6o.

1.- Para el ejercicio del voto los ciudadanos deberán satisfacer, además de los que fija el artículo 34 de la Constitución, los siguientes requisitos:

a) Estar inscritos en el Registro Federal de Electores en los términos dispuestos por este código; y

27.- Idem.

28.- Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales

b) *Contar con la credencial para votar correspondiente.*

2.- *En cada distrito electoral uninominal el sufragio se emitirá en la selección electoral que comprenda al domicilio del ciudadano, salvo en los casos de excepción expresamente señalados por este código.* (29)

Ciertamente entendemos que los derechos y obligaciones de corte político son la base fundamental del sistema republicano, representativo, democrático y popular; resaltando a la democracia como un sistema político mediante el cual el ciudadano a través del representante que elige, ejercerá la soberanía que corresponde originariamente al pueblo, como elemento primordial del Estado.

3.2.- DIPUTADO

En cuanto a este elemento del artículo analizado, la palabra diputado significa:

"En general, diputado es la persona electa para fungir como representante de un cuerpo u organismo. Constitucionalmente, el diputado es la persona electa mediante sufragio popular para representar a los electores de una asamblea legislativa. En el derecho constitucional mexicano, el diputado es un representante de la Nación electo popularmente cada tres años, para integrar la Cámara de Diputados, que es una de las dos en que se divide el Congreso general de los Estados Unidos Mexicanos, o Asamblea legislativa federal." (30)

Antes de distinguir a las diferentes clases de diputados de acuerdo a una clasificación propuesta, debemos conocer los requisitos exigidos constitucionalmente para que una persona pueda ser candidato a diputado.

29.- Idem.

30.- Diccionario Jurídico Mexicano. p. 1149

El artículo 55 constitucional establece que:

Para ser diputado se requieren los siguientes requisitos:

- I.- Ser ciudadano mexicano, por nacimiento, en ejercicio de sus derechos;*
- II.- Tener veintiún años cumplidos el día de la elección;*
- III.- Ser originario del Estado en que se haga la elección o vecino de él con residencia efectiva de más de seis meses anteriores a la fecha de ella.*

Para poder figurar en las listas de circunscripciones electorales plurinominales como candidatos a diputado se requiere ser originario de alguna de las entidades federativas que comprenda la circunscripción en la que se realice la elección, o vecino de ella, con residencia efectiva de más de seis meses anteriores a la fecha en que la misma se celebre.

La vecindad no se pierde por ausencia en el desempeño de cargos públicos de elección popular.

IV.- No estar en servicio activo en el Ejército Federal, ni tener mando en la policía o gendarmería rural del distrito en donde se haga la elección cuando menos noventa días antes de entrar en ella;

V.- No ser secretario o subsecretario de Estado, ni magistrado de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a menos que se separe definitivamente de sus funciones noventa días antes de la elección.

Los gobernadores de los Estados no podrán ser electos en las entidades de sus respectivas jurisdicciones durante el período de su encargo, aún cuando se separen definitivamente de sus puestos.

Los secretarios de gobierno de los Estados, los magistrados y jueces federales o del Estado, no podrán ser electos en las entidades de sus respectivas jurisdicciones si no se separan definitivamente de sus cargos noventa días antes de la elección;

VI.- No ser ministro de algún culto religioso; y

VII.- No estar comprendido en alguna de las incapacidades que señala el artículo 59. (31)

31.- Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos

La ley reglamentaria, señala como requisitos de elegibilidad, los siguientes:

1.- Son requisitos para ser diputado federal o senador, además de los que señalan respectivamente los artículos 55 y 58 (requisitos para ser senador) de la Constitución, los siguientes:

a) Estar inscrito en el Registro Federal de Electores y contar con credencial para votar;

b) Derogado;

c) No ser magistrado, juez instructor o secretario del Tribunal Federal Electoral, salvo que se separe del cargo un año antes de la fecha de inicio del período de registro de candidatos;

d) No pertenecer al personal profesional del Instituto Federal Electoral;

e) No ser consejero magistrado en el Consejo General o consejero ciudadano ante los Consejos Locales o Distritales del Instituto, ni Director General, Secretario General o Director Ejecutivo del mismo, salvo que se separe un año antes de la fecha de inicio del registro de la elección de que se trate;

f) No ser presidente municipal o delegado político en el caso del Distrito Federal, ni ejercer bajo circunstancia alguna las mismas funciones, salvo que se separe del cargo tres meses antes de la fecha de la elección;

g) No ser diputado local, ni representante ante la Asamblea del Distrito Federal, salvo que se separe de sus funciones tres meses antes de la fecha de la elección de que se trate; y

h) No ser representante de partido político ante el Consejo General o ante los Consejos Locales o Distritales del Instituto, salvo que se separe tres meses antes de la elección. (32)

El artículo 59 Constitucional, por su parte, señala:

Los senadores y diputados del Congreso de la Unión no podrán ser reelectos para el período inmediato.

32.- Artículo 7o. del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Los senadores y diputados suplentes podrán ser electos para el período inmediato con el carácter de propietarios, siempre que no hubieren estado en ejercicio; pero los senadores y diputados propietarios no podrán ser electos para el período inmediato con el carácter de suplentes. (33)

Al hablar de representantes de la Nación y partícipes de un cuerpo u organismo, electos popularmente cada tres años (renovando la Cámara en su totalidad), debemos tener presentes que existen diferentes formas o calidades políticas de diputado, mismas que podemos clasificar como sigue:

- Por su ORIGEN.

Constituyente. Es el ciudadano electo en primera convocatoria al iniciar la etapa democrática de un país, forma parte del aparato legislativo que dará vida al régimen jurídico que garantizará el estado de derecho de una nación.

Subsecuente. Es el candidato de un partido político electo por los ciudadanos mediante el sufragio o designado a través de la representación proporcional para formar parte de la Cámara de diputados, y así, del poder legislativo federal o local, de acuerdo al régimen legal establecido para la elección.

- Por su CALIDAD.

Propietario. Es el candidato electo o designado para fungir como representante de un órgano u organismo que ejerce directamente, en conjunto con otros diputados, las atribuciones asignadas expresamente por la ley a la cámara de diputados.

Suplente. Considerado por el artículo 51 Constitucional. Es la persona que secunda al diputado propietario, y quien en ciertos casos asume esa calidad y

33.- Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos

ejerce directamente las atribuciones.

Estos casos son, de acuerdo al artículo 63 Constitucional, los siguientes: 1) por no concurrir el día señalado por la ley o los treinta días siguientes a la Cámara respectiva, 2) por licencia concedida, 3) renuncia o separación definitiva del cargo, 4) ausencia a las sesiones por diez días consecutivos sin licencia o causa justificada, y 5) en caso de no integrarse el quórum de asistencia para que la cámara pueda celebrar sus sesiones con validez.

Debemos conocer en cuanto al caso de no integrarse el quórum, cómo se integra este. Esta situación esta prevista por el primer párrafo del artículo 63 Constitucional: *"Las Cámaras no pueden abrir sus sesiones ni ejercer su cargo sin la concurrencia en la de diputados de más de la mitad del número total de sus miembros."* (34)

Faltaría referir el día señalado por la ley para la reunión de los diputados electos, de lo cual habla el artículo 65 Constitucional, explicándose este en forma subsiguiente.

- Por su COMPETENCIA.

Federal. Atendiendo a esferas de competencia, se considera que el diputado federal forma parte del Congreso de la Unión, de quien emanarán leyes y resoluciones de carácter general, es decir, con repercusiones que interesan e incluyen a todos los ciudadanos de la República.

Es importante considerar la referencia "Representantes de la Nación", ya que derivado del artículo 51 Constitucional, esta expresión "... quiere significar que los asuntos que se plantean al diputado son de interés de todo el país y por ello no se le puede anteponer un interés parcial o local. Es indudable que cuando el diputado

34.- Idem.

está ante asuntos que interesan en lo general al país, efectivamene actuará como representante de la Nación, pero, no es menos cierto, que cuando ese mismo diputado está ante asuntos que interesan únicamente al distrito que lo eligió, actuará lógica y naturalmente como representante de este distrito." (35)

Local. Se nombra así al diputado electo para formar parte de la legislatura local o Congreso de las entidades federativas. En este caso su designación se realiza en forma directa mediante el sufragio.

- Por su DESIGNACIÓN

De mayoría. De acuerdo a la Constitución Política vigente (artículo 52) serán trescientos diputados electos mediante el principio de votación mayoría relativa mediante el sistema de distritos electorales uninominales que resultan o se obtienen después de dividir la población total del país, de acuerdo al último censo de población, entre los distritos señalados y nunca serán menos de dos diputados por cada entidad federativa.

De representación proporcional. Según lo prescrito por el artículo 52 Constitucional serán doscientos los diputados designados por ese medio nombrado representación proporcional, mediante el sistema de listas regionales votadas en circunscripciones electorales plurinominales que en total son cinco.

La asignación para el caso de los diputados, debemos considerarla desde dos puntos de vista: constitucionalmente y de acuerdo a la ley reglamentaria.

El primero, debe atender necesariamente al artículo 60, el cual dispone:

Artículo 60. El organismo público previsto en el artículo 41 de esta Constitución, de acuerdo con lo que disponga la ley, declarará la validez de las

35.- Diccionario Jurídico Mexicano. p. 1150

elecciones de diputados y senadores en cada uno de los distritos electorales uninominales y en cada una de las entidades federativas; otorgará las constancias respectivas a las fórmulas de candidatos que hubiesen obtenido la mayoría de votos y hará la asignación de senadores de primera minoría de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de esta Constitución y en la ley. Asimismo hará la declaración de validez y la asignación de diputados según el principio de representación proporcional de conformidad con el artículo 54 de esta Constitución y la ley. (36)

El segundo deberá apegarse al artículo 248 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. El mismo dice:

Artículo 248

1. Concluido el cómputo y emitida la declaración de validez para la elección de diputados, el Presidente del Consejo Distrital expedirá la Constancia de Mayoría y Validez a quien hubiese obtenido el triunfo, salvo el caso de que los integrantes de la fórmula, fueren inelegibles. (37)

Esta declaración de validez y el otorgamiento de la constancia respectiva, atribuye de acuerdo a la ley, una potestad al candidato a diputado, considerándolo depositario de la soberanía de la población que lo eligió voluntariamente, envistiéndolo de una calidad jurídico-política de candidato electo.

3.3.- SENADOR

"En el derecho constitucional mexicano, senador es el representante popular, electo cada seis años dentro de la circunscripción de una entidad federativa, que

36.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

37.- Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales

integra la Cámara de senadores, que es una de las dos Cámaras en que se divide el órgano legislativo federal." (38)

Constitucionalmente para ser senador se necesita cubrir los mismos requisitos estipulados para poder ser diputado, exepctuando la edad que será de 30 años cumplidos (Artículo 58 Constitucional); requisitos que no se transcriben para no ser repetitivos, así como los contemplados por la ley reglamentaria en su artículo 7o., ya también referido.

El órgano que se configura con la concurrencia de los senadores es la Cámara de senadores, la cual se integra con cuatro miembros por cada Estado de la República y por el Distrito Federal, nombrados por elecciones directas, es decir, mediante el sufragio popular. (Artículo 56 de la Constitución), tres mediante el sistema de votación mayoritaria relativa, y uno asignado a la primera minoría.

La Cámara se renovará en su totalidad, en elección directa, cada seis años.

Al igual que los diputados, el senador electo no puede ser reelegido para el período inmediato, pero el suplente sí lo puede ser, siempre y cuando no haya ejercido el cargo, asimismo el senador propietario no puede ser electo como suplente en el siguiente período.

La Cámara de senadores no podrá abrir sus sesiones ni ejercer su cargo sin la concurrencia de las dos terceras partes de ellos, según lo prescribe el artículo 63 constitucional

En el caso de que el día en que deban reunirse los senadores propietarios para integrar la Cámara, no lo hagan, se estaría a lo dispuesto al artículo 63 Constitucional, así como cuando no concurren por causa justificada, artículo y supuesto que ya referimos al tratar, en la clasificación de los diputados, a los

38.- Diccionario Jurídico Mexicano. p. 2889.

suplentes, siendo innecesaria su repetición.

Por lo que hace a la asignación, declaración de validez y otorgamiento de la constancia respectiva a los senadores, los puntos de vista son los mismos, coincidiendo el constitucional, pero variándolo de acuerdo a la ley particular, ya que el artículo previsor de esta circunstancia es el 257, el cual dispone:

Artículo 257

1. El presidente del consejo Local deberá:

a) Expedir, al concluir la sesión de cómputo de entidad federativa y de declaración de validez de la elección de senadores, las Constancias de Mayoría y Validez a las fórmulas para senador que hubiesen obtenido el triunfo, y la Constancia de Asignación a la fórmula registrada en primer lugar por el partido que por sí hubiese logrado obtener el segundo lugar en la votación de la entidad. ... (39)

Para los senadores el efecto de la declaración de validez y otorgamiento de la constancia respectiva es el mismo que para los diputados, otorgarles la potestad soberana del pueblo e investirlos de una calidad jurídico-política, como candidatos electos que han sido, adquiriendo a su vez la obligación de representación y búsqueda de bienestar del pueblo que los eligió.

3.4.- CAUSA JUSTIFICADA

No podemos pensar de ninguna manera que el concepto causa justificada se relaciona con lo que el Código penal vigente llama "causas de exclusión del delito", en virtud de que estas se refieren a los aspectos negativos de casa uno de los elementos del delito, y por cuya razón al cometerse una conducta típica, antijurídica,

39.- Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales

imputable y culpable que tiene consecuencias punibles (delito), este se excluye, por considerar dentro de ello circunstancias concretas y especialísimas que modifican la apreciación delictiva llevándola a la licitud del acto.

Es cierto que el concepto causa justificada tiene el mismo efecto, e interpretando a *contrario sensu* el tipo penal en estudio en su parte: "...sin causa justificada a juicio de la Cámara respectiva..." (40), deja esta en su procedencia y aprobación, al libre albedrío de la Cámara legislativa correspondiente.

En este entendido, ahora tocamos una peculiaridad muy subjetiva en el tema, pues se atiende a la voluntad jurídico-colectiva de los integrantes de la Cámara legislativa sin parámetros ni restricciones.

Por esas razones y para tratar de distinguir estas causas, atenderemos a distintas consideraciones.

- La causa justificada deriva de la voluntad del legislador al igual que las causas excluyentes del delito.
- La causa justificada se encuentra expresa en la ley a semejanza de las excluyentes del delito.
- El efecto de la causa justificada es excluir la existencia del delito, como también lo es de las causas de exclusión del delito.
- La causa justificada es válidamente hecha antes de un proceso seguido ante el órgano jurisdiccional, desahogándose dentro de la Cámara legislativa, sin que se requiera para ello de condiciones normativas procedimentales preestablecidas relativas al hecho o al sujeto.

40.- Código Penal vigente para el Distrito Federal.

- La causa excluyente del delito necesita de aquellos referidos elementos concretos y especialísimos para su procedencia, sustanciándose de acuerdo a normas establecidas ante un órgano administrativo (Ministerio público) o jurisdiccional, según el caso y momento de comisión.

Por ello, es conveniente criticar la salvedad: causa justificada contenida en el artículo en estudio, en virtud de que se deja al total albedrío legislativo-colectivo (integrantes de la Cámara respectiva), la calificación sobre la comisión o no comisión del delito por parte de un representante de elección popular, aún cuando desde el punto de vista jurídico la omisión sea ilícita, restándole eficacia al tipo penal.

También lo negativo del caso es que legalmente no se restringe ese albedrío a ciertas condiciones, de tal forma que si existiera la omisión típicamente perfecta se excluiría el delito por causa de la decisión emitida por los homólogos electos.

Así que, en virtud de que no existen parámetros, es necesario exponer como propuesta, que la causa que sea aducida como justificante de la omisión por el representante electo, debe juzgarse desde el punto de vista lógico-jurídico por los demás representantes populares electos, de modo que no exista duda alguna que efectivamente fué imposible la comparecencia para desempeñar el cargo, esto, claro, sin que dicha causa exceda de lo que se considera comunmente fuerza mayor.

3.5.- ARTÍCULO 63 CONSTITUCIONAL

Este artículo a la letra dice:

Artículo 63.- Las Cámaras no pueden abrir sus sesiones ni ejercer su cargo sin la concurrencia, en cada una de ellas, de más de la mitad del número total de sus miembros; pero los presentes de una y otra deberán reunirse el día señalado

por la ley y compeler a los ausentes a que concurran de los treinta días siguientes,
... (41)

Del contenido del artículo anterior para conocer la fecha cierta y determinada en la que deberán comparecer los integrantes de las Cámaras, debemos relacionar el mismo con lo dispuesto por el artículo 65, también de la Constitución. El mismo enuncia:

Artículo 65.- El Congreso se reunirá a partir del 1o. de septiembre de cada año, para celebrar un primer período de sesiones ordinarias y a partir del 15 de marzo de cada año para celebrar un segundo período de sesiones ordinarias. (42)

41.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
42.- Idem.

4.- ESTUDIO JURÍDICO SUSTANCIAL

"La teoría del delito comprende el estudio de sus elementos, su aspecto negativo y las formas de manifestación del mismo. Consecuentemente la teoría del delito debe enfocarse hacia sus problemas: existencia del delito, su inexistencia y aparición" (43)

Doctrinariamente para conocer la composición del delito se ha recurrido a dos principales teorías, estas son:

- Teoría TOTALIZADORA. Esta considera al delito como un bloque monolítico, como unidad, sin que pueda dividirse, por lo que la esencia del delito está en un todo como entidad homogénea.
- Teoría ATOMIZADORA. Propone el estudio del delito desintegrándolo en cada uno de sus elementos, pero sin que ello implique su independencia o autonomía, ya que entre ellos existe "una vinculación indisoluble" (44)

4.1.- CONDÚCTA O HECHO

Celestino Porte Petit manifiesta que "...al hablar de la conducta, no solamente de ella, sino el hecho también, son elementos objetivos del delito, según la descripción del tipo, originándose así los delitos de mera conducta y de resultado material" (45), en cuyo caso se habla de hecho.

43.- Porte Petit, Celestino Apuntamientos de la parte general de derecho penal. p.195

44.- Ibid. p.197

45.- Ibid. p. 287

Antolisei afirma que el delito es ante todo una acción humana, que los fenómenos de la naturaleza y el hecho de los animales nunca podrán constituir delito, y que sin la acción, el delito no es concebible (46). Sólo los actos humanos pueden tener como consecuencia una pena.

En cuanto a la conducta como elemento primordial y básico del delito, así considerado por muchos autores, existe, como se ha podido observar, el problema de encuadrar la misma como tal o como hecho, y dividir a la primera en acción y omisión.

Raúl Carrancá y Trujillo define a la conducta como: "el elemento básico del delito. Consiste en un hecho material, exterior, positivo o negativo, producido por el hombre." (47)

De tal suerte que se habla de conducta y hecho, considerando a la conducta como una simple acción u omisión, actividad o inactividad simplemente, y al hecho como acción u omisión que produce un resultado material unido por un nexo causal. Esta distinción la encontramos generalmente inmersa en la descripción de la conducta del tipo penal ya que el mismo manifiesta expresamente si requiere solamente una conducta para actualizar el delito, o también es necesario un resultado material.

Algunos autores no consideran a la conducta y opinan que el hacer o no hacer tampoco es un hecho, sino un acto, porque hecho como dijimos es todo acontecimiento de la vida y es originado en la naturaleza; en cambio el acto supone la participación de un ser dotado de razón y voluntad, siendo este una acción u omisión espontánea y motivada. El maestro Jiménez de Asúa al referirse al acto manifiesta que es: "la manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por hacer lo que se espera deja sin mudanza

46.- Ibid. p. 261

47.- Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho penal mexicano. p. 261

ese mundo externo cuya modificación se aguarda" (48)

En virtud de que los hechos son generalmente considerados como manifestaciones de la naturaleza, independientes a la voluntad del hombre, y acto presupone la existencia de este, entonces adoptaremos la connotación de conducta, sinónimo de acto, como un término más apegado a lo jurídico para abordar su estudio ya que la conducta es invariablemente ejecutada por los seres humanos, coincidiendo en la misma un elemento psíquico y uno físico, este último manifestándose en el mundo exterior para que pueda ser visualizado como delito al producir una transformación en el mundo de los fenómenos.

La acción como una de las dos vertientes de la conducta es un acto primordialmente voluntario que se exterioriza en un hacer o un no hacer, y el resultado se manifiesta en el mundo exterior, ya sea modificándolo o poniéndolo en peligro, encontrando entre estas dos circunstancias una relación necesaria a la que llamaremos nexo de causalidad y a la cual nos habíamos referido como parte del hecho.

Entre las teorías que explican a la acción encontramos a:

- La CAUSALISTA. Considera la acción como un proceder en que se toma en cuenta únicamente el resultado mismo, tomando en cuenta también a la voluntad del sujeto, haciéndola de lado si el mismo deseaba ese resultado.

- La FINALISTA. Considera a la acción como movimiento corporal voluntario que tiene como consecuencia un fin que fué previsto dentro de los límites normales y que además es querido o deseado por el sujeto activo.

Existen también por parte de la doctrina dos concepciones de la acción: el sentido amplio y en estricto sentido.

48.- Jiménez Asúa, Luis. La ley y el delito. p. 210.

En sentido amplio consiste en la conducta exterior, ya sea un hacer activo o una omisión voluntaria encaminada a la producción de un resultado (49), conste este en una mutación del mundo exterior o en el peligro de que llegue a producirse.

La acción en estricto sentido es: "todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación." (50)

La diferencia entre ambas se observa en que la primera contempla acciones y omisiones, en cambio la segunda no.

La acción desde otro enfoque también puede revestir dos formas: una positiva que es el actuar, un movimiento corporal exteriorizado de consecuencia consistente en la afectación del mundo exterior o del peligro que este suceda, violando una norma que prohíbe, es decir, se realiza la conducta que no se debe de hacer; otra, la forma negativa u omisión consiste en un no hacer, no existe movimiento corporal, lo cual tiene consecuencias no necesariamente materiales, violando una norma que impone un deber hacer, es decir, se deja de hacer lo que se debe de hacer.

La acción en su aspecto negativo se integra por una manifestación de voluntad, una inactividad, el deber jurídico de obrar y un resultado típico que constituye la otra vertiente de la conducta nombrada omisión, esta es una conducta negativa que viola una ley dispositiva, traduciéndose en una falta de actividad del sujeto activo, o la inejecución de la conducta ordenada por la ley.

De la omisión se derivan a su vez dos tipos: omisión simple y comisión por omisión.

49.- Cuello Calón, Eugenio. Derecho penal. Parte general. T I. V I. 18a. ed., Barcelona, Ed. Bosch, 1981. p. 334
50.- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos elementales de derecho. penal. p.152.

La omisión simple: "consiste en la falta de actividad jurídicamente ordenada con independencia del resultado material que produzca, es decir se sanciona la omisión misma" (51)

En los delitos de omisión simple que consisten en un no hacer activo, corporal y voluntario se viola una ley preceptiva que ordena la realización de determinada conducta, sin que exista un resultado material necesariamente ya que el resultado es jurídico, concretándose el tipo penal con una sola conducta omisiva que es en realidad lo que sanciona la norma. El delito es formal por su resultado.

Los delitos de comisión por omisión u omisión impropia consisten en una doble violación, la de obrar y la de abstenerse, dicho de otra manera infringen una ley preceptiva y prohibitiva, el sujeto no actúa, no hay movimiento corporal y este es conciente (preceptiva), produciendo un resultado jurídico o típico y uno material (prohibitiva), sancionándose no solo la conducta omitida y esperada, sino las consecuencias. Son delitos de resultado material.

Retomando los conceptos anteriores podemos decir, por lo que hace a la acción, que esta tiene tres elementos: un movimiento voluntario, un resultado y una relación entre uno y otro. Esto ha llevado a que se ponga especial interés precisamente en ese nexo causal que es el lazo que une a la conducta como antecedente del resultado, entendido como el cambio en el mundo exterior, previsto y sancionado necesariamente por una ley penal. Considerada conjuntamente, hablando de acuerdo a la base típica del resultado, como "la total realización típica exterior." (52)

En virtud de que existe controversia por lo que hace al nexo causal para incluirlo como elemento de la conducta y no del delito, se han elaborado varias teorías que lo explican.

51.- Castellanos Tena, Fernando. Op. cit. p. 136

52.- Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. cit. p. 263

- La teoría GENERALIZADORA O DE EQUIVALENCIA DE CONDICIONES. Nombrada también como *conditio sine qua non*, postula que todas las condiciones antecedente del resultado tienen el carácter de causa del mismo, de tal forma que suprimida una, el resultado no se produce.

Esta postura fué criticada en virtud de que las causas podían ser ya fuera temporales, cuantitativas o cualitativas, generando infinidad de ellas. El problema se resolvió de manera sencilla, aceptando desde el punto de vista lógico y jurídico, que el simple resultado no constituye un delito, sino que requiere de los elementos que integran al tipo penal, en consecuencia las causas generadoras del delito se reducen significativamente, tomando en consideración solamente a las necesarias contempladas para la producción del mismo.

- La teoría INDIVIDUALIZADORA comprende cinco:

La de LA ÚLTIMA CONDICIÓN. Dándole el carácter de causa a solo una de las condiciones que intervienen, y es precisamente, la postrera o última realizada por el sujeto.

La de LA CONDICIÓN MÁS EFICAZ. Esta considera que la causa eficaz es la que más contribuyó al resultado.

La de LA CAUSA EFICIENTE. Postula que la causa adecuada es la que tiene capacidad de ocasionar el resultado.

La de LA PREVALENCIA O EQUILIBRIO DE CAUSAS. Esta teoría cree que en el mundo existe un equilibrio de fuerzas, cuando una de las fuerzas logra cambiar el mundo de los fenómenos y produce un resultado, esa condición prevalece sobre las demás y debe atribuírsele el carácter de causa del resultado.

La de LA ADECUACIÓN O CAUSACIÓN ADECUADA. Considera como causa a la más apropiada y adecuada para producir el resultado.

Es esta última la que se considera como aplicable para resolver el problema planteado, por lo que nos adherimos a este criterio.

Asimismo por lo que hace a los delitos de omisión existen otras teorías que explican el nexo causal del mismo y a diferencia de las teorías en los delitos de acción, consideran el acto esperado en vez del cometido y en lugar de la voluntariedad del acto omitido, la posibilidad de haber querido el acto esperado (53)

Las principales teorías son:

- Del *allud actum, agere o fachere* CONTEMPORÁNEA O DIVERSA. Encuentra la causa en los actos positivos originados por el sujeto al abstenerse de la conducta esperada, situación que no es aceptable ya que no necesariamente debe haber una acción diversa o consecuente.
- De la ACCION PRECEDENTE. Se cree que la causa está en el acto que antecede a la omisión.
- De la INTERFERENCIA. La causa estriba entre la energía que impulsa al hombre para actuar (que es reprimida o interferida) y el resultado producido.
- De la OMISIÓN MISMA. Como lo expresa, simplemente es la omisión manifestada. Considerando esta postura como la más acertada.

En el tipo penal estudiado, la descripción legal requiere de la comisión por omisión, un no hacer que produce un resultado jurídico y uno material.

Su naturaleza atiende a quienes habiendo sido electos diputados o senadores no se presenten a desempeñar su cargo. La omisión de presentarse por parte de estos sujetos constituye la conducta que actualizará el tipo; es

53.- López Betancourt, Eduardo. Teoría del delito. p. 91

simplemente no acudir, no estar presente físicamente, redundando en provocar la lesión de un bien jurídico ideal y otro bien jurídico material, como posteriormente se explicará.

De esta forma encuadramos tal conducta dentro de la acción en sentido amplio en su modalidad de omisión; también puede ser una acción negativa ya que consiste en un no hacer cometido por omisión ya que se viola el deber de obrar y sus consecuencias también se manifiestan en forma material, aparte del resultado jurídico, sancionándose la inactividad y el resultado, constituyendo un delito formal y material por su resultado. Asimismo consideramos que el hecho de no acudir a desempeñar el cargo deriva de una determinación voluntaria por parte del sujeto para conducirse de esa manera, lo que supone que psíquicamente no se quiere y físicamente no se realiza, pero la omisión se refleja materialmente.

4.1.1.- AUSENCIA DE CONDUCTA

Cuando falta alguno de los elementos que integran el delito este no puede existir, por ende, en el caso de que no haya conducta o la omisión misma, el delito no se concreta en la descripción de la conducta contenida en la norma penal y evidentemente no habrá delito, dando origen a supuestos de ausencia de conducta.

El Código penal contempla como causa de exclusión del delito en el artículo 15 fracción primera *que: el hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente.* (54)

Por ello, siguiendo la línea de falta de voluntad existen algunas causas que impiden que el delito se integre por ausencia de conducta, entre ellas podemos mencionar a la fuerza física superior irresistible, fuerza mayor y movimientos reflejos, aunque algunos autores mencionan también como tales al sueño, el

54.- Código penal vigente para el Distrito Federal

hipnotismo y el sonambulismo.

Fuerza física superior irresistible

La fuerza física superior irresistible o *vis absoluta* gira en torno a la falta de voluntad al realizar un movimiento muscular que tiene consecuencias penales, esta es una fuerza de la naturaleza que se ejerce sobre el cuerpo del agente que figura como activo y el resultado es que el mismo ejecute, sin tener alternativa de dominio, algo que no quiso ejecutar y que esta contemplado en la ley como delito.

La fuerza a que se refiere esta ausencia de conducta, necesariamente tiene que ser de la naturaleza, de carácter material y no moral, "porque es la única que puede hacer actuar al sujeto en contra de su voluntad." (55)

Fuerza mayor

Por lo que hace a la fuerza mayor o *vis maior* la entendemos como una situación similar a la fuerza física superior irresistible, sólo que en esa, la conducta, acción u omisión, producto de una fuerza material, también sin posibilidad de control y de consecuencias penales, proviene no de la naturaleza, sino del hombre.

Movimientos reflejos

Los movimientos reflejos son actos físicos o corporales involuntarios, comprendidos como una situación más de la ausencia de voluntad en el agente, aunque los tratadistas consideran que si los mismos fueron previsibles o controlables, pueden dar lugar a la responsabilidad de un sujeto.

55.- López Betancourt, Eduardo. Op. cit. .p. 98

Sueño, hipnotismo y sonambulismo

El sueño: "es el descanso regular y periódico de los órganos sensoriales y del movimiento, acompañado de la relajación de los músculos y la disminución de varias funciones orgánicas y nerviosas como la temperatura del cuerpo." (56)

El hipnotismo: "es el procedimiento para producir el llamado sueño magnético, por fascinación, influjo personal o por aparatos personales" (57)

Y el sonambulismo: "es el estado psíquico inconciente, mediante el cual la persona que padece sueño anormal tiene cierta aptitud para levantarse, andar, hablar y ejecutar otras cosas, sin que al despertarse recuerde algo". (58)

En los tres casos anteriores cuando el sujeto está en alguno de estos estados de inconciencia total, obviamente carece de voluntad y sus actos no pueden ser considerados culpables, a menos que se induzca a ellos a sabiendas de que en ese estado puede ejecutar alguna conducta ilícita.

Dentro del tipo penal en estudio la ausencia de conducta se presenta precisamente cuando no hay tal conducta, es decir, cuando no se genera por parte del sujeto la omisión núcleo del tipo, exteriorizada al presentarse a desempeñar su cargo de diputado o senador electo. Lo que supone que esta persona no se representó la idea de faltar al desempeño de su función, y si lo hizo, no ejecutó aquella voluntad, pero sí la de acudir, la cual es relevante jurídicamente.

Sobre las particulares formas de ausencia de voluntad, consideramos que sí es viable que actúe sobre el diputado o senador electo una fuerza natural que lo restrinja de dominio y redunde en su ausencia, esta debe aplicarse a él físicamente y no a las circunstancias que lo rodean, de tal forma que si sucediera un fenómeno

56.- Idem.

57.- Idem.

58.- Idem.

natural, debería ejercerse sobre él físicamente y no sobre algo o alguien ajeno. Este criterio es extensible respecto de la fuerza física superior e irresistible bajo la misma condición.

Los actos reflejos en nuestro concepto no son causas que excluyan de delito por ausencia de voluntad o conducta, ya que estos son acciones transitorias, lo que en el tipo en estudio no sucede.

En el caso del sueño o sonambulismo tampoco concedemos relevancia en nuestro particular estudio por que el sujeto debe prever estas circunstancias y si padeciera de ingresar en estos estados por tiempo prolongado, su responsabilidad es tomar medidas que contrarresten los mismos y no dejarse permanecer en ellos dolosamente. Además fisiológicamente no se puede caer en sueño por espacios demasiado prolongados en condiciones físicas normales. Por lo que hace al sonambulismo, este por consecuencia también perdura en tanto se extienda el sueño, adhiriéndonos al criterio anterior.

Por último, el hipnotismo y la ausencia de conducta por este motivo dentro del tipo penal en estudio, tendría que ser caso extremo, muy raro por cierto. El hecho de pensar que se privara de la voluntad al diputado o senador por hipnotismo para que no se presentase a desempeñar su cargo se nos hace un tanto fantacioso, pero si ocurriera sería válido, siempre y cuando el representante no haya colaborado directa y voluntariamente a colocarse en ese estado.

4.2.- TIPICIDAD

Al igual que el elemento conducta, la tipicidad es parte fundamental y necesaria del delito, tema al que en la actualidad no se ha llegado a un criterio uniforme, pero que en el fondo tiene la misma esencia.

Es necesario conocer en primera instancia lo que es tipo penal y posteriormente lo que es tipicidad con el fin de no confundir estos dos conceptos, ya que muy a menudo una percepción *a priori* de estos termina en una grave confusión.

El maestro Luis Jiménez de Asúa dice que el tipo legal es la abstracción concreta trazada por el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito. (59)

Antolisei afirma que el tipo modelo no solo es el conjunto de elementos materiales atribuibles al agente, que se indican en las diferentes normas incriminadoras, sino también por el conjunto de los elementos, tanto objetivos como subjetivos, que deben concurrir para la existencia de determinado delito (60), mismos que se desprenden también de la parte general del código sustantivo.

Para Jiménez Huerta tipo es la descripción de la conducta que a virtud del acto legislativo, queda plasmado en la ley como garantía de libertad y seguridad, como expresión técnica del alcance contenido de la conducta injusta del hombre que se declara punible. (61)

Por su parte Ignacio Villalobos estima al tipo como la descripción esencial de un acto que la ley considera delictuoso, es la descripción del acto o el hecho injusto y antisocial (previamente valorado como tal) en su aspecto objetivo externo; es la forma legal de determinación de lo antijurídico punible, supuestas condiciones normales en la conducta que describe. (62)

Fernando Castellanos dice que: "es la creación legislativa, la descripción que

59.- Jiménez de Asúa, Luis. Tratados de derecho penal. T. III. p.654
60.- Antolisei, Francisco. Manual de derecho penal. p. 138
61.- Jiménez Huerta, Mariano. La tipicidad. p. 15
62.- Villalobos, Ignacio. Derecho penal mexicano. p. 257

el Estado hace de una conducta en los preceptos penales" (63)

Ricardo Franco Guzmán dice que tipo es la descripción que la ley hace de una conducta o de un hecho que considera merecedor de una sanción penal (64)

Por lo que respecta a la tipicidad, diversos autores han expresado lo siguiente:

Para Mariano Jiménez Huerta: "la adecuación típica (tipicidad) significa encuadramiento o subsunción de la conducta principal de un tipo de delito y subordinación o vínculo al mismo de las conductas accesorias." (65)

Jiménez de Asúa dice tipicidad: "es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción." (66)

Para Francisco Blasco y Fernández de Morera: "la acción típica es solo aquella que se acomoda a la descripción objetiva, aunque saturada a veces de referencia a elementos normativos y subjetivos del injusto de la conducta general mediante la repudia delictuosa, por violar, en la generalidad de los casos, un precepto, una norma, penalmente protegida." (67)

El Doctor Raúl Carrancá y Trujillo dice que tipicidad: "es la conformidad de la conducta con la hipótesis delictiva consignada en la ley penal." (68)

Para Eduardo López Betancourt: "es la adecuación de la conducta al tipo

63.- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal. p.165

64.- Apuntes. Cátedra de derecho penal I. U.N.A.M.

65.- Jiménez Huerta, Mariano. Op. cit. p. 207

66.- Idem.

67.- Citado por Eduardo López Betancourt. Op. cit. p. 107

68.- Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho penal mexicano. p. 107.

penal." (69)

El Doctor Ricardo Franco Guzmán por su parte dice que es la adecuación de una conducta o hecho al tipo legal, a la descripción hecha por la ley. (70)

Entendidas las concepciones anteriores sobre lo que es tipo y tipicidad en materia penal, podemos claramente, concluir que el tipo se refiere exclusivamente a la norma penal que sanciona la comisión u omisión de una conducta y la tipicidad se refiere a la conducta misma que debe corresponder en forma perfecta a la descripción contenida en la ley.

Es importante señalar que en materia penal no existe la analogía que permita encuadrar una conducta a determinado tipo penal si no existe la tipicidad requerida. Tal afirmación deriva del artículo 14 Constitucional en su párrafo tercero que a la letra dice: *En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata.* (71)

Cabe, asimismo, hacer mención que los tipos penales han sido clasificados desde diferentes puntos de vista, aportando a continuación la hecha por el maestro Fernando Castellanos (72). Así los tipos se clasifican:

- Por su COMPOSICIÓN

Comprende tipos normales los cuales se limitan a hacer una descripción objetiva (homicidio), y los anormales que además de factores objetivos contienen elementos subjetivos o normativos (peculado).

-Por su ORDENACIÓN METODOLÓGICA

-
- 69.- López Betancourt, Eduardo. Loc. cit.
70.- Apuntes. Cátedra de derecho penal I. U.N.A.M.
71.- Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dentro del mismo encontramos los fundamentales o básicos que constituyen la esencia o fundamento de otros tipos (homicidio), los especiales que se forman agregando otros requisitos al tipo fundamental, al cual se subsumen (homicidio en razón del parentesco o relación), y los complementarios que se constituyen al lado de un tipo básico y circunstancia o peculiaridad distinta (homicidio calificado).

- En función de su AUTONOMÍA O INDEPENDENCIA

En esta clasificación se habla de los autónomos o independientes que tienen vida por sí (robo simple), y de los subordinados de dependen de otro tipo penal (homicidio en riña).

- Por su FORMULACIÓN

Encontramos en esta última clasificación a los casuísticos los cuales prevén varias hipótesis, integrándose el tipo en ocasiones con alguna de ellas (adulterio); otras con la conjunción de todas (Genocidio). Por último hablamos de los de formulación amplia que describen una hipótesis única (robo) que puede ejecutarse por cualquier medio comisivo.

En el caso de la figura penal en estudio, el tipo lo constituye la descripción de la misma contenida en la ley. Esta a continuación se expresa de acuerdo a las reformas y adiciones al Código penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal de fecha 14 de agosto de 1990, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 16 de agosto del mismo año.

Art. 408.- Se impondrá sanción de suspensión de sus derechos hasta por seis años a quienes, habiendo sido electos diputados o senadores no se presenten, sin causa justificada a juicio de la Cámara respectiva a desempeñar su cargo dentro del

72.- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal. p.171.

plazo señalado en el primer párrafo del artículo 63 de la Constitución. (73)

La tipicidad, en consecuencia la constituye la conducta del diputado o senador que habiendo sido electo no se presenta, sin causa justificada a juicio de la Cámara, a desempeñar su cargo en el plazo establecido en el párrafo primero del artículo 63 Constitucional, adecuándose a cada elemento descrito en la conducta anterior.

Es muy importante no olvidar que cada detalle o elemento objetivo, subjetivo y normativo que constituye el tipo, debe realizarse cabalmente para que exista jurídicamente el delito, de otro modo la conducta podrá encuadrarse a otro tipo, o simplemente no existir como tal a la luz del derecho.

4.2.1.- ELEMENTOS DEL TIPO

Por lo que hace a los elementos que constituyen el tipo penal citaremos, de acuerdo a la opinión de la mayoría de doctrinarios a: los presupuestos de la conducta, al sujeto activo, al sujeto pasivo, al objeto jurídico y material, las modalidades de la conducta, elementos normativos y elementos objetivos del injusto, elementos que para su mejor comprensión y entendimiento analizaremos por separado.

Presupuestos de la conducta o hecho

Respecto a los presupuestos de la conducta o hecho, remitiremos al lector al capítulo 2 de Consideraciones generales, en virtud de que ya fueron abordados.

En este caso a nuestro parecer el tipo en análisis contiene un presupuesto

73.- Código penal para el Distrito Federal

jurídico: la calidad de diputado o senador electo. La consideración hecha se motiva en torno a la palabra electo que, si bien se refiere al sujeto diputado o senador, requiere que este deba ser electo, entendiendo el término como una calidad político-jurídica otorgada, pero fundamentalmente como aquella situación de facto verificada con posterioridad al tiempo de elecciones, momento en que un organismo público al hacer la calificación de las elecciones, otorga la constancia respectiva a los candidatos a senador y declara la validéz de la elección de diputados, asignando también a los mismos por representación proporcional, como ya se apuntó.

Sujeto activo

En cuanto al sujeto activo el Doctor Raúl Carrancá y Trujillo dice en forma precisa: "el sujeto activo (defensor o agente) del delito es quien lo comete o participa en su ejecución. El que lo comete es activo primario; el que participa, activo secundario." (74)

De este concepto podemos dilucidar sin mayores problemas que se trata de una conducta desplegada por un hombre como único ser capaz de voluntad y conciencia, que le permite discernir entre lo bueno y lo malo, lo prohibido y lo permitido. En consecuencia el sujeto activo es quien realiza la conducta típica, antijurídica, culpable e imputable, con resultado punible.

En el devenir histórico al sujeto activo se le ha denominado como agente o sujeto activo, autor, delincuente, etc. .

Al respecto, para no trincar el objetivo del tema, brevemente citaremos algunas clases de autoría como son: el autor directo como quien realiza materialmente la acción y es sobre el que recae la valoración de culpa y la

74.- Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, parte general. p. 171

aplicación de la pena; existiendo también una forma de participación llamada autor mediato concebido como el sujeto que realiza el delito valiéndose de otro sujeto, sirviendo este último de instrumento. asimismo podemos hablar del co-autor quien es el que realiza el ilícito en forma conjunta con el actor, derivándose la participación directa del mismo.

La diferencia entre el autor y el partícipe estriba, siguiendo la idea de Zaffaroni en que "el autor es el creador del delito, quien lleva a cabo el evento delictivo; los partícipes son los ayudantes, quienes colaboran con el autor, pero nunca llevan la plena responsabilidad del evento delictivo." (75)

Es importante señalar que la legislación penal vigente estima en su artículo 13 a las personas responsables del delito, estas se analizarán en el capítulo 5 en el apartado autoría y complicidad.

Por otro lado respecto del sujeto activo en ocasiones la misma ley exige que este tenga cierta calidad como autor para que se actualice la tipicidad y pueda fincársele responsabilidad.

Un ejemplo de ello es el artículo 155 del Código Penal vigente se refiere *Al reo que se fuga estando bajo alguna de las sanciones privativas de libertad, o en la detención o prisión preventiva. no se le contará el tiempo que pase fuera del lugar en que debe hacerla efectiva, ni se tendrá en cuenta la buena conducta que haya tenido antes de la fuga.* (76) En el particular para que el delito se tipifique debe tener el sujeto activo la calidad de reo.

Por último, considerando del problema que se ha suscitado en cuanto a las personas morales y la posibilidad de ser sujetos activos del delito, el artículo 11 del Código Penal vigente dispone. *Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica o de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con*

75.- Citado por López Betancourt, Eduardo. Teoría del delito. p. 38

76.- Código Penal Vigente para el Distrito Federal

exepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto de las mismas entidades le proporcionen de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados en la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública. (77)

El citado artículo sienta las bases para determinar que cuando está involucrada en un ilícito cualquier persona moral, quien comete en delito es un miembro o representante de esta persona jurídica, es decir, es una persona en lo individual, ya que la persona colectiva carece de voluntad por sí.

Ignacio Villalobos dice que es erróneo sancionar a la persona colectiva por actos de uno de sus miembros, y si acordaran los miembros creadores de la persona colectiva sobre la comisión del ilícito, estaríamos frente a una co-autoría. (78)

En nuestro caso concreto el sujeto activo literalmente debe ser un diputado o senador, ya que el tipo penal requiere de estos una omisión para su nacimiento jurídico-delictivo, contemplándose además como personas en lo individual que requieren de una calidad político-jurídica (diputado o senador electo). Trátan de un sujeto propio o exclusivo.

Para el caso de que se haya suscitado una confusión a este respecto por no discernir claramente entre calidad del sujeto como presupuesto jurídico y calidad especial del sujeto activo en el tipo penal en estudio, aclararemos la misma atendiendo a dos momentos de tipicidad en el tipo:

- En el primero, referente al presupuesto jurídico, aplicamos nuestro criterio bajo un punto de vista temporal, concediendo relevancia al momento de las elecciones en

77.- Idem.

78.- Citado por Castreñanos Tena, Fernando Op. cit. pp. 150 y 151

que se sufraga para elegir al diputado o senador y la consecuencia jurídico-política en estos al ser electos.

- El segundo es aplicado desde un punto de vista subjetivo, y en especial a la calidad requerida al individuo participe en las elecciones como aspirante a ser votado diputado o senador, centrandó nuestra atención en el hecho real y consumado (posterior a las votaciones) en que se otorga la constancia de asignación por el órgano público, investido al candidato con la calidad referida anteriormente.

Sujeto pasivo

"Por sujeto pasivo, ofendido o inmediato, se entiende la persona que sufre directamente la acción, sobre la que recaen los efectos materiales mediante los que se realiza el delito, el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito" (79)

Generalmente los sujetos pasivos son las personas individuales, aunque también figuran como tales las personas jurídicas colectivas, el Estado y la colectividad social.

Las personas jurídicas colectivas son pasivas por el hecho de tener bienes jurídicos y ser titular de derechos, así como el Estado, en este caso, es importante mencionar que algunos autores consideran al mismo como pasivo de todos los delitos, colocándolo como aquel representante y defensor de la sociedad, sus miembros y el orden público que siempre se ve afectado por la comisión de un delito.

Otro de los sujetos pasivos lo constituye la colectividad social, caso

79.- Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. cit. p. 225.

específico es verse afectada la humanidad o un núcleo social por la comisión de los delitos de genocidio o alguno contra la salud.

Por último al igual que el sujeto activo en ocasiones la ley requiere cierta calidad especial en el sujeto pasivo para figurar propiamente como tal. Un ejemplo de esta circunstancia lo encontramos en el artículo 201 del Código penal cuando menciona: *Al que procure o facilite la corrupción de un menor de dieciseis años o de quien no tenga capacidad para comprender el significado del hecho, mediante actos de exhibicionismo corporal, lascivos o sexuales, o lo induzca a la práctica de la mendicidad, la ebriedad, al consumo de narcóticos, a la prostitución, al homosexualismo, a formar parte de una asociación delictuosa, o a cometer cualquier delito, se le aplicaran de tres a ocho años de prisión y de cincuenta a doscientos días multa.* (80)

Dentro del tipo penal estudiado, el sujeto pasivo será el titular del objeto jurídico y material tutelado, a manera de mención son: las personas en lo individual, la sociedad y el Estado.

Objeto jurídico y objeto material

Es conveniente en nuestro concepto hablar conjuntamente del objeto jurídico y material toda vez que son las entidades sobre las que recaen los delitos ya sea de acción u omisión.

Mientras que el objeto material es el físico (objeto o persona) con frecuente afectación por ser una entidad real; el bien jurídico como interés tutelado por la ley penal, siempre es afectado por ser una entidad ideal.

Un ejemplo de objeto jurídico protegido lo encontramos en el artículo 187 del

80.- Código Penal Vigente para el Distrito Federal

Código Penal vigente al disponer: *Al que quebrante los sellos puestos por orden de la autoridad pública se le aplicarán de treinta a ciento ochenta jornadas de trabajo en favor de la comunidad.* (81) En el particular se viola la orden de la autoridad que puso los sellos, es una entidad ideal y el objeto material son los sellos y su quebrantamiento.

En cuanto a los resultados producto de la afectación al bien jurídico tutelado concretamos en citar al daño entendido como la efectiva destrucción, disminución o compresión del mismo, y al peligro como la situación en que se coloca al bien jurídico tutelado con posibilidad real de ser destruido o afectado (causar daño).

El objeto jurídico en nuestro concepto para el tipo en análisis, se refiere a las instituciones democráticas como el eficaz ejercicio del sufragio, la democracia, el sistema de gobierno republicano, representativo federal y su orden, el interés colectivo y su manifestación de voluntad. A manera de resumen, todo el orden público entendido como "los principios básicos en que se apoya a estructura de la organización del grupo social" (82), incluyendo por igual las valoraciones sociales dominantes que mantienen la cohesión, identidad, solidaridad y permanencia de la sociedad, en la cual concurren como contenido de estas: la política, la economía, la religión, la ética, etc. Formando, así, en conjunto el *ius cogens* que tiene fuerza imperativa absoluta.

Por lo que hace al objeto material, en el particular se manifiesta en el orden e integración cameral.

El jurista René González de la Vega opina que el resultado de dicha conducta omisiva por parte del diputado o senador electo no es meramente formal pues produce un daño material tanto al mandato popular, como a la integración de

81.- Idem.

82.- Galindo Garfias, Ignacio. Derecho civil. 9a ed. México, Ed. Porrúa, 1989. pp. 758

la Cámara respectiva. ⁽⁸³⁾ Se advierte objetivamente, de no ser así, no puede afirmarse daño material.

Modalidades de la conducta

Este elemento del tipo en ocasiones se contempla dentro de la norma comprendiendo las referencias temporales y espaciales de la conducta así como ciertos medios empleados para su consumación

Abordaremos cada situación con ejemplos extraídos del Código penal para facilitar su entendimiento y comprensión.

Una referencia temporal la encontramos en el artículo 329 del Código Penal: *Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.* ⁽⁸⁴⁾

Un ejemplo de referencia espacial la encontramos en el artículo 387 fracción IV hablando de fraude específico al disponer: *Al que se haga servir una cosa o admita un servicio en cualquier establecimiento comercial y no pague el importe.* ⁽⁸⁵⁾

La referencia a los medios empleados es ejemplificada claramente en el artículo 395 fracción I al disponer como delito de despojo: *Al que de propia autoridad y haciendo violencia o furtivamente, o empleando amenaza o engaño, ocupe un inmueble ajeno o haga uso de él, o de un derecho real que no le pertenezca;...* ⁽⁸⁶⁾

Estas modalidades en el artículo 408 del Código penal, algunas se describen literalmente, pero otras no, ellas son:

-
- 83.- González de la Vega, René. Derecho penal electoral. p. 305
 84.- Código Penal vigente para el Distrito Federal.
 85.- Idem.
 86.- Idem.

- Referencia temporal. La primera la encontramos en forma expresa en la última parte del artículo en estudio, diciendo que el diputado o senador no se presente a desempeñar su cargo dentro del plazo señalado en el primer párrafo del artículo 63 de la Constitución.

El artículo 63 Constitucional, a su vez, dispone que las Cámaras no pueden abrir sus sesiones ni ejercer su cargo sin la concurrencia de diputados o senadores, pero los presentes de una y otra deberán reunirse el día señalado por la ley.

El artículo 65 de la Carta magna termina con la búsqueda, el mismo reza: *El Congreso se reunirá a partir del 1o. de noviembre de cada año para celebrar el primer período de sesiones ordinarias y a partir del 15 de abril de cada año para celebrar un segundo período de sesiones ordinarias.* (87)

De esta forma concluimos que la referencia temporal consiste en que la omisión por parte del activo, se efectúe a partir del día 1o. de noviembre, y no antes, pues el tipo así lo requiere.

Otra referencia que dilucidamos está relacionada con el sujeto activo, inserta en la palabra electo, que como se dijo, es una calidad que se adquiere después de las elecciones necesariamente.

- Referencia espacial. Esta la encontramos dentro del tipo cuando dispone que quienes habiendo sido electos diputados o senadores, no se presenten a desempeñar su cargo. Nos preguntamos a dónde es que tiene que presentarse para no incurrir en la omisión ilícita.

El artículo 63 Constitucional dice que las Cámaras no pueden abrir sus sesiones sin la concurrencia de diputados o senadores, bien, pues el diputado o senador electo, deberá acudir a la sede de la Cámara a la que pertenezca; en caso

87.- Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.

de rango federal al Palacio legislativo ubicado en San Lázaro en esta ciudad capital; a nivel estatal en el respectivo edificio que generalmente se encuentra en la capital de los Estados.

- Referencia a los medios empleados, estos no se requieren, ya que no se condiciona a la conducta omisiva, pudiendo realizarse por cualquier medio.

Elementos normativos

Son conceptos valorativos indeterminados contenidos en la norma que permiten al juzgador formar un juicio de evaluación especial de la conducta, debiendo remitirse, para conocerlos ampliamente, a ordenamientos legales generales o especiales.

"Los elementos normativos son una llamada de atención al juez en los que se trata de advertir que debe confirmar la antijuridicidad de la conducta, ya que con estos elementos, un hecho aparentemente lícito puede pasar a ser un hecho ilícito, asimismo puede ocurrir lo contrario, es decir, que un hecho aparentemente lícito no lo sea." (88)

El elemento normativo del tipo analizado es en primer lugar la calidad que electo que debe adquirir el diptado o senador que incurre en la omisión.

El segundo elemento normativo se refiere a la existencia de una causa que justifique la ausencia del activo a juicio de la Cámara. "...La causa esgrimida en su caso por el activo para explicar o tratar de justificar su ausencia, ha de ser estimada en la Cámara en pleno y votada, al menos por mayoría simple." (89)

Elemento subjetivo del injusto

88.- López Betancourt, Eduardo. Teoría del Delito. p. 123

89.- González de la Vega, René. Op. cit. p.307

Estos elementos son ciertas características espirituales que se exigen en el tipo y que son indispensables para emitir el juicio de la antijuridicidad. Estos elementos son aquellos en los que el sujeto tiene una última finalidad en la conducta realizada y generalmente la expresión utilizada por la ley para señalar estos elementos son: para..., con el fin de ..., con el propósito de (90)

Un ejemplo claro de el elemento subjetivo del injusto inserto en la norma, lo constituye el artículo 149 bis del Código Penal el cual dispone: *Comete el delito de genocidio el que con el propósito de destruir, total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso, perpetrare por cualquier medio, delitos contra la vida de los miembros de aquéllos, o impusiere la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del grupo.* (91)

El elemento subjetivo del injusto no está contenido en la descripción normativa en el caso del artículo 408 del Código penal.

4.2.2.- ATIPICIDAD

Es importante distinguir, al igual que en los temas del tipo y tipicidad, cuándo no existe tipo y cuándo no hay tipicidad.

Por lo antes expuesto, el aspecto negativo de la tipicidad es la ausencia de adecuación, encuadramiento, subsunción o correspondencia real de la conducta (acción u omisión) a cada uno de los elementos descritos en el tipo penal. Esta ausencia puede ser manifiesta por diferentes causas que indiscutiblemente se refieren a los elementos del delito, de forma que si no existen los presupuestos de la conducta o hecho, el sujeto activo, el sujeto pasivo, objeto material o jurídico, los elementos normativos, los subjetivos del injusto o bien faltare la referencia temporal, espacial y los medios empleados, por lo que hace a las modalidades de la

90.- Apuntes. Cátedra de Derecho penal I. Dr. Ricardo Franco Guzmán. UNAM.
91.- Código Penal vigente para el Distrito Federal.

conducta; todos ellos requeridos por la norma en cada caso concreto, no habrá delito, ya que la adecuación de la conducta al tipo debe ser perfecta y toda vez que en la materia, como ya se expuso, no existe la analogía por disposición constitucional.

La falta de tipo, por su parte, es la inexistencia o ausencia total de la descripción de un tipo penal, de tal modo que si se realiza una conducta a la luz del individuo o de la colectividad, ilícita; pero que no se encuentra prevista por una norma, simplemente no habrá delito.

El Código penal contempla este aspecto negativo en su artículo 15 al enunciar:

Art. 15. - *El delito se excluye cuando: ...*

II.- Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito que se trate; ... (92)

En el tipo que ocupa nuestra atención, por lo que hace a la atipicidad, creemos que pueden hacerse dos consideraciones:

- La falta de tipo. Supuesto que en este caso no es aplicable, toda vez que sí lo hay (artículo 408 de nuestro Código punitivo) y.

- La falta de tipicidad. De la que sí es admisible su realización fáctica como consecuencia de alguno o algunos de estos supuestos:

a) Que el sujeto activo no sea diputado o senador.

b) Que el diputado o senador candidatos no hayan sido beneficiados con el voto, o que no tengan constancia de asignación por parte de la Cámara, y por ello no posean la calidad de electos.

92.- Idem.

- c) Que los representantes electos sí se presenten a la Cámara correspondiente a desempeñar su cargo.
- d) Que habiendo faltado el día señalado, exista a juicio de la Cámara una justificación que los beneficie, y
- e) Que se presente el diputado o senador antes del 1o. de diciembre (dentro de los treinta días posteriores al 1o. de noviembre, que es el día a partir del cual deben presentarse).

4.3.- ANTIJURIDICIDAD

Como se ha analizado, para la existencia del delito, la conducta o hecho no debe ser solamente típica, ya que toda conducta típica no es precisamente un delito, conjuntamente con la tipicidad debe concurrir la antijuridicidad, que se refiere a la oposición de una conducta con el orden jurídico.

A este elemento del delito los autores lo han denominado como: la ilicitud, el injusto, o bien, el entuerto.

Una conducta jurídicamente regulada puede ser lícita o ilícita, las lícitas a su vez se dividen en dos: ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber. En el derecho, como tal, su titular tiene la potestad o libertad de realización o abstención, sin tener esta última, consecuencia legal sancionatoria aparejada; la otra vertiente es el cumplimiento de un deber, con la característica de obligatoriedad, ya que si el sujeto deja de realizarla redundara en el mundo de las conductas ilícitas, asimismo, el sujeto obligado tiene el derecho de cumplir con la misma, pero no de no cumplirlo.

A partir de esta diferenciación podemos mencionar que las conductas ilícitas de rango son atendidas en su mayoría por el derecho penal, materia que a través de un catálogo de conductas ilícitas emitidas por los legisladores con sus respectivas sanciones, encuentra en ellas el objeto jurídicamente protegido por el Estado, el cual es necesario para la convivencia de los hombres, derivando de estos la oposición que existe entre el interés jurídicamente protegido y la conducta o hecho que viola o pone en peligro a los mismos, emitido como un juicio de valor que constituye propiamente la antijuridicidad.

Para Cuello Calón la antijuridicidad: "presupone un juicio sobre la oposición entre el hecho realizado y la norma jurídica, juicio eminentemente objetivo que recae exclusivamente en la acción ejecutada." (93)

Ahora bien, a ese juicio de valoración se ha intentado atribuirle el carácter de objetivo a la sola faz de la conducta o hecho, o bien el carácter subjetivo atendiendo al móvil del agente. Nosotros consideramos que el juicio valorativo como tal es objetivo y se refiere a la conducta o hecho exteriorizado y concreto en su realización material, dentro del que no se sabe el elemento volitivo, haciendo la aclaración de que algunos tipos penales contemplan en su descripción una referencia de voluntad en el agente.

El maestro Ignacio Villalobos considera que la contradicción al derecho puede ser formal o material, la primera consiste en la oposición de la ley del Estado, mientras que la segunda, en el ataque a los intereses protegidos por dicha ley. La violación de las obligaciones por las personas hecha frente a la organización social y el ataque a los derechos de los individuos, constituye la antijuridicidad material, violatoria de los intereses vitales de la organización de la comunidad y protegidos por el ordenamiento jurídico; el contenido material de la antijuridicidad consiste en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicamente protegidos, o en el solo atentando contra el orden instituido por los preceptos legales. (94)

93.- Cuello Calón, Eugenio. Derecho penal. Parte General. p. 284.

94.- Villalobos, Ignacio. Derecho penal mexicano p. 249 y sig.

Luis Jiménez de Asúa se refiere a la antijuridicidad cuando toca el tema de las causas de justificación diciendo: "son aquellos actos u omisiones que revisten un aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de antijurídicos, de contrarios al derecho, que es el elemento más importante del crimen." (95)

Para el Doctor Raúl Carrancá y Trujillo la antijuridicidad en nuestro derecho se presupone por el hecho de tipificar y sancionar ciertas acciones, así, toda acción típica y punible es antijurídica y viceversa, entonces no lo será si no está tipificada y no es punible, aún cuando desde el punto de vista ético (pudiendo agregarse social o moral), sea de ilimitada gravedad. Consagra esta afirmación la Constitución general en dos párrafos de su artículo 14, el párrafo segundo al prescribir: *conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho*, y el párrafo tercero en la línea: *por una ley exactamente aplicable al delito que se trata*. (96)

En el caso particular analizado la antijuridicidad de la conducta omisiva del diputado o senador electo al no presentarse a desempeñar su cargo sin causa justificada, se finca simplemente y como primer convicción, en estar contenida tal descripción como delito dentro del Código penal.

La segunda en función de la anterior se motiva en la tipicidad de esta conducta, es decir, la total realización de sus elementos contenidos (antijuridicidad objetiva).

La tercera estrechamente vinculada a la anterior es que la conducta omisiva se opone a la ley penal, en específico al artículo 408 del Código penal (antijuridicidad formal).

La cuarta consideración de antijuridicidad en la conducta es el ataque de los intereses que el mismo tipo tutela, y a los cuales nos referimos en el objeto jurídico

95.- Jiménez de Asúa, Luis. *La ley y el delito*. p. 284

96.- Carrancá y Trujillo, Raúl. *Derecho penal mexicano. Parte general*. p. 408

de la norma especial (antijuridicidad material).

La quinta y última, muy complicada para acreditar en primera instancia, se refiere al elemento volitivo reflejado en la firme voluntad de cometer la omisión delictiva después de haber reflexionado sobre los alcances de esta (antijuridicidad subjetiva).

4.3.1.- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Como se expresó anteriormente la antijuridicidad es formal y material, con necesidad ineludible, para participar con relevancia jurídico penal, la antijuridicidad formal; en cambio por reprochable que sea la conducta que dañe o ponga en peligro los intereses de la colectividad, refiriéndonos a la material, si no se ha cumplido con el requisito de la antijuridicidad formal (inclusión del tipo en la ley), no habrá delito.

De tal manera que en el caso del aspecto negativo de la antijuridicidad, debe encontrarse inmerso expresamente en la ley para que se haga valer jurídicamente, a diferencia de los aspectos negativos de otros elementos del delito.

Es importante hacer la distinción entre las causas que excluyen el delito y las que justifican la antijuridicidad. Las primeras son parte de los elementos de los delitos, a decir son ausencia de conducta, la atipicidad, causas de justificación, causas de inimputabilidad, causas de inculpabilidad y excusas absolutorias. Las segundas, aquellas causas que consideran a una conducta como no violatoria de la norma y no afectable de los bienes que protege.

"El positivismo admite causas de inimputabilidad, las de justificación y las de excusa, las primeras se refieren a la capacidad de querer y entender y suprimen en todo o en parte la inimputabilidad; los segundos son de tal naturaleza que el agente tenía derecho a realizar el acto cometido, éste no es contrario a derecho y toda intención criminal está ausente del sujeto; las de excusa, por último, suponen y

dejan subsistente la imputabilidad, pero la responsabilidad desaparece en atención precisamente al móvil." (97)

También es importante señalar que anteriormente se hablaba, por lo que hace a este aspecto negativo, de: circunstancias excluyentes de responsabilidad y causas excluyentes de responsabilidad. La postura del doctor Carrancá es denominarlas causas que excluyen la incriminación, aún cuando estas últimas se refieren también a la antijuridicidad, imputabilidad y punibilidad.

Al respecto Jiménez Asúa se pronunció de la siguiente manera: "Circunstancia es todo aquello que está alrededor de un hecho y que lo modifica accidentalmente; y las causas de que nos estamos ocupando (de justificación) cambian la esencia del hecho convirtiendo al crimen en una desgracia (excluye el delito). Al decir exención se incurre en otro error, pues con ello puede indicarse que, aunque el hecho es imputable la responsabilidad se exime por cualquier motivo, y esto realmente no ocurre aquí (comentando que las circunstancias eximen responsabilidad)." (98), por lo tanto era más propio y técnico denominarlas causas y no circunstancias.

Así como existen conductas que el legislador consideró, a pesar de ser violatorios de bienes jurídicos, que no transgreden la norma que los tutela, también considera que "el Estado excluye la antijuridicidad que en condiciones ordinarias subsistiría, cuando no existe el interés que se trata de proteger, o cuando concurriendo dos intereses jurídicamente tutelados, no pueden salvarse ambos y el derecho opta por la conservación del más valioso" (99)

Las causas de justificación según Luis Jiménez de Asúa se presentan cuando "el agente obra con voluntad conciente, en condiciones normales de imputabilidad, pero su conducta no será delictiva por ser justa conforme a Derecho.

97.- Ibid. p. 452.

98.- Ibid. p. 454.

99.- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos elementales de Derecho penal. p. 185

Es así como no podrá exigírsele responsabilidad alguna, ya sea penal o civil, porque quien actúa conforme a Derecho, no puede lesionar ningún bien jurídico"
(100)

De acuerdo a las reformas del Código penal publicadas en el Diario Oficial de la Federación en fecha 10 de enero de 1994, el Capítulo IV "Causas de exclusión del delito" en su artículo 15 se refiere a las causas que excluyen la responsabilidad por falta de antijuridicidad en cuatro fracciones que a la letra dicen:

Artículo 15.- El delito se excluye cuando: ...

III.- Se actúe con consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

- a) Que el bien jurídico sea disponible;*
- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y*
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular éste hubiese otorgado el mismo;*

IV.- Se repela una agresión real, actual o inminente, 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 medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

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

V.- Se obre por necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente,

100.- López Betancourt, Eduardo. Teoría del Delito. p. 143

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;

VI.- La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro; ... (101)

Las reformas al Código penal referidas, cambiaron del citado artículo su redacción y secuencia, adoptando una más técnica, entre las que destacan a diferencia del artículo anterior: el enunciado "el delito se excluye cuando" suprimiendo "circunstancias excluyentes de responsabilidad penal", se contempla en la fracción tercera las hipótesis del consentimiento del titular del bien jurídico afectado, en la fracción cuarta respecto de la conducta equiparable a la legítima defensa se suprime el término de sus elementos y los medios casuísticos que podían emplearse para consumar la tipicidad; en la fracción quinta se elimina la imprudencia y se habla del dolo únicamente, condicionando la acción a la lesión de otro bien de igual o menor valor que el salvaguardado, en la fracción sexta se elimina la forma legítima mal empleada y se sustituye por acción y omisión condicionando el ejercicio del derecho a no perjudicar a alguien.

Anterior a las reformas el artículo 15 del código penal también se consideraban dos hipótesis como causas que excluían la antijuridicidad, estas se enunciaban así:

"Artículo 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: ...

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

VIII.- Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda, por

un impedimento legítimo..." (102)

En seguida analizaremos las causas excluyentes del delito por falta de antijuridicidad a la luz de sus elementos contenidos en la ley.

Legítima defensa

a) Repeler una agresión, entendiendo esta última palabra como un acto que contiene violencia, la embestida, el ataque, la actividad injusta y violenta ya sea material o moral, que amenaza o pone en peligro, comprometiendo intereses jurídicamente protegidos, los cuales no han sido compilados, pero que se es unánime en considerar dentro de los mismos a la vida, integridad personal, patrimonio y la libertad. Esta agresión debe tener los siguientes requisitos:

b) Ser real, actual o inminente, es decir, efectiva, cierta y verdadera, cuya realización se lleve en el momento mismo del hecho o que esté a punto de acontecer, debiendo necesariamente ser contemporánea y no representar una eventualidad más o menos lejana.

c) Sin derecho o lo que es lo equivalente antijurídica, ilícita, contraria a las normas objetivas del derecho.

d) En protección de bienes jurídicos propios o ajenos, en este caso la agresión de ciertas características debe encaminarse o recaer sobre bienes jurídicos contenidos en las normas de derecho, entre los que podemos mencionar la vida la integridad corporal, la libertad física o sexual, el patrimonio, la familia e incluso terceros físicos o morales, por lo que hace a sus bienes y derechos.

e) Que exista necesidad de la defensa, o bien que el hecho de repeler la agresión

102.- Código penal para el Distrito Federal anterior a las reformas del 10 de enero de 1994.

sea el único camino para salvaguardar los bienes que se intenta proteger, que no haya alternativa, ya que en casos contrarios no habrá legítima defensa, al respecto la misma norma impone ciertas condiciones a la necesidad de la defensa, las cuales, en caso de concretarse, constituyen impedimentos para la legitimidad de la defensa, nos referimos a:

- Que exista racionalidad de los medios empleados, es decir, los que el sentido común dicte para actuar y que no sean tales que provoquen desventaja al agresor, o bien que quien repele la agresión haya podido prevenirla y repelerla por otros medios.

En este caso puede presentarse exceso en la legítima defensa cuando no hay necesidad racional del medio empleado, o bien cuando el daño que se iba a producir al concretarse la agresión era de fácil reparación por medios legales, o de menor embargadura que el daño cometido al agresor, sancionándose a quien repele la agresión en estas circunstancias como autor de un delito culposo de acuerdo al artículo 16 del Código penal.

- Que no medie provocación dolosa, suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona que se defiende; en este supuesto si existiera causa válida del agente para actuar, no habría legitimidad de quien repele la agresión.

Se presume la existencia de la legítima defensa el causar daño a alguien que por cualquier medio intente penetrar, sin derecho al hogar del agente, familia, dependencias, o cualquier otra persona que tenga la obligación de defender, al sitio en donde esten bienes propios o ajenos de los que exista la misma obligación y que lo encuentre en alguno de estos lugares y revele la probabilidad de una agresión. En este caso como se ve los elementos requeridos son los mismos que la defensa genérica ya que se repele a quien pretenda violar lugares sin derecho, en donde se encuentren bienes, con intención de agredir.

Respecto de la legítima defensa se han desarrollado teorías que tratan de explicarla, una considera que el Estado ante la imposibilidad de proteger al

agredido habilita o delega funciones policíacas al sujeto pasivo para defensa de sus intereses; otra que es la más aceptada, se refiere a la imposibilidad de que la autoridad defienda al sujeto, por lo que el agredido tiene el derecho derivado de su naturaleza humana, para la conservación de sus bienes y derechos.

El Doctor Raúl Carrancá respecto de este tema cita las palabras del jurista Mariano Jiménez Huerta de la siguiente manera: "la autodefensa es la forma primigenia de reacción contra el ataque injusto que pone en peligro un interés. Obedece este fenómeno social a los dictados de la propia naturaleza humana que impulsan al hombre que se siente agredido a rechazar ataques a sus bienes jurídicos, removiéndolo, por su propia fuerza y autoridad, la causa de la cual proviene la agresión. Es así como la autodefensa surge de la necesidad en las sociedades primitivas. Pero a medida que la organización del Estado se perfecciona y la justicia estatal cubre las necesidades del hombre, restringen las facultades de éste para amparar y defender por sí mismos sus propios intereses, pues compete en forma exclusiva a los órganos del Estado resolver los litigios, y en forma expresa se prohíbe al hombre el ejercicio privado de sus propias acciones..." (103). En este último caso refiere al artículo 17 Constitucional en su primer párrafo que prohíbe hacerse justicia por propia mano.

En el contenido del artículo 408 del Código penal no se admite como causa excluyente del delito la legítima defensa, ya que existe imposibilidad material y jurídica, toda vez que esta se refiere a la comisión del delito como respuesta a una agresión y, en el particular, no vemos como la omisión del diputado o senador para presentarse a desempeñar su cargo derive de una agresión hacia él y la defensa que este utilice.

Estado de necesidad

103 - Carrancá y Trujillo. Raúl. *Op. cit.* p. 514

"Estamos frente al estado de necesidad, cuando para salvaguardar un bien mayor o igual entidad jurídicamente tutelado o protegido, se lesiona otro bien, igualmente amparado por la ley" (104), ejecutando un acto que en sí mismo no es delictuoso.

Es importante señalar la diferencia entre la legítima defensa y el estado de necesidad, "... en el primero existe un conflicto entre intereses legítimos, mientras en la segunda, habrá uno legítimo y otro ilegítimo... En la legítima defensa hay una repulsa a la agresión injusta que recibe el individuo, mientras en el estado de necesidad habrá una acción, o tal vez una agresión y ambos intereses son legítimos." (105) Además en el estado de necesidad se evita un peligro originado por causa externa de la naturaleza o del hombre, la defensa legítima presenta un peligro que surge del hombre; en el estado de necesidad la conducta recae sobre hombres o animales y en la defensa sobre el hombre necesariamente; en el estado de necesidad se conserva un bien o interés jurídicamente tutelado y en la defensa se repulsa una agresión.

Los elementos del estado de necesidad son los siguientes:

- a) Necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, en este caso se permite válidamente interceder en favor o auxilio de un tercero, cualquiera que sea.
- b) Un peligro real, actual o inminente, como una posibilidad de daño el cual, como ya se mencionó, debe tener y ser positivo en existencia y realización, no permitiéndose la actualización futura.
- c) Que tal situación no sea provocada dolosamente por el agente, es decir, que previniendo el peligro que en hipótesis se suscitara con la conducta, se ejecuten los actos para permitir este.

104.- Porte Petit, Celestino. Apuntamientos de la parte general de Derecho penal. p. 431

105.- López Betancourt, Eduardo. Op. cit. p. 154.

d) Lesionar otro bien jurídico de menor o igual valor al salvaguardado, este elemento es de suma importancia ya que el bien jurídico que se va a sacrificar debe ser menor al que subsiste, de otro modo, la antijuridicidad sería válida, aunque algunos autores refieren que de acuerdo a las circunstancias particulares en ocasiones es mejor conservar algo del bien jurídico, por pequeño que sea, que perderlo todo

e) Que el peligro no sea evitable por otros medios, en este caso, no debe haber otro medio para resguardar el bien atacado, ya que si lo hubiese no existiría razón justa para lesionar otro de menor, igual o mayor embergadura, perdiendo así la excluyente de antijuridicidad, convirtiéndose en un hecho delictivo a todas luces. Pensaríamos en un exceso del estado de necesidad.

f) Que el agente no tenga el deber jurídico de afrontarlo, esto se refiere a una restricción en el agente, ya que si por su calidad o investidura, tiene la encomienda de intervenir en defensa de un bien jurídico ejerciendo de su deber, no estaríamos frente al estado de necesidad.

Nuestro Código sustantivo en materia penal considera dentro de su articulado dos situaciones claras y evidentes de lo que es el estado de necesidad:

- Artículo 379. *No se castigará al que, sin emplear engaños ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personal o familiares del momento.* (106) A esta hipótesis se le nombra robo de famélico o de indigente.

- Artículo 334. *No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictámen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora.* (107) A esta hipótesis se la ha denominado aborto terapéutico.

106.- Código penal vigente para el Distrito Federal

107.- Idem.

En el tipo penal analizado sí podríamos pensar en un estado de necesidad, pues las circunstancias cotidianas admiten que el diputado o senador electo no se presente a desempeñar su cargo por la necesidad de salvaguardar otro bien jurídico de mayor envergadura que el interés social.

Específicamente pensamos en que el representante electo tenga alguna complicación grave de su salud que le imposibilite físicamente por cierto tiempo, con necesidad real e inminente de atender en forma prioritaria su estado patológico para reestablecer su salud, o incluso conservar la vida. Caso en que si optara por presentarse a la Cámara respectiva, agravaría su estado o bien tendría fatales consecuencias, por ello, se prefiere salvaguardar la salud, la vida o ambas y posteriormente cumplir con la obligación política-social adquirida.

Es importante resaltar que este estado grave tendría que exceder de treinta días a partir del 1o. de noviembre, pues es el plazo concedido constitucionalmente para presentarse, además de esto, el representante no debe actuar dolosamente para colocarse en ese estado grave, y en caso de que así fuera tendría plena responsabilidad por su omisión.

En este mismo rubro cabe reflexionar el supuesto de que la persona en estado grave fuera allegada al diputado o senador electo, o un tercero ajeno a él, viéndose este obligado moral, familiar o cívicamente a prestarle la debida atención para conservar la salud o la vida de esta persona; esta hipótesis absolutamente válida y posible de realización, se condiciona por el término concedido al diputado o senador para presentarse a desempeñar su cargo y por el tiempo que dure ese estado grave, prevaleciendo el primero, pues en todo caso un tercero podría ocuparse momentáneamente de la persona afectada, en tanto el representante cumple con su obligación político-social, sin necesidad de lesionar los intereses de la colectividad.

Consentimiento del afectado

En este sentido creemos firmemente que una auténtica causa de justificación aparece precisamente cuando el agente actúa con consentimiento del titular del bien jurídico, ya que el agente activo realiza cierto acto contrario a lo dispuesto por una norma penal, pero en este caso, el juicio de valor no es en el sentido de que tal es contrario a derecho, ya que el bien jurídico destruido, afectado o bien puesto en peligro, es disponible jurídicamente, y de hecho, lo ha sido por su titular, de modo que sí existe una conducta delictiva, pero la misma ley es la que excluye el delito al no considerarla como contraria a derecho.

Este rubro se contempló en forma expresa recientemente por la ley de acuerdo a las reformas del 10 de enero de 1994. El mismo ordenamiento impone al sujeto pasivo ciertas condiciones o requisitos para que la calificación de antijuridicidad excluya el delito. Estas se refieren a:

- a) Que el bien jurídico sea disponible;
- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo;
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o
- d) Que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular este hubiese otorgado el mismo;

Esta causa de justificación atiende completamente a la autonomía de la voluntad del titular del bien jurídico o sujeto pasivo, ya que el mismo está dispuesto a desprenderse del bien pudiendo hacerlo válidamente, sin olvidar que debe tratarse de un bien disponible.

Doctrinariamente a este respecto nos adherimos al jurista Mezger quien dice que las causas de justificación de la antijuridicidad se basan en el interés preponderante que atiende a una acción especialmente debida (defensa legítima), acción en especiales debida (estado de necesidad) y en la valuación de bienes

jurídicos (todas), asimismo se basan en la ausencia de interés que se subdivide en el consentimiento del ofendido y el consentimiento presunto, es decir, en un cierto acuerdo de voluntad ya sea expreso o tácito respecto de la acción y sus consecuencias. (108)

De forma menos precisa habla el maestro Meyer al considerar que las causas de justificación se basan en la lucha de lo injusto o el reconocimiento del interés protegido. El primero se debe al deber jurídico, a la legítima defensa y a la ayuda propia, el segundo a la norma general, a la esfera de libertad que deja el estado y la corrección. (109) Encontrando el consentimiento de la víctima precisamente en la libertad que se deja por el Estado.

Al respecto también el maestro Sebastian Soler dice: "el consentimiento lo que hace es destruir el tipo. Si entramos en una casa con consentimiento del dueño, sería ridículo decir que hay una violación de domicilio consentida, puesto que lo que existe, en realidad, es una visita. Del mismo modo si permitimos que otro tome nuestro reloj, no hay hurto consentido, sino otra figura del derecho civil se denomina donación." (110) Opinión que acertadamente tiene toda la razón, por lo que finalmente se reafirma la idea de considerar el consentimiento como causa de justificación.

Este caso en el análisis privado del tipo es de difícil aceptación por razones de viabilidad, basada en que el bien jurídico pertenece a la colectividad y al Estado, como ya se apuntó; de tal forma que para admitir el consentimiento de estos y autorizar al representante electo a no presentarse, se necesitaría la concurrencia de la voluntad general manifestada a través de un voto de aceptación o rechazo. Por lo anterior, no apoyamos esta excluyente por imposibilidad jurídica y material.

No descartamos que los diputados o senadores electos reunidos manifiesten

108.- Jiménez de Asúa, Luis. La ley y el delito. p. 205

109.- ibid. p. 284 y 285

110.- Citado por ibid. p. 286

su voluntad en representación de la ciudadanía y concedan licencia o permiso, pero no olvidemos que el bien tutelado no es disponible, pues afecta a cada uno de los integrantes de la colectividad y es calificado como de interés público.

Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho

Por lo que hace a la última causa de justificación de la antijuridicidad, comentaremos lo siguiente:

El multicitado artículo 15 en su fracción VI, anteriormente referida y transcrita, se refiere al cumplimiento de un deber jurídico o el ejercicio de un derecho, los cuales deber concurrir con la necesidad del medio empleado para ejercerlos, y sin que se perjudique dolosamente a un tercero.

Los deberes y derechos necesitan estar consignados en la ley, quedando descartados los de exclusiva naturaleza moral o religiosa.

En el caso del cumplimiento de un deber la ley puede obligar a quienes no les alcanza obligación alguna de servicio, a realizar determinados actos para poder intervenir en la esfera de poder de otro, o lesionar un interés ajeno con el fin de salvaguardar el orden jurídico.⁽¹¹¹⁾

Este deber es impuesto a profesionales o particulares, contemplando situaciones muy variadas entre las que se encuentran:

- El deber actuar en caso de incendio, inundación o cualquier otro tipo de desastre, de donde se deriva una necesidad o urgencia de auxilio a terceros, pudiendo la autoridad requerir el servicio de particulares como auxiliares, con potestad también de sancionarlos en caso de desobediencia, ya que por salvaguarda de bienes

111.- López Betancourt, Eduardo. Teoría del delito. p. 163

jurídicos y para conservar el mismo orden, se les impone el deber de actuar.

- El deber de denuncia impuesto a toda persona que tenga conocimiento de la comisión de un ilícito, en especial médicos o abogados con la obligación de denunciar hechos que se les ponen en conocimiento, derivándose de ahí un conflicto de intereses, por un lado el deber de proteger el interés público, y por el otro el deber de guardar el secreto profesional. Esta situación se resuelve de acuerdo al criterio de elección acorde con la escala axiológica de valores o intereses, ahora bien, se puede atender a la temporalidad, es decir, si la revelación es anterior a la comisión del delito o se previene sobre su ejecución, tendrá la obligación inexcusable de denuncia, mientras que si la confidencia es posterior a la comisión, atendemos al primer criterio.

- Tratamiento médico-quirúrgico o intervención al cuerpo humano para asegurar o restaurar la salud. Este se justifica en la falta de intención del médico para producir lesiones, toda vez que el fin es la salud, el cumplimiento del deber profesional y el consentimiento del paciente, principalmente.

Por lo que respecta al ejercicio de un derecho, "es el ejercicio de una facultad concedida a un sujeto por la norma permisiva o contra la norma para satisfacción de un interés más valioso, consiguientemente que prepondera sobre el interés que es antagónico." (112)

En este caso es la misma ley la que permite al agente determinada actuación, y es esta misma la que suprime positividad a otra norma que tutela cierto bien jurídico, de tal manera que no habrá lesión de otro bien jurídico.

La realización o ejercicio del derecho, puede revestir dos formas: una legítima y otra ilegítima. "Debe entenderse por ejercicio legítimo de un derecho, el

112.- Porte Petit, Celestino. Apuntamientos de la parte general de Derecho penal. p. 461

que se lleva a cabo ajustándose a las prescripciones legales" (113), refiriéndonos a que el derecho mismo no siempre es legal, lo que debe suponer que debe ajustarse cabalmente a la normatividad jurídica general, es decir, ejercitarse legítimamente. A contrario sensu "por ejercicio ilegítimo consideramos cuando el ejercicio del derecho se realiza sin ajustarse a los mandatos legales. Consecuentemente el ejercicio del derecho debe ser legítimo" (114)

Es importante puntualizar la diferencia entre ejercicio de un derecho y el exceso del ejercicio del derecho, como se ha dicho, el primero se ejerce legítimamente atendiendo a una normatividad preestablecida, el segundo rebasa esa normatividad tornándose en injusto.

Como ya citamos los derechos deben estar consignados, su gran mayoría, en la ley; por tal razón citaremos casuísticamente algunos de ellos, estos son:

- Derecho de corregir, refiriéndose al derecho de las personas que ejercen la patria potestad o custodian a menores para corregirlos, con el límite de no llegar a la crueldad o frecuencia, actualmente la conducta está contemplada como punible por el tipo penal de lesiones.
- Derecho de retención. Este derecho está reservado al acreedor para retener bienes del deudor en caso de que este incumpla con su obligación.
- Derecho de tomar o emitir informaciones comerciales. Originada por la costumbre mercantil, permite informar la situación económica o comercial de las personas, si se hace con veracidad y discreción.
- Gestión de negocios. Figura jurídica que permite a un individuo ejercer su derecho sin mandato ni obligación de hacerlo para encargarse de los negocios de otro.

113.- Ibid. p. 463

114.- Idem.

- Violencia en los deportes. Permitiéndose tal ejercicio ya que está reconocido por el Estado, lo que es igual, permitido por las autoridades y las leyes, siempre y cuando lo anterior se acredite.

- Actuación de funcionarios. Suponiendo la autonomía y honestidad de los mismos al emitir sus decisiones. En cuanto a los funcionarios judiciales también se requiere en su actuación al apego a la justicia y a la ley.

Respecto del cumplimiento del deber y ejercicio de un derecho, creemos que no pueden ser admitidos como causa de excluyente del delito en el contenido del artículo 408 del Código penal, en virtud de que estos suponen una eventualidad más o menos instantánea que no perdura en el tiempo, en cambio el representante popular electo al cumplir un deber y ejercitar un derecho verifica la circunstancia en un momento y si estos se prolongaran no restringen su autonomía, teniendo una amplia oportunidad de cumplir y ejercer esos y otros derechos u obligaciones simultáneamente, pudiendo ocurrir a desempeñar su cargo dentro del plazo concedido por la ley.

Obediencia jerárquica e impedimento legítimo

Respecto de la obediencia jerárquica consistía en realizar una conducta típica obedeciendo un mandato superior. Podía revestir tres formas: la posibilidad de rehuso por el agente al cumplimiento de tal orden, con conocimiento de delictuosidad de la conducta y su realización; la posibilidad de rehusarse y el error de hecho esencial e invencible sobre la licitud del acto; y por último la ausencia de posibilidad de rehusarse, así como la capacidad de inspección y la obligación de cumplir, como en ciertas relaciones militares. En el primer caso el agente sería imputable, en el segundo existe afección al elemento culpabilidad como más adelante se verá y el tercero constituye en sí la verdadera causa de justificación.

El impedimento legítimo se refería a abstenerse de obrar cuando se tenía el deber de hacerlo, pero cuando lo impedía una disposición superior, el problema estribaba en determinar cuándo la causa legal de la omisión era legítima y justa.

4.4.- IMPUTABILIDAD

Ahora entramos en el terreno de lo subjetivo en el estudio del delito, por ello la concepción dogmática es divergente entre los autores que han tratado el tema, así, algunos la consideran parte de la culpabilidad, otros presupuesto del delito y varios más un elemento que por sí forma parte del mismo.

Para que un sujeto sea culpable y pueda fincársele responsabilidad en el campo del derecho penal necesita ser imputable, implicando que el mismo desarrolle dos características como individuo: "la morfológica y la intelectual" (115). Por tal motivo se considera que la culpabilidad y la responsabilidad son consecuencias directas e inmediatas de la imputabilidad.

"La imputabilidad deriva de la existencia misma de la sociedad, porque el sujeto es causa física de la infracción; el hombre es penalmente imputable por lo que lo es socialmente y porque vive en sociedad y mientras viva en ella." (116)

Es muy importante puntualizar que "la imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona; la responsabilidad resulta de la imputabilidad, puesto que es responsable el que tiene capacidad para sufrir las consecuencias del delito, si bien, en última instancia, es una declaración que resulta del conjunto de todos los caracteres del hecho punible." (117)

115.- López Betancourt, Eduardo. Op. cit. p. 170

116.- Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho penal mexicano. Parte general. p. 416

117.- Jiménez de Asúa, Luis. La ley y el delito. p. 326

Entonces ¿qué es la imputabilidad? Luis Jiménez de Asúa dice que imputar es: "atribuirle un hecho a un individuo para hacerle padecer las consecuencias, es decir, responsabilizarlo, puesto que el hecho imputado es culpable" (118)

Eduardo López Betancourt opina que la imputabilidad es: "la capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal. Querer es estar en condiciones de aceptar o realizar algo voluntariamente, y entender es la capacidad mental y edad biológica para desplegar esa decisión." (119)

Por su parte Fernando Castellanos la define como: "el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo." (120)

Tocado el tema de la responsabilidad el mismo autor al respecto dice "la responsabilidad es el deber jurídico en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado." (121)

El concepto clásico sobre imputabilidad se basa en el libre albedrío y la responsabilidad moral, por lo que la imputabilidad será moral, sólo que debe ser aplicada concretamente al autor del delito. De aquí surge el problema de la libertad o el determinismo de la voluntad humana.

A partir de esta concepción surgieron cuatro sistemas de pensamiento respecto a la imputabilidad y el libre albedrío del autor, nos referimos a:

- EL DETERMINISMO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL. Niegan la responsabilidad moral y la sustituyen por la responsabilidad social; el hombre es imputable y responsable por el simple hecho de vivir en sociedad. Los imputables e

118.- Ibid. p. 325

119.- López Betancourt, Eduardo. Op. cit. p. 170

120.- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal p. 218

121.- Ibid. p. 219

inimputables responden por igual al hecho realizado, la diferencia entre ellos estriba en que los segundos serán tratados punitivamente en condiciones especiales y en función a su incapacidad; ya que si el hombre está determinado a cometer el delito, la sociedad está determinada a defender su existencia.

- LA IMPUTABILIDAD ECLÉCTICA. Considera que la imputabilidad tiene condiciones básicas de identidad personal, enfocadas al mismo delincuente y su semejanza con los demás individuos de la sociedad. condiciones puestas en juego antes y después de la comisión del ilícito. Tratan de modificar la imputabilidad y la responsabilidad moral excluyendo el libre albedrío.

- EL ESTADO PELIGROSO. Hacen a un lado el libre albedrío considerandolo un problema filosófico de derecho penal, tomando la responsabilidad de acuerdo a la peligrosidad del sujeto activo para con el resto de la sociedad y sus valores, tomando una concepción más objetiva, dando importancia a la formación social del delincuente.

- LA IMPUTABILIDAD PSICOLÓGICA. Esta postura toma como elemento necesario del delito, y principalmente de la imputabilidad, el elemento subjetivo. que junto con el objetivo, conforma una imputabilidad como fundamento y base de la culpabilidad. La responsabilidad está inmersa directamente en el número y esencia de los motivos conscientes que decidieron el acto humano, por lo que se considera fundamental la salud mental y el desarrollo del autor del delito.

Es esta última postura la que consideramos acertada al proponer una conjunción del elemento subjetivo del sujeto (querer) y el objetivo (desarrollo físico) para imputar a alguien y responsabilizarlo de sus actos.

En otro orden de ideas pero dentro del mismo tema, podemos hablar de la imputabilidad disminuida y de las acciones *delibere in causa*.

La imputabilidad disminuida se refiere al momento en que el individuo transita del desarrollo mental incompleto a la plena capacidad, por tal motivo se ha

tratado de que el grado de imputabilidad sea proporcional a la responsabilidad, y por tal razón a la pena aplicable; este pensamiento corresponde a la corriente clásica, idea que ha sido fuertemente criticada con el siguiente argumento: si un loco o psicópata en extremo comete un delito, por qué atenuarle la pena si a diferencia de una persona normal, no puede frenar sus impulsos, y por ende, es más peligroso para sus semejantes, la sociedad y sus valores, que un delincuente común.

Las acciones *delibere in causa* se traducen en que un sujeto comete una conducta típica, antijurídica, culposa o dolosa, pero antes de su realización se coloca en estado de inimputabilidad, entonces a simple vista podría considerarse imputable, pero en ocasiones no es así, ya que el criterio básico e imperante debe ser considerar el estado mental del sujeto activo "en el momento de manifestación de la voluntad, siendo indiferente el estado mental del sujeto en el instante en que se produce el resultado." (122)

Esto se refiere a que se debe tomar muy en cuenta la causa o momentos previos en que el sujeto comete el delito, ya que puede dolosamente colocarse en estado inimputable, o saber que va a entrar en el por causa patológica o física, y no hace nada para evitarlo, dando a notar su voluntad hacia lo ilícito, caso en el que el sujeto es responsable.

En el caso concreto la imputabilidad del activo (diputado o senador electo), obviamente deriva del mismo y por tres causas principales:

- a) Por ser causa material del ilícito.
- b) Segundo por ser capaz psíquicamente para resolver ejecutar la omisión, y
- c) Por tener la aptitud física para llevar esta hasta sus últimos momentos.

122.- Jiménez de Asúa, Luis. Op. cit. p. 336

Su capacidad psíquica no puede hacerse a un lado de ninguna forma. Como se apuntó en el capítulo 3, el primer requisito para que un ciudadano aspire a ser votado diputado o senador, es ser mexicano por nacimiento en ejercicio de sus derechos, lo que presupone que cuenta con capacidad de goce, de ejercicio y salud mental, en caso contrario habría sido declarado en estado de interdicción, restringiéndole sus derechos y vetándolo a participar activamente en la vida política del país.

La calidad física no se requiere expresamente, pero su desarrollo sí, toda vez que también a manera de requisito el aspirante a diputado debe contar con veintiún años cumplidos y el aspirante a senador con treinta.

De esta forma se asegura que el representante popular será capaz jurídicamente y le serán atribuibles sus actos para responsabilizarlo y pedirle cuenta de ellos.

4.1.1.- INIMPUTABILIDAD

En virtud de que la imputabilidad es la piedra angular de la culpabilidad, y estos son elementos básicos para la existencia del delito, es necesario hablar de aquellas causas que neutralizan a la imputabilidad, y solamente estas, ya que las referentes a la culpabilidad se tratarán más adelante.

Estas son "todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad." (123)

Las causas de imputabilidad varían dependiendo la concepción o punto de vista de los tratadistas, nosotros haremos mención de lo que a nuestro juicio son las

123.- Castellanos Tena, Fernando. Op. cit. p. 225

más trascendentes:

Estados de inconciencia

Contemplando dentro de estos estados a los transitorios y los permanentes en atención a su temporalidad.

Los permanentes se refieren a una patología mental de causas orgánicas o fisiológicas cuya cura o disminución necesita la intervención de personal profesional capacitado.

Eugenio Cuello Calón expone: "... Desde el punto de vista penal pueden señalarse dos tipos de perturbaciones: 1a. aquellos que son extraños a la personalidad del agente e irrumpen en ella trocándola en otra distinta (alienación); de ellas las más patentes son las denominadas 'psicosis', perturbaciones provenientes de enfermedades cerebrales, y las llamadas 'neurósis' como la histéria, la locura maniacodepresiva, la esquizofrenia, la epilepsia, etcétera. 2a. las provenientes de la personalidad anormal del agente y por tanto no representan la entrada en ella de elementos extraños, sino que corresponden a la propia personalidad anormal del sujeto; entre ellas se hallan las oligofrenias (idiotia, imbecilidad), las perturbaciones de carácter afectivo, las de la voluntad, de la vida instintiva, etcétera (las llamadas psicopatías en sentido estricto). En el primer grupo de perturbaciones (alienación) la declaración de inimputabilidad tiene su base en que el hecho es ajeno al agente, es extraño a su personalidad, en el segundo en que constituye una manifestación adecuada de una personalidad anormal." (124)

En el caso de los transitorios el sujeto está inmerso en un estado de trastorno mental cuyo origen no es patológico, sino que es producto del empleo ya sea accidental o necesariamente involuntario de sustancias tóxicas, estupefacientes,

124.- Cuello Calón, Eugenio. Derecho penal. T I, Vol I. pp. 498 y 499

bebidas embriagantes o por encontrarse en estado toxicoinfeccioso.

En el caso de sustancias tóxicas, la referencia es el empleo de las mismas, provocan un estado de inconciencia o trastorno, por lo que las acciones ejecutadas no son propiamente del sujeto, sino que ajenas al mismo.

En otros casos "por el padecimiento de alguna enfermedad del tipo infecciosa o microbiana, a veces sobrevienen trastornos mentales como en el tifo, la rabia o la poliomielitis. En esta circunstancia toxicoinfecciosa el sujeto puede llegar a la inconciencia." (125)

Por lo que se refiere a la embriaguez se consideran en general tres estados de la misma, dependiendo del volúmen y el grado etílico de la bebida que el sujeto ingiera: "la embriaguez ligera solo provoca excitación y jocundidad, perdiendose cierto grado de lucidez habitual y el poder de inhibición característica de la voluntad normal, en él la responsabilidad del agente puede atenuarse, pero no desaparecer. En la fase de embriaguez plena las facultades mentales y volitivas están anuladas temporalmente y aquí el estado del ebrio es igual al estado del loco, proclamandose su irresponsabilidad. El tercer periodo es el letárgico en que el individuo cae en estado comatoso que le imposibilita para la actividad física." (126), por lo que es irresponsable al no ser dueño de sí mental y conductualmente.

Otra causa de estado de inconciencia es la falta de desarrollo mental se refiere a la minoría de edad, está contemplada en los Códigos Civiles, variando a través del tiempo los plazos para considerar a un individuo mayor de edad y responsable de sus actos, contando con edades desde los diez, doce, catorce, dieciseis, dieciocho y hasta veintiún años de edad.

Es difícil, por lo tanto, pensar que rebasando cierto número de años el sujeto tenga capacidad plena de querer y entender, ya que el desarrollo mental no se

125.- Castellanos Tena, Fernando. Op. cit. p. 277
126.- Cuello Calón, Eugenio. Op. cit. T I. V I. p. 529

funda en el simple transcurso del tiempo, sino que este es en gran medida producto del medio y condiciones sociales, culturales y económicas dentro de las que se desarrolle el individuo; por tal razón el criterio lógico sería que "al existir la salud y desarrollo mentales, sin duda el sujeto es plenamente capaz Más situados en el ángulo jurídico debemos considerar la imputabilidad como aptitud legal para ser sujeto de aplicación de las disposiciones penales y, en consecuencia, como capacidad 'jurídica' de entender y de querer en el campo del derecho represivo." (127)

En México la Constitución General de la República aún cuando no se refiere expresamente a la mayoría de edad, sí se refiere a la ciudadanía en su artículo 34 disponiendo que para ser ciudadano se necesita haber cumplido dieciocho años y tener un modo honesto de vivir.

Por su parte el Código civil vigente en su artículo 676 estipula: *la mayoría de edad comienza a los dieciocho años cumplidos*". (128)

En otro aspecto cuando nos referimos a la capacidad, comprendemos la de goce y la de ejercicio, la primera es el atributo de la personalidad que se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte, por medio de la cual la persona puede ser titular de derechos y obligaciones; la segunda es la aptitud para ejercer por sí mismo esos derechos y obligaciones, adquiriéndose por la mayoría de edad, derivándose de ello que las actitudes del individuo tengan consecuencias penales.

Teniendo claro lo que es la capacidad y la mayoría de edad, dejamos por cierto que reuniendo estos dos requisitos el individuo cuenta con capacidad de querer y entender, siempre y cuando goce de salud mental, por lo que puede ser sujeto del derecho punitivo y responder por sus actos en el mismo ámbito.

Nuestro Código penal en el ya referido artículo 15 que habla de las causas de exclusión del delito, contempla en su fracción VII causas de inimputabilidad. La

127.- Catellanos Tena, Fernando. *Op. cit.* pp. 228 y 229

128.- Código civil vigente para el Distrito Federal.

fracción enuncia:

Artículo 15.- El delito se excluye cuando: ...

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

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto por el artículo 69 fs del este código;... (129)

De su contenido resaltamos que se habla de una falta de capacidad por trastorno mental permanente o transitorio o por falta de desarrollo mental, bajo condición para acreditar la inimputabilidad, que el agente activo no se halla colocado en tal estado culposa o dolosamente (acción *delibere in causa*), ya que en este caso es plenamente imputable, y por ende, culpable.

Por lo que hace al tipo en concreto la inimputabilidad por estado de inconciencia solo es posible cuando esta aparece en forma permanente, atendiendo a que el diputado o senador electo sufriera por causa orgánica un padecimiento patológico como una alienación o enfermedad cerebral, o algún trastorno en su personalidad tornándose en anormal, enfermedad que para ser superada requiere de atención y tratamiento médico especializado.

Caso contrario ocurre si pensamos en que el representante electo voluntariamente se intoxicara con alguna sustancia o se embriagara hasta perder la conciencia, ya que en estos casos es plenamente imputable y en consecuencia responsable.

129.- Código penal vigente para el Distrito Federal.

Ahora, si el estado de inconciencia anterior fuese inducido o impuesto y no voluntario, qué pasaría. Bueno pues dependiendo del tiempo que durara la intoxicación pensaríamos en las consecuencias penales. Si es transitorio y por representante electo puede acudir a desempeñar su cargo, no pasaría nada; sin embargo, cuando la acción se comete antes de expirar el plazo y no acude a desempeñarlo, cobra validez esta causa, excluyéndose por falta de imputabilidad jurídica.

Miedo grave

"Es aquella circunstancia interna subjetiva en que el individuo se encuentra marginado por la misma para actuar razonadamente, es una situación subjetiva que lo obliga a actuar de manera distinta" (130). Es decir, se actúa en forma diversa a lo ordinario y en circunstancias ordinarias.

Por lo que hace a esta causa en el artículo analizado creemos que aún cuando hubiera un miedo grave que lo marginara a no desempeñar su cargo, este para hacerse valer como causa de inimputabilidad debería durar más de los treinta días concedidos como plazo para hacerlo, situación muy complicada en la práctica.

Si el miedo se hiciera presente momentos antes de expirar el plazo para su presentación y no lo hace, sí sería válida la causa de inimputabilidad, sólo que esta tiene que ser cierta, suficiente y comprobarse ampliamente, cosa que es verdaderamente difícil.

Temor fundado

Son circunstancias objetivas, ciertas, que obligan al activo a actuar en

130.- López Betancourt, Eduardo. Teoría del delito. p. 189

determinada manera también no ordinaria, obligándolo a negarse o rechazar lo que se considera dañino o riesgo. Las circunstancias no son ordinarias, pero su causa es objetiva, fáctica.

Algunos autores hablan de la sordomudez, la cual sí tiene aparejada para el individuo imputabilidad y culpabilidad, sólo que el tratamiento es especial al igual que a los menores e incapaces.

Esta causa de inimputabilidad sí es válida para el diputado o senador electo que no se presenta a desempeñar su cargo, siempre y cuando el temor derive de una causa que ponga en riesgo un bien jurídico de mayor jerarquía a la obligación política-social adquirida.

Pensamos al respecto en una amenaza proferida al representante electo que le advierte del peligro que corre él mismo, su familia, su libertad o sus bienes en caso de presentarse a la Cámara a desempeñar su cargo. Situación que a las personas en lo individual las obliga a actuar en forma no ordinaria y alternativa para huir de ese riesgo, conducta válida como causa de inimputabilidad.

4.5.- CULPABILIDAD

Es este, quizá, el elemento más destacado del delito y más discutido por los doctrinarios, ya que este establece el momento cuando el sujeto no solo es autor físico, sino también moral del hecho delictivo.

"El delito aparece, pues, como resultado de una doble vinculación causal. La relación de causalidad material que da lugar a la antijuridicidad, y la conexión de causalidad psíquica en que consiste la culpabilidad" (131), cuyo presupuesto es la

131.- Ibid. p. 200

imputabilidad.

Es difícil y aventurado aportar un concepto de culpabilidad que sea totalizador y plenamente aceptado en el campo criminal, por ello, citaremos la opinión de diversos autores:

Jiménez de Asúa: "en el sentido más amplio puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica". (132)

Fernando Castellanos: "...consideramos a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto." (133)

Mezger: "la culpabilidad es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal del autor, por el delito punible cometido." (134)

Para Ignacio Villalobos la culpabilidad "es el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición, en el dolo o indirectamente, por indolencia o desatención, nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos en la culpa." (135)

"Mientras la imputabilidad es una situación psíquica en abstracto, la culpabilidad es la concreta capacidad de imputación legal, declarable jurisdiccionalmente, por no haber motivo legal de exclusión con relación al hecho de que se trate." (136)

132.- Jiménez de Asúa, Luis. La ley y el delito. p. 352

133.- Castellanos Tena, Fernando. Op. cit. p. 232

134.- Mezger, Edmundo. *cit pos.* López Betancourt, Eduardo. Op. cit. p. 204

135.- Villalobos, Ignacio. Derecho penal Mexicano. T I. p. 223

136.- Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho penal mexicano. Parte general. p. 415

Como se observa, los conceptos varían uno y otro dando prioridad al elemento psíquico y normativo principalmente. Es por tanto conveniente hablar de las principales teorías que pretenden explicar y conceptualizar a la culpabilidad.

- Teoría PSICOLÓGICA. Considera que la imputabilidad se sustenta en un hecho netamente psicológico, su esencia se encuentra en el interior del sujeto, es algo subjetivo inmerso y concretado en la intelectualidad a la voluntad del sujeto, el cual exteriorizado presupone necesariamente el nexo psíquico entre el sujeto y el resultado, la intelectualidad supone el conocimiento de la antijuridicidad.

- Teoría NORMATIVA. Para ellos la esencia de la culpabilidad es el juicio de reproche, objetivamente cuando la conducta desplegada por el agente se contrapone al orden normativo, de tal manera que válidamente puede reclamársele una conducta distinta.

- Teoría del NORMATIVISMO PURO. Translada al dolo y a la culpa en el tipo penal considerándolos presupuestos de la culpabilidad y deja en esta únicamente a la reprochabilidad.

Así, "el concepto de culpabilidad dependerá de la teoría que lo adopte pues no será igual el de un psicólogo, el de un normativista o el de un finalista, el primero diría la culpabilidad consiste en el nexo psicológico que une al sujeto con la conducta o el resultado material, y el segundo, en el nexo psicológico entre el sujeto y la conducta o el resultado material, reprochable, y el tercero, afirmará que la culpabilidad es la reprochabilidad de la conducta, sin considerar el dolo como elemento de la culpabilidad, sino de la conducta." (137)

En el artículo de nuestro interés la culpabilidad del activo (diputado o senador electo) deriva de su determinación psíquica y volitiva para cometer el ilícito. Esta la encontramos en la resolución del representante electo para no acudir a

137.- López Betancourt, Eduardo. Loc. cit.

desempeñar su cargo, resolución que en conjunto con el firme ánimo de no hacerlo se manifiesta en la omisión, la cual es ejecutada aún cuando se tiene conocimiento de la repercusión jurídica que acarrea violando el orden normativo, colocándose el sujeto por ese solo hecho como responsable de su conducta a la luz pública, cuyos partícipes reprueban esta y es a través del Estado que se sanciona al autor.

4.5.1.- FORMAS

Dolo

El dolo "es la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta un deber, con conocimiento de las circunstancias del hecho y concurso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica." (138)

Para Cuello Calón "es la voluntad conciente dirigida a la ejecución de un hecho que la ley prevee como delito." (139)

De la primer definición se puede destacar la voluntad y la representación, elementos que han sido considerados como primordiales cada uno, por una teoría que se dió a conocer con ese nombre, tratando de explicar su naturaleza jurídica. Las referidas postulan:

- Teoría de la VOLUNTAD. Propuesta por Carrara, considera al dolo como la intervención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe contrario a la ley.
- Teoría de la REPRESENTACIÓN. Considera elemento básico del dolo el

138.- Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho penal. T V. p. 417 y La ley y el delito. p. 365
 139.- Cuello Calón, Eugenio. Derecho penal. T I. V I. p. 441

conocimiento y previsión del resultado.

Expuesto lo anterior, consideramos que un concepto que siga solo una teoría es desafortunado, ya que el dolo como forma básica de la culpabilidad, que en esencia es "intención criminal" (140), necesita de la voluntad dirigida o intención con conocimiento del resultado, y el deseo del mismo también, para reafirmar esa intención.

Los elementos del dolo son:

1) Representación, previsión o conocimiento del hecho y del resultado contemplado, ello comprende el conocimiento de los elementos que integran el hecho delictuoso, conciencia de que el mismo al ejecutarse cae en el campo de lo prohibido y conocimiento de que ese hecho tendrá como resultado la destrucción o puesta en peligro de un bien jurídicamente tutelado.

2) La voluntad, que se refiere a la ejecución del hecho con plena intención de llegar a un fin determinado, y querer el resultado dañoso previsto, es decir, aceptar las consecuencias del mismo.

La clasificación del dolo es variable, dependiendo del punto de vista del doctrinario. Las más importantes son cuatro:

- DIRECTO. En este el agente se representa y prevé el resultado, lo quiere y acepta, por esa razón "el resultado corresponde a la intención del agente" (141) cabalmente.

- INDIRECTO. Es cuando el sujeto ya determinado a cierto fin, se representa consecuencias más allá de lo deseado, pero aún así realiza la conducta sin

140.- Jiménez de Asúa, Luis. Op. cit. p. 1106

141.- Cuello Calón, Eugenio. Op. cit. p. 44

importarle aquellas. Sus elementos son: previsión del resultado dañoso que no se quiere directamente (pero no se deja de quererlo) y la aceptación de ese resultado.

- GENÉRICO. "Es encausar la voluntad a producir un resultado jurídicamente prohibido" (142)

- ESPECÍFICO. Es el que lleva una intención calificada o particular, "es la intencionalidad predicada por una voluntad dañada especial." (143)

- EVENTUAL. "Es cuando el sujeto se propone un evento determinado, previniendo la posibilidad de otros daños mayores y a pesar de ello no retrocede en su propósito inicial... se caracteriza por la eventualidad o incertidumbre respecto a la producción de los resultados típicos previstos pero no queridos directamente." (144)

La diferencia con el dolo indirecto estriba precisamente en el conocimiento del resultado, en el indirecto de cierta forma se prevé este a través de su representación; en el eventual no es así, originando incertidumbre sobre su realización.

"El dolo eventual marca la frontera entre el dolo y la culpa, más allá del dolo eventual está la intención directa (dolo directo), al otro lado de la culpa conciente" (145) que enseguida se explicará.

El Código penal vigente define el dolo como:

Art.- 9o. ...

...el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el

142.- López Betancourt, Eduardo. *Op. cit.* p. 218

143.- Carrancá y Trujillo, Raúl. *Op. cit.* p. 429

144.- Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos elementales de Derecho penal.* p. 240

145.- Cuello Calón, Eduardo. *Op. cit.* p. 445

importarle aquellas. Sus elementos son: previsión del resultado dañoso que no se quiere directamente (pero no se deja de quererlo) y la aceptación de ese resultado.

- GENÉRICO. "Es encausar la voluntad a producir un resultado jurídicamente prohibido" (142)

- ESPECÍFICO. Es el que lleva una intención calificada o particular, "es la intencionalidad predicada por una voluntad dañada especial." (143)

- EVENTUAL. "Es cuando el sujeto se propone un evento determinado, previniendo la posibilidad de otros daños mayores y a pesar de ello no retrocede en su propósito inicial... se caracteriza por la eventualidad o incertidumbre respecto a la producción de los resultados típicos previstos pero no queridos directamente." (144)

La diferencia con el dolo indirecto estriba precisamente en el conocimiento del resultado, en el indirecto de cierta forma se prevé este a través de su representación; en el eventual no es así, originando incertidumbre sobre su realización.

"El dolo eventual marca la frontera entre el dolo y la culpa, más allá del dolo eventual está la intención directa (dolo directo), al otro lado de la culpa conciente" (145) que enseguida se explicará.

El Código penal vigente define el dolo como:

Art.- 9o. ...

...el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el

142.- López Belancourt, Eduardo. *Op. cit.* p. 218

143.- Carrancá y Trujillo, Raúl. *Op. cit.* p. 429

144.- Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos elementales de Derecho penal.* p. 240

145.- Cuello Calón, Eduardo. *Op. cit.* p. 445

resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, ... (146)

La conducta descrita en el tipo penal estudiado requiere inexcusablemente del dolo por parte del senador o diputado al momento de tipificar el delito.

Esta afirmación se finca en que el diputado o senador ya han sido electos con aprobación de la Cámara de diputados, de tal forma que tienen pleno conocimiento de su designación, la calidad adquirida y sus funciones, entonces al momento de que en forma conciente y voluntaria resuelve no acudir a desempeñar su cargo, también se representa la trascendencia de la omisión y no obstante a ello esa voluntad plena y aún firme se enfila con toda intención hacia la realización material, de modo que ejecutándose entra en el ámbito de las conductas ilícitas concientemente.

Por último el dolo en el caso concreto corresponde, de acuerdo con su clasificación, al directo y genérico de acuerdo a las consideraciones expuestas anteriormente.

Culpa

"Existe culpa cuando sin intención y sin la diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la ley." (147)

Pavón Vasconcelos opina respecto de la culpa: "es aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una comisión o una omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes

146.- Código penal vigente para el Distrito Federal

147.- Cuello Calón, Eugenio. Derecho penal. T I. V I. p. 468

impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres." (148)

Eugenio Cuello Calón opina: "es cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no solo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se produce sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo" (149)

La naturaleza jurídica de la culpa se ha tratado de explicar en las siguientes teorías, de acuerdo a lo expuesto por Cuello Calón y Pavón Vasconcelos (150):

- DE LA PREVISIBILIDAD. Su exponente es Carrara y considera que la culpa consiste en la previsibilidad del resultado no querido.
- DE LA PREVISIBILIDAD Y EVITABILIDAD. Expuesta por Binding, acepta la previsibilidad, añadiéndole la prevención o evitabilidad. Entonces si es previsible, pero no evitable, no es reprochable.
- DEL DEFECTO DE LA ATENCIÓN. Sostenida por Anglilioni, éste descansa la culpa en la violación por parte del sujeto del deber impuesto de atención legal.

Los elementos de la culpa son los siguientes:

1) Una acción u omisión que sea consciente y voluntaria; al referirnos a la voluntad, no estamos afirmando que tal lleve la firme intención de alcanzar un fin contrario al orden jurídico (dolo), sino en la conjunción del elemento físico y psíquico no intencional hacia lo antijurídico.

148.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho penal mexicano. 2a. ed. Ed. porrúa. México, 1967, p. 371.

149.- Cuello Calón, Eugenio. Op. cit. p. 371

150.- Idem. y Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit. pp. 391 a 396

2) Que el agente proceda sin tomar las medidas, precauciones o cautelas necesarias y muchas veces exigidas para evitar resultados dañosos es, en palabras del Doctor Carrancá y Trujillo "el desprecio del cuidado requerido por el orden jurídico y exigido por las circunstancias y medio..." (151)

3) Que el resultado dañoso sea o haya sido previsible por el agente, debiendo considerar que el hecho era previsible, extendido al conocimiento del tipo y del nexo causal entre conducta y resultado, además, la capacidad intelectual, sensorial y cultural del sujeto activo.

La culpa se ha considerado principalmente desde dos puntos, originando su clasificación en conciente e inconciente.

- **CONCIENTE.** Se hace patente cuando "el agente se representa como posible que de su acto se originen consecuencias perjudiciales, pero no las toman en cuenta pensando en que no se producirán." (152)

- **INCONCIENTE.** "Cuando falta en el agente la representación de las posibles consecuencias de su conducta." (153)

Cuello Calón, al igual que los antiguos doctinarios considera tres grados de la culpa inconciente: Lata cuando el resultado es previsible por todos los hombres. Leve cuando la previsión está al alcance de hombres diligentes. Levísima cuando la previsión requiere del empleo de una diligencia extraordinaria, no común. (154)

En nuestro orden jurídico la culpabilidad se define así:

"Art. 9o.- Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previo

151.- Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho penal mexicano. Parte general. p. 442
152.- Cuello Calón, Eugenio. Op. cit. pp. 470 y 471
153.- Idem.
154.- Idem.

siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que deba y podía observar según las circunstancias y condiciones personales". (155)

En cuanto al tipo penal en análisis no cabe la culpa para tipificar la conducta, de modo que esta como ya se dijo, está ligada inseparablemente del dolo.

René González de la Vega opina que: "al no exigir la descripción típica un dolo específico y por ausencia del la *numerus clausus*, la figura admitirá, además, claro, de la forma dolosa en su comisión, la forma culposa, que en los delitos omisivos puede asumir la manifestación de olvido" (156)

Bien pues entonces pensaríamos en un olvido de más de treinta días, bajo circunstancias especialísimas de aislamiento tal vez, para que el diputado o senador electo no pudiera representarse la obligación de comparecer a la Cámara a desempeñar su cargo, cosa que más bien me parece un error invencible o un trastorno mental.

Preterintención

Anteriormente a las reformas al Código penal del 10 de enero de 1994, se contemplaba otra forma de culpa, la preterintención. El delito era preterintencional cuando el resultado sobrepasaba la intención del agente o autor, era una mezcla de dolo y culpa, dolo respecto al resultado querido y culpa en cuando al resultado efectivamente producido.

4.5.2.- INCULPABILIDAD

155.- Código penal vigente para el Distrito Federal

156.- González de la Vega, René. Derecho penal electoral. p. 307

La inculpabilidad es producto de las causas que evitan hacer al sujeto el juicio del reproche. (157)

"La inculpabilidad opera cuando falte alguno de los elementos esenciales de la culpabilidad, ya sea el conocimiento o la voluntad. Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los elementos del delito o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia" (158)

Aún cuando no se han determinado con precisión las causas que excluyen o anulan la culpabilidad, destacan entre las mismas el error, la no exigibilidad de otra conducta, el caso fortuito y las eximientes putativas.

Error

Por lo que hace al error es importante diferenciarlo de la ignorancia, mientras el error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento equivocado, "idea falsa o errónea respecto a un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positivo" (159), la ignorancia es "una falta incompleta de conocimiento..." (160)

El error se divide en error de hecho y en error de derecho. El error de derecho se ha tratado de interpretar como ignorancia o error de la ley y su contenido, alegando la inculpabilidad de quien sufre el error, postura errónea en plenitud ya que existe un principio general que expresa: la ignorancia de la ley no excusa a su autor de responsabilidad por su infracción.

El error de hecho se divide a su vez en esencial y accidental. El esencial

157.- Jiménez de Asúa, Luis. La ley y el delito. p. 389

158.- López Betancourt, Eduardo. Teoría del delito. p. 226

159.- Ibid., p. 228

160.- Jiménez de Asúa, Luis. Op.cit., p. 390

recae sobre algo fundamental o básico, pudiendo a su vez ser vencible cuando el sujeto pudo haberse movido de la situación falsa en que se encontraba, o invencible cuando debido a las circunstancias particulares del hecho, el sujeto no estaba en posibilidad de moverse de tal situación. El error accidental recae sobre lo superficial o accesorio, dentro del mismo encontramos a tres circunstancias: error en el golpe o *aberratio ictus* referente a la conducta de una persona, fallando el acto, yerrando el golpe que incide en una tercera persona; el error en la persona o *aberratio in personae*, es decir, cuando el sujeto sufre una confusión en el sujeto pasivo, y por último el error en el delito o *aberratio delicti* manifiesto en la comisión de un delito distinto al que se pretendía.

Desglosando el error y sus clases, es necesario para considerar y aceptar al error como causa de inculpabilidad o de exculpación, que se refiera al error de hecho, esencial e invencible necesariamente, ya que en caso contrario el sujeto activo deberá responder por su conducta y por el resultado dañoso que produjo.

El Código penal vigente contempla, por lo que hace al error, una fracción en su artículo 15, enunciado de la siguiente manera:

Artículo 15.- El delito se excluye cuando: ...

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

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

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

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este código;... (161)

Esta fracción también comprende a las eximentes putativas, a las cuales nos referiremos posteriormente.

161.- Código penal vigente para el Distrito Federal

El Artículo 66 del Código de refiere a la punibilidad en los casos de error, en el inciso A) si es vencible se aplica la pena para el delito culposo, en el inciso B) si es vencible se aplicará hasta una tercera parte del delito que se trate.

Uno de los errores en que podría incurrir el representante electo gira en torno a esta calidad y su carácter de electo, pensando en el caso de que por algunas circunstancias no estuviera cierto sobre la posesión de esta atribución, y sin poder salir de ese error creyera no estar obligado a presentarse, derivándose de aquí otro error ya que el mismo le hace creer que no tiene obligación de hacerlo y efectivamente no lo hace, incurriendo en la omisión requerida por el tipo. En ambos casos si el error es invencible pueden hacerse valer como auténticas causas de inculpabilidad.

Un caso más se refiere al error por creer que existe una justificante, enfocando en este caso nuestra atención no exclusivamente a las causas de justificación, sino en creer que existe causa justificada que a juicio de la Cámara lo eximirá de responsabilidad, sucediendo que se actuó bajo ese error y en realidad no existe causa justificada, ni justificante suficiente para eximirlo de responsabilidad, pero atendiendo a la característica invencible del error, en que se encontró al autor de la omisión, se excluye el delito por inculpabilidad.

Otro error se refiere a la concepción errónea del plazo concedido y señalado en la ley para presentarse, en cuyo caso creemos que se trata de un error de derecho por ignorancia de la ley, en virtud de hallarse este contenido en la Constitución general, negándole por ello validez como causa de inculpabilidad.

Siguiendo esta línea y en caso de que desconociera la existencia de la ley y esta redundara en la licitud de su omisión, definitivamente creemos que se contrapone con el principio general de derecho ya referido en cuanto al desconocimiento de la ley.

De tal forma que se tiene la obligación de conocer y acatar las leyes, pero no de abstenerse de hacerlo; entonces la responsabilidad del activo y suponiendo el

error de este por que el mismo desconozca el alcance de la ley, recayendo esta creencia en incumplimiento de su obligación (comparecer) por no saber los límites de su conducta, creemos que se trata de un caso inadmisibile de inculpabilidad toda vez que se debe tener pleno conocimiento de la conducta omisiva y representarse el resultado para ejecutarla con toda intención ya que en el particular no cabe la culpa.

El último caso se refiere al error que excluye el delito cuando el diputado o senador electo no comparece y cree falsamente que la Cámara lo justificará, permitiéndole su ausencia, necesitando forzosamente el error invencible de esa creencia y una idea cierta de que la causa es válida.

No exigibilidad de otra conducta

Por no exigibilidad de la conducta se entiende que "la realización del hecho penalmente tipificado, obedece a una situación especialísima, apremiante, que hace exigible ese comportamiento." (162)

El fundamento de esta figura es la excusa del agente, en consideración del Estado, cuando al obrar no se le puede exigir por razón de las circunstancias que mediaron, que actuara conforme a Derecho para evitar poner en peligro o transgredir un bien jurídico.

Algunos casos de excusa por inculpabilidad estrictamente apegados a la doctrina, los cuales de ninguna manera deben confundirse como causa de justificación de la antijuridicidad o bien como causa de inimputabilidad, por nacer precisamente de la doctrina, y no de la ley como ha sido el espíritu de este trabajo, son: el estado de necesidad cuando los bienes en conflicto son de igual valor, a diferencia del estado de necesidad como causa de justificación en que los bienes

162.- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal. p. 263

jurídicos son de distinta categoría; otro es el temor fundado que coacciona la voluntad, siempre y cuando ésta no sea anulada totalmente, conservando la facultad de discernir, a diferencia del temor como causa de inimputabilidad, en que se ciega por completo el sujeto; uno más el encubrimiento de familiares ya que esta motivación no se considera reprochable toda vez que es más poderosa la exigencia de cumplimiento hacia las personas allegadas o ligadas familiarmente, que con la administración de justicia, es importante señalar que algunos consideran el encubrimiento como aspecto negativo de la punibilidad por carecer de sanción.

Nuestro ordenamiento penal también contempla expresamente estas causas en nuestro multicitado Artículo 15, la fracción dice así:

Artículo 15.- El delito se excluye cuando: ...

IX.- Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho;... (163)

En este caso sí es admisible la reacción conductual del representante electo que despliega la misma en forma diversa a la requerida, entendiéndose a priori que tipificó el delito con su omisión al no presentarse, sucediendo en la realidad que el mismo ejecutó otra conducta que las circunstancias particulares le impusieron. El caso sería no presentarse por temor a que cumplieran una amenaza que le exige no hacerlo, entonces se pondera la situación inclinándose por la omisión, sin que legalmente se le pueda obligar a poner en riesgo sus bienes o los de terceros. Su libre albedrío se ve constreñido.

Debe pensarse en que la circunstancia apremiante tendrá que durar más de los treinta días que se conceden como plazo para presentarse a la Cámara, a menos que esta se presente en los últimos momentos del mismo.

163.- Código Penal Vigente para el Distrito Federal

Esta causa puede confundirse con el temor fundado, pero en este, el bien protegido es mayor al sacrificado y no se toma la referencia de actuar conforme a derecho, en cambio la no exigibilidad de otra conducta aparece cuando existen dos bienes de igual valor, al activo conserva su facultad de discernimiento y la referencia de la conducta realizada es la exigida de acuerdo a derecho.

Caso fortuito

El caso fortuito como causa que excluye de responsabilidad, la última del artículo 15 del Código penal, se encuentra más allá de la culpa. Sus características son: la irresistibilidad como imposibilidad de cumplimiento, imprevisibilidad y exterioridad.

"Su esencia reside en la ausencia de culpabilidad, de dolo y de culpa, el agente no ha querido el acaecimiento dañoso, ni lo ha causado por imprudencia o negligencia. Posee cierto parentesco con la fuerza mayor." (164)

Si en la culpa el daño fué previsto por el agente, en el caso fortuito esas consecuencias no eran previsibles por ser humanamente imprevisibles.

Esta causa proviene también de dos energías diversas, la conducta del agente y una fuerza extraña a él.

El caso fortuito se definía legalmente como: "causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas." (165)

Su naturaleza como causa de inculpabilidad se encuentra en que si se considera un hecho lícito, entonces no es antijurídico, y al no serlo, no puede ser

164.- Cuello Calón, Eugenio. Derecho penal. p. 542

165.- Código penal para el Distrito Federal anterior a las reformas del 10 de enero de 1994

culpable.

Esta causa en el particular estudiado no cabe como causa de inculpabilidad toda vez que el resultado desde luego es humanamente previsible y el resultado dañoso no se causa por accidente, requiriendo del dolo como ya se expuso.

Eximentes putativas

Estas se refieren a "situaciones en las cuales el agente, por error esencial de hecho insuperable cree, fundadamente, al realizar el hecho típico del derecho penal, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita), sin serlo " (166)

Las eximentes putativas son las siguientes; legítima defensa putativa, estado de necesidad putativo, deber legal o cumplimiento de un deber putativo y ejercicio de un derecho putativo.

Para que estas eximentes se consideren válidamente a la luz del derecho, deben ser causadas por un error de hecho esencial e invencible y motivadas en razones suficientes, aún cuando no sean aceptadas por la generalidad. Asimismo debe tomarse en cuenta si hubo tiempo suficiente para que el agente pudiese reflexionar y salir del error evitando su conducta.

Esta causa es importante ya que está ligada íntimamente con un elemento del tipo en análisis: la causa justificada, y con la causa de inculpabilidad: el error.

El caso aparece cuando el diputado o senador, no comparecen por equis causa creyendo que la misma los justifica y que están ejecutando una conducta u omisión permitida sin que esto sea cierto, ya que se encuentran inmersos en un

166.- Castellanos Tena Fernando. Op. cit. p. 260

error esencial y no tienen manera para salir de él.

Entonces si ellos creen que están actuando con una causa justificada, o a la luz de una causa justificante que los exime de antijuridicidad, o bien que la conducta es lícita, por estar en un error esencial e invencible suficiente para mantenerse por sí en él, sin poder salir del mismo hasta en tanto no cambien las circunstancias por un tercero, hablaríamos válidamente de una eximente putativa que aísla al activo de responsabilidad por falta de culpabilidad.

4.6.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

Ernesto Beling dice que las condiciones objetivas de punibilidad son "ciertas circunstancias exigidas por la ley penal para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito y no condicionan la antijuridicidad y tampoco tienen el carácter de culpabilidad." ⁽¹⁶⁷⁾

Estas condiciones son totalmente extrínsecas al delito, pero de cuya verificación depende la punibilidad o no punibilidad de la conducta.

En virtud de que no se encuentran en todos los delitos se les atribuye el carácter de especiales. Muchos autores creen que estas condiciones no son elementos del delito ya que sólo acondicionan la existencia de uno anticipadamente perfecto.

Considerando a estas como secundarias o accesorias, no deben confundirse con los elementos del tipo, ya que las condiciones objetivas no son circunstancias pertenecientes al tipo, bastando que se den en el mundo fáctico.

167.- Beling, Ernesto. cit por. López Betancourt, Eduardo. Teoría del delito. p. 337

Eugenio Cuello Calón ⁽¹⁶⁸⁾ aborda el tema desde un punto de vista más práctico, refiriéndose de la siguiente manera: al encontrarse la punibilidad por alguna circunstancia, se deben tener en cuenta las condiciones siguientes:

- a) La culpabilidad del agente (intención o negligencia), esta se refiere exclusivamente al hecho en cuestión, no a las condiciones objetivas de punibilidad.
- b) El hecho no es posible mientras no se realicen las condiciones de punibilidad.

En concepto de Jiménez Asúa constituyen "los presupuestos procesales que a menudo se subordina la persecución de ciertas figuras del delito." ⁽¹⁶⁹⁾

Para resolver los problemas que en la práctica se presentan en este rubro, el mismo autor considera que para percibir cuándo el tipo penal contiene en su estructura una condición objetiva de punibilidad, es necesario aplicar la siguiente regla: "si la eliminación mental de la circunstancia a la que se subordina la existencia del delito conserva inalterada su armonía del 'hecho' con su objetividad jurídica que la caracteriza, esta circunstancia se revela como mera condición extrínseca de la punibilidad, querida por la ley por razón de simple conveniencia política; en caso inverso se deberá considerar como elemento de integración del hecho criminoso." ⁽¹⁷⁰⁾

En virtud de que las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias exigidas por la ley para la imposición de las penas, las cuales no pertenecen al tipo, o bien, presupuestos procesales para la persecución del delito, de la figura penal en estudio extraemos el elemento: *a quienes habiendo sido electos diputados o senadores*, pensando en principio que de ahí deriva la condición objetiva de punibilidad requerida, esta comprende el desafuero del diputado o senador que ya ha sido electo para que de esta manera se la pueda procesar criminalmente e

168.- Cuello Calón, Eugenio. *Op. cit.* p. 636

169.- Jiménez Asúa, Luis. *La ley y el delito.* p. 425

170.- *Ibid.* p. 423

imponerle la pena merecida.

Para proceder penalmente contra un diputado o senador federal por comisión de delitos durante su encargo, la Cámara de diputados declarará por mayoría absoluta de sus miembros en sesión, si ha o no lugar para proceder contra ellos. En caso afirmativo el sujeto se deja a disposición de las autoridades competentes, con el efecto de separarlo de su encargo en tanto este sujeto al proceso penal. (171)

En el caso de los diputados locales ha lugar a procesar solo por la comisión de delitos que sean del fuero federal mediante el procedimiento anterior, en este caso la declaración de procedencia tiene el efecto de comunicarlo a la legislatura local para que proceda como corresponde, aparejada a la declaración se encuentra la separación del encargo. (172)

En el contenido del artículo referido se toca la palabra clave: *por la comisión de delitos durante el tiempo de su encargo*, bien pues en el caso que nos ocupa, no habrá lugar a la declaración de procedencia toda vez que el diputado o senador electo nunca se presentó por su omisión a desempeñar ese cargo, encontrándonos con una situación de prelación de tiempos, haciendo imposible e innecesaria la previsión del artículo 111 Constitucional.

Asimismo, el artículo 63 Constitucional establece que al no presentarse dentro de los treinta días concedidos para el efecto, se entiende por ese solo hecho que no aceptan el cargo renunciando al mismo por negativa ficta, sin requerir más aún la declaración de procedencia para iniciar instancia que determine omisión delictiva.

Por último, se puede pensar que de acuerdo al artículo 110 Constitucional, se debería enjuiciar políticamente al diputado o senador electo por su omisión, pero en primera instancia se deshecha la idea por la razón esgrimida anteriormente y

171.- Artículo 111 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos

172.- Idem

enseguida por que si bien ataca intereses públicos fundamentales y la eficiencia en el desempeño al iniciar su cargo, las razones se inclinan a ser de corte político y no penal, que es la materia que prevé la comisión como ilícito, por lo que no ha lugar a juicio en el caso específico.

4.6.1.- AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

Por lo que hace a la ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, partamos del supuesto en que un tipo penal las requiere, siendo necesario que se presenten en el mundo fáctico, de otra manera, el hecho o la conducta no se excluyen, por lo tanto el agente activo no tiene consecuencias dentro del mundo del derecho criminal por faltar el elemento del delito, refiriéndonos a la imperfección del tipo penal, aún cuando sean formales y no vayan a la esencia del tipo.

En el caso especial, al no requerirse estas, como se ha citado, no podemos hablar de su ausencia.

4.7.- PUNIBILIDAD

La punibilidad consiste en "el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta." (173)

Otro concepto es: "la punibilidad es el carácter específico del crimen." (174)

Este elemento del delito ha suscitado una controversia desde el punto de vista dogmático ya que se considera como: 1) elemento del delito, 2) consecuencia

173.- Castellanos Tena, Fernando. Op. cit. p. 267

174.- Jiménez de Asúa, Luis. Op. cit. p. 426

del mismo y la conjunción de sus otros elementos, o bien, 3) como: "la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión del delito."
(175)

Así, Eugenio Cuello Calón considera que la punibilidad es un elemento de la tipicidad pues "el hecho de estar la acción conminada con una pena constituye un elemento del tipo delictivo." (176)

Pavón Vasconcelos opina que la punibilidad es "la amenaza de pena, que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social." (177)

Los autores piensan que si se comete el delito, es decir, una conducta antijurídica, culpable e imputable que lesiona los intereses sociales o particulares tutelados por el Estado, para considerarse delito, debe ser punible o sancionada; pero si esa conducta prevista no tiene por razón de la ley aparejada una sanción, no deja de ser delito. En el primer caso se estima a la punibilidad como elemento del delito, y en el segundo una consecuencia del mismo.

Otra postura considera que cierta conducta lesiva cuando es punible, no necesariamente es delito, ya que puede ser una falta social, moral o religiosa que también es sancionada. Postura que a nuestro criterio es vaga e irrelevante para este trabajo por no circunscribirse estrictamente al mundo jurídico.

Aún así desarrollaremos la clasificación de los delitos de acuerdo a su gravedad, para dar un panorama más amplio al tipo de ilícitos sociales

En cuanto a esta clasificación debemos atender a los dos sistemas que lo componen: el bipartita y el tripartita. El primero comprende delitos y faltas,

175.- Castellanos Tena, Fernando. Loc. cit.

176.- Cuello Calón, Eugenio. Op. cit. p. 636

177.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de derecho penal. parte general. p. 395

centrando la diferencia sustancial de ellos en que son: "los delitos conductas contrarias a los derechos nacidos del contrato social,.... faltas o contravenciones, las infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno." (178) El segundo sistema les agrega a los delitos y las faltas, los crímenes, considerando a los mismos como aquellos que lesionaban los derechos naturales; esta clasificación es antigua y no es funcional en nuestro sistema penal.

Por lo que hace a nuestra legislación se distinguen claramente los delitos de las faltas administrativas, por razón de su competencia conociendo de los primeros el Ministerio Público, sancionados por la autoridad judicial; de los segundos conoce el juez calificador o autoridad administrativa quien puede sancionar al infractor con multas de carácter pecuniario y en su caso con arrestos que no pueden exceder de 36 horas según lo prescrito el artículo 21 Constitucional.

Para resolver estas cuestiones sin conceder inclinación a alguna postura, atenderemos a los elementos contenidos en la ley especial. El Código penal en su artículo 7o. dice:

"Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales." (179)

De modo que de acuerdo a la ley la sanción es parte integral del delito, es un elemento del mismo y en caso de que se omita la sanción a un tipo, no hablaríamos de delito en toda su amplitud, ya que el Estado no ha previsto sanción alguna a quien ejecute tal conducta, truncándose el fin del mismo por no castigar a un sujeto, sin tener más opción que consentir la expresión. Aún más porque no es dable pensar que la ley describiera a la conducta delictiva sin sanción, y así pretender tutelar los intereses de la sociedad, o bien remitir obligatoriamente a una tabulación específica e independiente de sanciones como consecuencias penales para las conductas criminales.

178.- Castellanos Tena, Fernando. *Op. cit.* p. 135
179.- Código penal vigente para el Distrito Federal.

Afortunadamente lo que sucede en realidad es que cada tipo tiene una sanción descrita en la ley y esta es pública para conocimiento de los sujetos antes de que lleguen a la comisión del ilícito, formando parte del mismo la pena en el momento de concretar tal descripción delictiva, esta como elemento primordial para la positividad de la norma, se actualiza como consecuencia del delito.

En conclusión pensamos por lo que hace a la punibilidad en dos momentos y en dos ascepciones: una como elemento del delito al estar inserta en la ley penal para cada tipo, antes de la comisión del ilícito; la otra, posterior a la comisión, momento en que la punibilidad se exterioriza como consecuencia aplicable al sujeto activo.

La punibilidad como último elemento del delito, en el caso concreto se manifiesta inserto en la descripción del tipo, se establece como sigue: *"se impondrá sanción de suspensión de sus derechos políticos hasta por seis años a quienes ..."*
(180)

Ahora bien, como consecuencia del mismo, será la amenaza de aplicación de esta pena y su merecimiento para el caso de ejecutar la omisión requerida por el tipo, concretándose la tipicidad por esa omisión antijurídica, imputable al diputado o senador electo, quien será culpable y acreedor posteriormente a una sanción.

4.7.1.- EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Estas constituyen el aspecto negativo de la culpabilidad. "Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena." (181)

En una definición que atiende a la causa de las excusas absolutorias, Luis

180.- Artículo 408 del Código penal vigente para el Distrito Federal.

181.- Castellanos Tena, Fernando. Op. cit. p. 271.

Jiménez Asúa opina que las mismas son "las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna, por razones de utilidad pública." (182)

El Doctor Raúl Carrancá y Trujillo (183) ha clasificado las excusas absolutorias contempladas en nuestro ordenamiento punitivo en:

- a) Excusas en razón de móviles afectivos revelados;
- b) Excusas en razón de la copropiedad;
- c) Excusas en razón de la patria potestad o la tutela;
- d) Excusas en razón de la maternidad conciente;
- e) Excusas en razón del interés social preponderante; y
- f) Excusas en razón de la temibilidad específicamente mínima revelada.

Las que se refieren en razón de los móviles afectivos revelados han sido aceptadas considerando que el sujeto no es temible cuando es impulsado a actuar por un móvil respetable, los casos son encubrimiento de personas cuando se trate de ascendientes, descendientes consanguíneos o afines; cónyuge, concubina, parientes colaterales hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo, los ligados por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de móviles nobles (Artículo 400 del Código penal). Y la evasión de presos si se trata de ascendientes, descendientes, cónyuges, hermanos o parientes afines hasta el segundo grado del prófugo (Artículo 151 del Código penal).

Las relativas por razón de copropiedad no existen en el Código penal vigente, anteriormente se referían al robo, fraude o abuso de confianza entre ascendientes y descendientes; su fundamento era una supuesta copropiedad familiar. También el robo entre cónyuges, del suegro contra el yerno o nuera y viceversa, o entre hermanos.

182.- Jiménez de Asúa, Luis. La ley y el delito. p. 433

183.- Carranca y Trujillo, Raúl. Derecho penal mexicano. parte general. p. 630

Las excusas por razón de la patria potestad o tutela se referían al derecho de quien la ejerce para corregir o castigar a quien estuviera bajo su custodia condicionando su ejercicio en tres puntos: de manera mesurada, sin crueldad y sin frecuencia.

Las referentes a la maternidad conciente consideran que la mujer que por imprudencia pierde su producto, tiene por ese hecho suficiente castigo. Otro supuesto es el aborto de un producto resultado de una violación, ya que el nuevo ser no es querido (artículo 333 del Código penal). Asimismo cuando de no practicarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, en este caso existe un conflicto de bienes jurídicos tutelados (artículo 334 del Código penal).

Las referentes al interés social preponderante se refieren al interés social ligado o derivado de la potestad profesional o ejercicio de funciones públicas, la punibilidad al no tratar por algún medio de evitar la comisión del delito es consecuencia de: una actitud pasiva del sujeto, una falsa percepción que carece de fundamento y el no tratar por algún medio de acreditar la existencia de un hecho. Dos ejemplos son:

- En el caso de difamación no se sancionará al acusado si prueba su imputación recibiendo estas pruebas si son hechas a un depositario o agente de la autoridad o persona con carácter público, si la imputación fué relativa al ejercicio de sus funciones, y cuando el imputado este cierto en razón de sentencia irrevocable y el acusado obre por motivo de interés público o privado legítimo sin ánimo de dañar (artículo 351 del Código penal).
- En el caso de calumnia se permite al acusado pruebas de su imputación, y acreditada esta, se libra de sanción (artículo 354 del Código penal). Excepto si se absolvió al calumniado del mismo delito que se le imputa en virtud de sentencia irrevocable (artículo 358 del Código penal).

Las excusas en razón de la temibilidad mínima revelada se refiere a la no punibilidad en el caso de robo que no rebase diez veces el salario mínimo si se

restituye con daños y perjuicios por el infractor antes del conocimiento de la autoridad y si se cometió sin violencia (artículo 374 del Código penal).

La única causa imaginable que excluye el delito en el tipo analizado es la referente al interés social, pero esta no es posible ya que la actitud para eximir de punibilidad es la acción encaminada a impedir la comisión del ilícito, requiriendo el tipo en estudio la actitud pasiva.

5.- FORMAS ESPECIALES DE APARICIÓN DEL DELITO

5.1.- ITER CRIMINIS

La palabra iter criminis quiere decir el camino del crimen. Se refiere a las etapas o momentos por los que pasa el delincuente para llevar a cabo su acción criminal que redundará en perjuicio de determinado bien jurídico.

El iter criminis está constituido por dos etapas, una interna y otra externa. La primera inicia con la idea del sujeto de delinquir y termina en el momento anterior a la exteriorización. La segunda principia con la manifestación del delito y termina con la ejecución del mismo.

Los delitos culposos no pueden concebirse a la luz del iter criminis ya que este "empieza a vivir con la ejecución misma" (184), además que en la conducta culposa sólo se ejecuta la acción inicial, sin voluntad delictiva.

La fase interna a que nos referimos abarca tres momentos: ideación, deliberación y resolución. Se inicia al surgir en la mente del sujeto la idea de cometer el delito, continúa con la deliberación, entendiendo por esta "el proceso psíquico de lucha entre la idea criminosa y aquellos factores de carácter moral o utilitario que pugnan contra ella" (185); y termina con la resolución manifiesta al prevalecer en el sujeto la concepción criminosa.

En resumen el delito se engendra en la conciencia del sujeto, que se

184.- Castellanos Tena, Fernando. *Op. cit.* p. 275

185.- Pavón Vasconcelos, Francisco. *La tentativa*. 3a ed. México, Ed. Porrúa, 1982. p.10

representa un objeto ilícito, delibera sobre la posibilidad de su logro inervado por sus motivos, y resuelve, por fin, realizarlo. (186)

Esta voluntad resuelta al ilícito, que vive en la mente del sujeto y que solo se queda ahí, no es punible. Absurdo sería limitar o reprimir las ideas del individuo que surgen a cada momento por condición de su misma naturaleza, y también sería absurdo pensar que alguien pudiera urdir en los pensamientos de los individuos para sancionarlos.

El maestro Luis Jiménez Asúa (187) habla por lo que hace la manifestación de ideas, de un punto intermedio entre fase interna y externa, denominándolo resoluciones manifiestas, estas son diferentes a los actos preparatorios y a la tentativa, consiste en la proposición y conspiración, (pudiéndose agregar también la provocación), explicando que el sujeto sale de lo interno y realiza un acto, pero acto de voluntad, no jurídico, faltando la objetividad jurídica.

La proposición es "la invitación formal hecha, por quien ha resuelto delinquir a otra u otras personas para obtener su cooperación en la ejecución del delito, constituyendo por tanto, la simple invitación de cooperar a delinquir." (188)

Por conspirar se entiende "el acuerdo, el concierto entre dos o más personas para ejecutar determinado delito." (189)

Hay provocación "cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio posible de eficacia, a la perpetración de cualquier delito." (190)

El punto opuesto a las resoluciones manifiestas lo representa la amenaza que aún cuando solo es verbal, el destinatario es víctima ya que le afecta

186.- Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. cit. 639

187.- Jiménez de Asúa, Luis. Op. cit. pp. 464 a 467

188.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit. p. 13

189.- Idem.

190.- Eugenio Cuello Calón. Derecho penal. p. 600

haciéndole perder la seguridad a que a todos tenemos derecho. (191)

La fase externa comprende desde que el delito se hace manifiesto hasta su consumación. "Cuando la resolución criminal se exterioriza a través de la realización de actos materiales, estamos dentro de lo que algunos autores denominan el proceso ejecutivo del delito; tal proceso comprende: a) la preparación, b) la ejecución y c) la consumación, aún cuando algunos agregan un momento más, el agotamiento". (192)

La manifestación se estima cuando el sujeto aflora al exterior su idea o pensamiento criminoso que pretende realizar objetivamente, en ocasiones la entidad de la acción delictiva requiere además que el sujeto proponga o conspire (resolución manifiesta), solicitando la participación de otros.

La preparación y sus actos no son la ejecución, "desde el punto de vista de técnica pura, es subjetivamente unívoco, pero objetivamente equívoco. Es decir para quien lo ejecuta tiene una dirección unívoca de tipicidad y para quien desconoce tal finalidad es multívoca de tipicidad." (193), sin que la preparación, por tanto, sea punible ya que los hechos equívocos no revelan de modo claro y preciso la intención de cometer un delito.

La ejecución presenta dos formas; la tentativa y la consumación. Esta última es la realización concordante con la descripción del tipo penal y sus requisitos especiales (tipicidad). El sujeto ejecuta el verbo núcleo del tipo delictivo.

En nuestro particular estudio la etapa interna del iter criminis nace cuando el representante electo forma en su mente la idea omisiva sobre una plataforma invariable de dolo, cuyo fin es el desempeño del cargo que le ha sido conferido por

191.- Jiménez de Asúa, Luis. Lineamientos elementales de derecho penal. pp. 464 y 467

192.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Loc. cit.

193.- González Quintanilla, José Arturo. Derecho penal mexicano. 1a. ed. México. Ed. Porrúa, 1991 p 429

la voluntad popular, decisión que se sienta como firme después de haber deliberado entre lo prohibido y lo permitido, lo lícito y lo ilícito, y que, al final, concluye en la voluntad de realización.

Posteriormente se hace manifiesta esa voluntad en un primer acto que constituye la ejecución misma. En este caso consiste en la abstención de presentarse a la sede de la Cámara de diputados o senadores el día señalado por la ley, o bien, dentro de los treinta días que siguen al mismo, reafirmando la total y manifiesta ejecución dolosa, cuyos medios son indeterminados, resultando absolutamente complicado discernir la existencia de actos de preparación.

Cabe en este sentido apuntar que las circunstancias reales propician lagunas legales. Hemos sostenido y motivado el dolo para el caso de la omisión del activo en el tipo analizado, de aquí se derivan varios supuestos para su tipicidad, todos ellos requieren necesariamente de los siguientes elementos: calidad en el sujeto activo diputado o senador, omisión de presentarse, no existir causa justificada, no desempeñar su cargo; el problema estriba en el plazo señalado por la ley para esos efectos, el cual corre a partir de un día cierto y determinado y fenece treinta días después.

Si a lo largo de todo este período el activo no se presenta, existe un dolo evidente; si existe causa justificada, se trata de una omisión justificada. Si ha transcurrido una parte del plazo y en el tiempo restante decide presentarse, existió dolo, pero la resolución final es presentarse; ahora pensemos que en el último día se presenta una circunstancia culposa y propicia la omisión, caso específico a criterio del maestro González de la Vega: el olvido. Subsiste la culpa como tal, pero su antecedente por treinta días fué el dolo, no existiendo necesidad de aguardar al último día del plazo para tratar de cumplir su obligación, demostrando con esto que el dolo es inherente a la descripción legal del artículo 408 del Código penal.

Esgrimidas estas consideraciones de dolo y consumación del hecho por razones legales quedan al margen de cualquiera de los aspectos negativos de cada uno de los elementos concurrentes en el tipo penal en estudio.

5.1.1.- LA TENTATIVA

Si la consumación es ejecutar la acción que constituye el verbo núcleo del tipo, la tentativa es ejecutar algo en relación con ese verbo.

La tentativa es "la voluntaria puesta en peligro en forme típica de un bien jurídicamente tutelado." (194)

Siguiendo esta idea, la tentativa consiste en: "actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la realización del delito, si este no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto" (195). Aclarando que también se puede hablar de tentativa en los delitos de omisión, como la inejecución de actos.

Es muy importante puntualizar en el hecho de la ejecución, pues su aparición no se determina con tanta claridad "ya que o bien se penetra en el núcleo del tipo o se inician las referencias a los medios de acción de una conducta, de otro modo legítimo, o que diferencian unos tipos de otros, viéndonos precisados a recurrir a la lesión del bien jurídico o a su riesgo eficaz cuando la práctica lo exija" (196), para percibirla claramente.

Se refiere a que en el homicidio, por ejemplo, el verbo núcleo es privar, el acto ejecutivo privar es finalmente consumir el delito, por ello que se habla de referencias a los medios de acción, es decir, empezar a privar, existiendo senda diferencia con las lesiones mismas que se pueden producir si se utiliza un arma,

194.- Ibid. p. 424

195.- Castellanos Tena, Fernando. Op. cit. p. 279

196.- Jiménez de Asúa, Luis. Op. cit. p. 479

suponiendo aquí también el inicio de una privación. Ahora, si conjuntamos la hipótesis de tentativa atendiendo a la lesión del bien jurídico, o bien al riesgo eficaz cierto de realización en la intención manifiesta, se verá con mayor claridad la presencia de la ejecución encaminada a la concreción de un tipo delictivo específico.

Pavón Vasconcelos considera que la tentativa "es delito por sí, en razón de su particular estructura y naturaleza diversa al delito consumado, pues tiene objetividad propia, actividad típica singular y sanción específica, aunque atenuada al delito consumado." (197) Y es en virtud de esta última característica que pensamos que la tentativa requiere una norma específica que prevea esa conducta para poder ser incriminada, la norma que contempla la tentativa es accesoria a otra y tiene positividad jurídica al realizarse los elementos de un tipo, de los cuales la tentativa es un grado menor en razón del resultado, por lo que no hay tentativa por sí, sino tentativa de un delito, concluyendo que no es un tipo autónomo, sino accesorio.

Nuestro Código penal se refiere a la tentativa en el artículo 12 diciendo:

Art. 12.- Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer el delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquel 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 menor o mayor grado de aproximación al momento de consumarse el 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. (198)

197.- Pavón Vasconcelos, Francisco. *Op. cit.* p. 32

198.- Código penal vigente para el Distrito Federal

La tentativa puede distinguirse en varios tipos:

- **NO PUNIBLE.** Cuando el sujeto realiza todos los actos que consumirían el delito, pero por voluntad (motu proprio) no se consuma el mismo impidiéndolo. En este hablamos arrepentimiento que finalmente no daña ni pone en riesgo al bien jurídico.

El arrepentimiento eficaz "es la actividad voluntaria, realizada por el autor, para impedir la consumación del delito, una vez agotado el proceso ejecutivo capaz, por sí mismo, de lograr dicho resultado." (199)

Asimismo se considera como tentativa no punible el hecho de que el sujeto deje de realizar los últimos actos de ejecución que tendrían como consecuencia el resultado dañoso, constituyendo la conducta un desistimiento por parte del autor.

El desistimiento para estos efectos: "es la interrupción de la actividad ejecutiva realizada por el autor con la expresión de su libre voluntad para abandonar el designio criminal propuesto e iniciado." (200)

- **PUNIBLE.** En este caso el sujeto realiza todos los actos, o bien deja de realizar los últimos que consumirían el delito, por causas ajenas a su voluntad, no produciéndose el resultado ilícito. El primer supuesto describe la tentativa acabada o delito frustrado, y el segundo la tentativa inacabada o delito intentado.

Los criterios de la previsión legal y punición de la tentativa, de acuerdo a Pavón Vasconcelos (201), son:

- En razón del **PELIGRO CORRIDO.** Considera que aún cuando la tentativa no produce daño real de carácter inmediato, pone en peligro la seguridad de determinados bienes salvaguardados por el Estado, castigando la intención delictiva. Sus exponentes son Carrara, Ortolán y Feurbach.

199.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit. p. 121.

200.- Ibid. p. 101

- En razón de **VIOLACIÓN VOLUNTARIA DE UN PRECEPTO LEGAL**. Es punible porque constituye la violación voluntaria de un precepto penal cualquiera que sea el criterio político aceptado en la formación de la ley. Su defensor es Manzini.

- En razón de la **PELIGROSIDAD OBJETIVA CONCRETA**. Sostenida por Ferri y Garófalo, dicen que el fundamento de punición es la voluntad criminal exteriorizada, atendiendo no al hecho material en sí, sino a la intención traducida al exterior en actos peligrosos.

- En razón de la **ALARMA SOCIAL PROVOCADA**. La postula Mario Pagano y fundamenta la punibilidad en la alarma social despertada en la vida comunitaria por la ejecución de actos de tentativa.

- En razón de **LA TURBACIÓN PRODUCIDA EN EL SUJETO PASIVO Y LA ALARMA EN EL AMBIENTE EN QUE SE PRODUCE**. Considera que la razón de punición es la misma en el delito tentado y consumado, es la misma intención criminal manifestada en un acto exterior sancionado en virtud de su naturaleza antisocial. Su exponente es Antolisei.

- En razón a la **DISMINUCIÓN, POR LA TURBACIÓN DEL ORDEN JURÍDICO, DEL SENTIMIENTO DE LA SEGURIDAD DE LOS ASOCIADOS**. Expuesta por Civoli, quien sostiene que en la tentativa hay improducción del daño material por ausencia de resultado, mediante la acción tentada se llega a turbar el orden jurídico disminuyendo el sentimiento de los asociados sobre su propia seguridad.

La razón de punición de la tentativa no se cierne sobre el dolo o la firme intención de producir el resultado porque a manera de ejemplo "lo mismo existe en el homicidio intentado que en el consumado" (202), la razón se encuentra "en el principio de la efectiva violación de la norma penal, al poner en peligro intereses

201.- Ibid., p. 125

jurídicamente tutelados." (203). Por lo que consideramos que la más acertada de las teorías anteriormente señaladas sería la del peligro corrido pues toma en consideración al riesgo eficaz y la lesión del bien jurídico.

Por último referiremos al delito imposible, ya que este no produce resultado punible, y no nace por circunstancias ajenas que desvían la intención del sujeto activo, sino por ser imposible, ya sea materialmente, por inidoneidad en los medios empleados o por inexistencia del objeto del delito.

Tampoco debe confundirse con el delito putativo ya que este efectivamente se expresa una resolución hacia lo aparentemente ilícito, pues se carece de tipo, se refiere a la imposibilidad jurídica de no ser punible la conducta del sujeto, quien tiene la idea falsa de que sí lo es. Este por no ser delito, sencillamente no es punible. Este aspecto fué tocado en las últimas consideraciones del iter crimins. Nos referimos a que el activo no concurre en día cierto y determinado por la ley, día designado para presentarse a desempeñar su cargo conferido, ejecutando con ello una parte del verbo núcleo del tipo, que es inciar la omisión de presentarse, es decir, empieza a no presentarse, físicamente es pasivo para trasladarse a la Cámara correspondiente, cuyo efecto es tomar y desempeñar su cargo.

Es esencial e importante atender en caso de la tentativa que exista la posibilidad de lesione el bien jurídico y el riesgo eficaz de que ello suceda. En el artículo analizado, en el supuesto anterior sí existe la posibilidad de lesionar el bien jurídico interés social y orden público, toda vez que se ha mostrado voluntad dolosa para no presentarse a desempeñar su cargo. La justificación que en este caso le proporciona falta de objetividad jurídica a la tentativa es el plazo concedido para la presentación, pues el tipo requiere que se agoten los treinta días concedidos legalmente.

Bajo estas circunstancias peculiares puede presentarse válidamente la

202.- Jiménez Asúa, Luis. La ley y el delito. p. 481
203.- Castellanos Tena, Francisco. Op. cit. p. 280

hipótesis de tentativa no punible en ambas vertientes: arrepentimiento y desistimiento.

Por lo que hace a la punible guardamos nuestras serias dudas en virtud de que la tipicidad contempla una omisión duradera por treinta días y se debe aguardar al fenecimiento de este plazo, después de cumplido no hay tentativa, sino un delito consumado y dentro del plazo concedido tampoco existe tentativa pues la misma ley permite esa flexibilidad e inicio de la omisión requerida.

El elemento importante aquí es la voluntad delictiva del representante electo, pues si está determinado a no desempeñar su cargo, pero por causas ajenas a su voluntad se presenta a la Cámara, hablamos de una tentativa punible, ya sea delito frustrado y intentado, pues aún cuando demostró conductualmente su voluntad a la omisión (tentativa), comparece a la Cámara por causas ajenas a su voluntad, agotando en ese momento la actualización típica de la misma.

Si la situación anterior aconteciera después de consumado el plazo, ya no sería tentativa, pues el delito ha surgido y ha sido ultimado, cabiendo sin embargo alguna causa excluyente del delito.

5.2.- CONCURSO DE DELITOS

Este problema tiene su origen en la conducta delictuosa reiterada por parte del agente o de la diversidad de resultados producto de las mismas o de una sola.

Hablamos concretamente del concurso ideal o formal y del real o material, pudiendo agregar como otras formas específicas: la reincidencia, el delito continuado, delito complejo y la ejecución simple.

El concurso ideal o formal se presenta "cuando con una sola conducta se cometen varios delitos" (204), logrando con ello el sujeto activo que se produzcan diversas lesiones jurídicas, y por tanto, se afecten varios intereses tutelados por el derecho.

Este concurso se sanciona con la pena del delito que merezca la mayor pudiéndose incrementar en una mitad más del máximo, sin exceder de cuarenta años de prisión (artículo 64 del Código penal vigente para el Distrito Federal).

Por otro lado si "un sujeto comete varios delitos mediante actuaciones independientes, sin haber recaído sentencia por alguno de ellos, se está frente al llamado concurso material o real, el cual se configura lo mismo tratándose de delitos semejantes ... que con relación a tipos diversos ..." (205)

La punición para este concurso varía desde: la acumulación, la absorción y la acumulación jurídica. El artículo 64 dice en su párrafo segundo *"En el caso de concurso real se impondrá la suma de las penas de los delitos cometidos, si ellas fueran de diversa especie. Si son de la misma especie, se aplicará las correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad, las cuales podrán aumentarse hasta en una mitad más, sin que exceda de los máximos señalados en este código"* (206), refiriéndose a los citados cuarenta años de prisión.

Un elemento de trascendencia en el concurso real, es que dada la comisión de varios delitos, no se haya pronunciado sentencia por alguno de ellos, pero en el caso contrario, se da paso a la figura de la reincidencia, existiendo esta *"siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, sino ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual a la*

204.- Artículo 18 del Código penal para el Distrito Federal

205.- Castellanos Tena, Fernando. *Op. cit.* p. 297.

206.- Código penal vigente para el Distrito Federal

prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley." (207)

Ahora bien, *"si el reincidente en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, será considerado como delincuente habitual, siempre que 'las tres infracciones' se hayan cometido en un período que no exceda de diez años."* (208) Esta situación pone de manifiesto otra figura, el reincidente habitual.

La reincidencia según el artículo 65 del Código penal sólo será *"...tomada en cuenta para la individualización de la pena, así como para el otorgamiento o no de beneficios o de los sustitutivos penales que la ley prevea. En caso de reincidencia, el juzgador sólo impondrá la pena que corresponda al delito que se juzga en términos del artículo 52."* (209)

Otro supuesto complementario de los concursos ideal y real, es la pluralidad de acciones y unidad de propósito delictivo, conocido como delito continuado, este, a juicio de Jiménez Asúa "no es un caso de concurso de delitos, sino de un tipo único, una unidad real." (210)

Los requisitos del delito continuado son: violación de la misma disposición legal, pluralidad de hechos en fechas distintas, una identidad de motivo delictivo y unidad de sujeto pasivo (no es necesario).

El código penal para el Distrito Federal, en su artículo 7o. fracción III, define el delito continuado como *"cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal."* (211)

En cuanto al delito complejo este aparece cuando en el tipo penal se

207.- *Ibid.* Artículo 20

208.- *Ibid.* Artículo 21

209.- *Ibid.*

210.- Jiménez de Asúa, Luis. La ley y el delito. p. 529

211.- Código penal vigente para el Distrito Federal.

contemplan varios hechos, mismos que por sí pueden constituir delitos y en conjunto crean a la figura delictiva superior en gravedad.

Es importante diferenciar de los delitos complejos el concurso de los mismos "en el delito complejo la misma ley crea el compuesto como delito único pero en el tipo intervienen dos o más delitos que pueden figurarse por separado; en cambio, en el concurso, las infracciones no existen como una sola, sino separadamente, pero es un mismo sujeto quien las ejecuta." (212); es decir, el delito complejo es el tipo penal que describe una conducta a la que concurren dos o más acciones que pueden ser delitos independientes, y en el concurso de delitos se habla de dos o más acciones, sin unidad, que figuran como delitos autónomos.

Por último a manera de comentario, el hecho de que se dé una sola acción y por consecuencia la producción de un solo resultado, constituirá en la realidad una regla general de ejecución simple, pero al hablar de una sola acción no debemos restringirnos al número, sino que pueden ser varias de ellas contempladas dentro de un tipo delictivo único.

En este caso podemos hablar de los delitos instantáneos que son los que se consuman en un solo momento, pudiendo consistir en varios movimientos o acciones, lo que se valora aquí es una sola acción delictiva y una lesión jurídica en consecuencia. Según el Código penal vigente, de acuerdo con el artículo 7o. fracción I, el delito instantáneo: "*es cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos constitutivos.*" (213)

Un complemento del anterior lo representan los delitos instantáneos con efectos permanentes, estos son los que producen con una acción cierta lesión jurídica, pero las consecuencias nocivas no se agotan en el mismo momento de su realización, sino que se prolongan en el tiempo.

212.- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal. pp. 141 y 142
213.- Código Penal vigente para el Distrito Federal

La diferencia con los simplemente permanentes es solamente que estos se prolongan en el tiempo por cuanto hace a sus efectos negativos. El Código penal (artículo 7o. fracción II), lo describe como aquel "*cuando su consumación se prolonga en el tiempo.*" (214), es decir, cuando en su ejecución se constriñe un bien jurídico y esta situación continúa por un espacio en el tiempo.

Los tratadistas distinguen gráficamente estas clases delitos mediante un punto (.) a los instantáneos, varios puntos (.....) a los permanentes y varios guiones (- - - - -) por lo que hace a los continuados.

En este sentido creemos que dentro del tipo analizado el caso de concurso ideal requiere de una conducta lesiva de varios intereses jurídicos tutelados o varios delitos, pensando tal vez en los diferentes tipos contenidos en el capítulo "Delitos cometidos por servidores públicos" del Código penal, pero todos ellos presuponen el ejercicio de las funciones de servidor público, y en este caso el representante a pesar de ser electo, nunca ha desempeñado su cargo.

Puede existir un concurso ideal en este tipo, solo que no se trata de delitos, sino de faltas administrativas atendiendo a la Ley federal de responsabilidades, de tal forma que no es un concurso ideal de delitos en estricto sentido.

El concurso real sí puede ocurrir toda vez que o bien primero se realiza la omisión del artículo 408 del Código penal y después, inclusive dentro de los treinta días de plazo, una acción u otra omisión penal, o viceversa.

La figura de la reincidencia en el concreto también puede existir ya que el representante electo pudo haber sido sentenciado por delito alguno antes de su elección y no haber transcurrido un tiempo igual a la prescripción de la pena en el momento de llevar a cabo su omisión de desempeñar el cargo para el que fué votado.

214.- Idem.

5.3.- AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Hemos llegado al punto final del trabajo, presentándose una seria complicación para su desarrollo en tanto cada autor utiliza su criterio y aborda el tema tal cual.

La autoría es la base del tema, ya que de ahí derivan una serie de figuras que, finalmente, tienen inherente la autoría, por ello es difícil establecer el límite de lo intelectual, la co-autoría, la instigación, la complicidad y el encubrimiento al momento de la comisión del ilícito.

Recordando un poco, estimamos que un autor es sinónimo de sujeto activo, el cual realiza el hecho solo, al menos así lo era anteriormente, ya que en la actualidad en la mayoría de los casos delictivos el activo no actúa solo, sino conjuntamente, en forma organizada y estratégica, lo cual conlleva con regular frecuencia a la comisión de delitos de alta envergadura, o la evasión de la justicia de aquellos que tienen el mando.

Ahora bien, también es necesario citar que en ocasiones el mismo tipo penal requiere para su comisión la concurrencia de dos o más personas.

Un autor "es la persona que sola o conjuntamente con otras lo ejecuta todo entero o de propia mano, o bien, que determina a otro imputable y culpable o no, para que aquella lo ejecute." (215)

Otra definición dice que es quien "pone una causa eficiente para la producción del delito, es decir, el ejecutor de una conducta física y psíquicamente relevante." (216)

También "es quien interviene en la producción del hecho con una actividad

215.- Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho penal mexicano. p. 650

216.- Castellanos Tena, Fernando. Op. cit. p. 286

causal, a menos que se concrete a formas específicas de participación..." (217)

Hemos tocado una figura de suma relevancia, los partícipes, estos como autores que intervienen en el hecho a diferentes grados o circunstancias, se diferencian entre sí por sus causas.

Las teorías que intentan explicar la participación según lo expuesto por el Maestro Fernando Castellanos Tena (218), son tres:

- De la CAUSALIDAD. Consideran codeincentes a quienes contribuyen con su parte a formar causa del evento delictivo, ya que no todo partícipe es delincuente y no todo delincuente debe de tener la misma responsabilidad.
- De la ACCESORIEDAD. El autor solo es quien realiza los actos del tipo legal. Los partícipes dependen del auxilio prestado al autor, del cual son accesorios y solo son responsables de su propia culpabilidad.
- De la AUTONOMÍA. El delito en que pacticipan varios individuos pierde su unidad, y cada comportamiento autónomo constituye un delito.

La participación consiste "en la voluntaria cooperación de varios individuos a la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad." (219)

Esta "solo es posible en los hechos que constituyen la figura de delito y son antijurídicos. Por tanto no hay participación en los hechos justificados por la concurrencia de causa justificante." (220)

También los partícipes deben ejecutar un acto o actos que tiendan

217.- Cuello Calón, Eugenio. Derecho penal. T I. V. II. p. 667

218.- Castellanos Tena, Fernando. Op. cit. pp. 284 y 285

219.- Ibid. p. 283

220.- Cuello Calón, Eugenio. Op. cit. p. 663.

directamente a la ejecución del hecho, respondiendo cada uno en la medida de su participación. Ahora bien, al ejecutar actos, pensemos en que el delito no se consuma y quede en tentativa, entonces los partícipes de un hecho similar, sí serían responsables por sus actos.

Por otro lado, en el caso de que alguno de los partícipes o co-autores ejecutara un acto distinto que constituyera una figura delictiva, sería responsable por el mismo, y los demás no, ya que las circunstancias personales son intransmisibles, siempre y cuando concurrieran estas circunstancias, de acuerdo con el artículo 14 del Código Penal:

- I.- Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal;*
- II.- Que aquél no sea consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados;*
- III.- Que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito; y*
- IV.- Que no hayan estado presentes en la nueva ejecución del delito; o que habiendo estado, hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo. (221)*

Por otro lado, los doctrinarios niegan que exista participación de otros en el hecho culposo cometido por el autor, afirmando que "la participación criminal supone un acuerdo, y al no existir dolo, no hay acuerdo." (222)

También se piensa que en el tipo de circunstancia culposa el partícipe coopera a la acción y no al resultado, pero en la culpa lo indispensable es el resultado no querido, por lo que en primera instancia se niega la culpa en la participación, olvidándose como dice Jiménez Asúa que "la esencia de la culpa está en la negligencia y no en el resultado." (223) Por ello es que sí cabe la participación en un hecho culposos.

221.- Artículo 14 del Código penal vigente para el Distrito Federal.

222.- Cuello Calón, Eugenio. *Op. cit.*, p. 684.

223.- Jiménez de Asúa, Luis. *La ley y el delito.* p. 503

Por todo lo anterior, para evitarnos una serie de confusiones, límites o extensiones innecesarias, consideramos exponer este apartado apegándonos a nuestro ordenamiento punitivo, que es el que nos proporciona el parámetro a seguir adquiriendo positividad gracias a la práctica y aplicación de la misma.

El Código penal vigente dentro del título primero "Responsabilidad penal" incluye a las "personas responsables de delitos" como capítulo tercero, el cual está integrado por dos únicos artículos, el primero ya referido a la letra dice:

Artículo 13.- Son autores o partícipes del delito:

- I.- Los que acuerden o preparen su realización;*
- II.- Los que lo realicen por sí;*
- III.- Los que lo realicen conjuntamente;*
- IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;*
- V.- Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo.*
- VI.- Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;*
- VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y*
- VIII.- Los que intervengan con otros en su comisión, aunque no conste quién de ellos produjo el resultado.*

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad

Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 bis de este Código. (224)

La fracción primera contempla al autor intelectual, al referirse a aquel que acuerda o prepara su realización. Este es quien concibe o se representa la idea criminal y la exterioriza a otros dando forma y formalidad coordinada para la ejecución, es decir, la prepara, pudiendo no intervenir directamente en su realización, y en caso de que así fuera, adquiriría atributo de co-autor o autor

material, como enseguida se verá.

La fracción segunda habla del autor material o principal, es quien lo realiza por sí. Fernando Castellanos Tena coincide con el Raúl Carrancá y Trujillo al decir que es quien concibe, prepara o ejecuta el acto delictuoso o acto físico en que consiste la consumación del delito. (225)

Eugenio Cuello Calón considera que es el que lo ejecuta realizando los elementos que integran la figura legal. (226)

La fracción tercera alude a los co-autores materiales del hecho delictivo, estos son quienes cooperan en la ejecución del hecho con un acto sin el cual el mismo no se hubiese efectuado, nos referimos a que "...varios han ejecutado el mismo hecho lesivo y son todos penalmente responsables..." (227). En este caso "se demanda la individualidad de cada responsabilidad...cada uno responde de aquello de que es culpable" (228). Esta situación acontece porque esas varias personas deben querer "la ejecución de un mismo delito y además realizar un acto encaminado a su producción" (229), afirmando que debe ser a la producción de todo el delito, no a un acto de ejecución solamente.

La cuarta fracción regula la figura del autor mediato que aparece "cuando el hecho punible no se realiza por el agente de modo personal y directo, sino acudiendo a las fuerzas vitales extrañas a su persona que emplea a modo de instrumento." (230) El instrumento no debe ser una persona inculpada, ni dolosa, ni culpablemente por el delito ejecutado, si no estaríamos frente a la figura de inducción o instigación, en cambio quien se vale del instrumento sí debe ser imputable, este "no delinque con otro, sino por medio de otro." (231)

-
- 225.- Castellanos Tena, Fernando. Op. cit. p. 283 y Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. cit. p. 649
226.- Cuello Calón, Eugenio. Op. cit. p. 666
227.- Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. cit. p. 650
228.- Jiménez de Asúa, Luis. Op. cit. p. 505
229.- Cuello Calón, Eugenio. Op. cit. p. 663
230.- Ibid. p. 668
231.- Castellanos Tena, Fernando. Op. cit. p. 287

La fracción quinta se refiere a la determinación dolosa que se hace a una persona para cometer un delito, en este caso sin duda se habla del instigador. Del mismo en primer lugar pudieramos pensar que es un autor intelectual simplemente, y en efecto, al igual que el autor material este acuerda y prepara la realización del delito, su acción ilícita consiste en "el influjo intencionalmente realizado sobre una persona para determinarla a la comisión de un delito." (232) Esta intención debe de ser tal que el ánimo directo es que se ejecute el hecho delictivo.

La inducción se puede presentar por fuerza física cuando la superioridad corporal obliga a otro a ejecutar algo contra su voluntad, o bien por fuerza moral por la actuación sobre la voluntad en forma directa y eficaz para determinar a la realización de un hecho.

Para que el inductor sea punible "debe conocer las circunstancias del hecho así como la ilicitud del acto que induce, no es necesario que el inducido sea penalmente responsable. Si el inducido no ejecuta los actos de la intención del inductor, no pueden ser imputados a este." (233)

En la sexta fracción se contempla al cómplice. Este es quien ejecuta acciones secundarias al autor principal, haciendo concreto el hecho delictivo.

Eugenio Cuello Calón (234) habla de tres tipos de complicidad:

- Moral. Es instruir al delincuente indicándole el modo o forma de ejecución del delito o prometiéndole ayuda para su perpetración o para facilitar su impunidad.

- Material. Cuando se prestan los medios materiales para la realización del hecho o cuando interviene en su ejecución mediante actos que no sean propios y característicos del delito.

232.- Cuello Calón, Eugenio. Op. cit. p. 668

233.- Ibid. p. 669

- Negativa. Es la actitud de quien tiene conocimiento de que un delito a ser ejecutado o de que se está ejecutando y no hace nada para evitar su comisión, no constituye participación.

Por ello el cómplice es "quien coopera con voluntad al hecho criminal." (235)

Raúl Carrancá y Trujillo distingue dos tipos de cómplices de acuerdo al grado de participación:

- Primario. Considerado como aquel que coopera de forma tal que sin su intervención el hecho no se hubiera cometido. (236) Es importante resaltar que la figura del cómplice presupone un acuerdo previo.

- Secundario. Este contribuye de cualquier modo a la consumación del hecho, en este caso el auxilio no es necesario.

Para el caso del cómplice Luis Jiménez de Asúa opina que sí cabe pensar en la tentativa, ya que solo "requiere cualquier acto ejecutivo." (237)

La fracción séptima toca a los partícipes como encubridores, a estos se les considera ejecutores de un hecho delictuoso independiente, contemplado en el artículo 400 de nuestro Código punitivo.

Siguiendo la idea de Eugenio Cuello Calón en cuanto a los encubridores sólo apuntamos que "consiste en la ocultación de los culpables del delito o de sus huellas, con el fin de eludir la acción de la justicia, o en auxiliar a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito, o de las ventajas económicas que este les hubiera proporcionado, o en aprovecharse el propio encubridor de aquellos

234.- *Ibid.*, pp. 670 y 671

235.- Jiménez de Asúa, Luis. *Op. cit.* p. 508

236.- Carrancá y Trujillo, Raúl. *Op. cit.* p. 651

237.- Jiménez de Asúa, Luis. *La ley y el delito.* p. 504

beneficios." (238)

La octava y última, deja abierto nuestro criterio a consideración de la naturaleza del grupo de acuerdo a los participantes, contemplando a la muchedumbre ya que esta "actúa espontáneamente, carece de organización y se integra de modo heterogéneo, en ellas los individuos actúan impulsados por el todo inorgánico y tumultuario de que forman parte; los sentimientos buenos desaparecen y quedan dominados por los perversos y antisociales, se produce un proceso de sugestión de miembro a miembro, por el que la idea de delito termina por triunfar ..." (239) Agregando para concretar el concepto que deben operar en las mismas circunstancias de tiempo y lugar. (240)

La muchedumbre se diferencia de la asociación delictuosa ya que esta se "caracteriza por su reflexiva organización para ciertos fines delictuosos..." (241) debiendo tener cierta permanencia en el tiempo, así como organización.

Doctrinariamente y a manera de referencia, se han clasificado los delitos atendiendo al número de ejecutantes, hablando de delito unisubjetivo y plurisubjetivo. Esta clasificación atiende a la descripción del tipo, estando en presencia de unisubjetivo cuando la consumación del delito la puede llevar a cabo una sola persona; y en presencia del plurisubjetivo cuando necesariamente se deben participar dos o más personas.

En el caso del tipo penal analizado indudablemente el autor directo e inmediato es el diputado o senador electo, ya que es quien ejecuta por sí y enteramente la omisión requerida por la descripción típica del artículo en estudio, asimismo porque se le responsabiliza de su culpabilidad, generando una tipicidad a título personal. Es autor material de la omisión.

-
- 238.- Cuello Calón, Eugenio. Op. cit. p. 672
239.- Carrancá y Truillo, Raúl. Op. cit. p. 665
240.- Jiménez de Asúa, Luis. Op. cit. p. 513
241.- Carrancá y Truillo, Raúl. Loc. cit.

La figura del autor intelectual se puede presentar en la realidad toda vez que, si alguna persona concibe la realización de la omisión a presentarse a desempeñar el cargo por parte del representante electo, y le exterioriza su idea resuelta a la realización, de tal forma que conmina la voluntad de este y se concreta la omisión, estaríamos frente a la autoría intelectual del primero y la material del segundo.

Por lo que hace al instigador y su semejanza con el autor intelectual, también puede aparecer en la realidad y en el caso estudiado, solo que la conducta de quien concibe la realización de que hablamos es en externo dolosa y directamente encaminada a ese fin hasta lograrlo.

En el caso de la co-autoría, ciertamente pueden colaborar con el representante electo otras personas ejecutando actos que directamente lleven a la omisión tipo estudiada, acto que debe ser doloso y causa eficiente a ese fin, cargando con el peso de la responsabilidad el representante electo.

No es posible pensar en la existencia de un autor mediano en el caso particular, ya que este es quien debe estar cerca del representante electo en tiempo, lugar y grado para utilizarlo, abusando de su incapacidad o trastorno mental, o bien del error esencial de hecho en que se encuentra, a no presentarse a desempeñar su cargo. Si ocurriese la circunstancia, en el primer ejemplo debería encontrarse, como antecedente, mentalmente incapacitado, originando una causa de inimputabilidad, y en el segundo, de inculpabilidad por no ser vencible el error.

En el caso del cómplice como quien coopera al delito con su voluntad y actuación, y tomando en consideración que en el particular se requiere un dolo evidente, así como por naturaleza el cómplice, pueden darse sus tres tipos: moral, si se le indica el modo, o se proporciona ayuda al representante electo para concretar la omisión de desempeñar su cargo; material, cuando se le brindan los medios; o bien, negativa si no se hace nada para evitar la comisión de la omisión.

En el caso de que el representante electo no compareciera a desempeñar su cargo dentro de los treinta días concedidos para ello, sin el beneficio de causa

justificada o se justificación, siendo ocultado por alguien al sustraerse de la justicia, este alguien asume la responsabilidad de encubridor, si obtuviera alguna ventaja de ello, ya fuera política, económica o social con beneficio personal.

El último caso es quien interviene con otros en la comisión, para nosotros llamada muchedumbre o asociación delictuosa. Aquí la figura señalada no es posible jurídicamente toda vez que es requisito que no conste quién produjo el resultado, y en el caso analizado el diputado o senador electo es quien ejecuta la omisión requerida por la descripción típica, estando fehacientemente acreditada la identidad del ausente, sin abrir paso a la duda.

5.- CONCLUSIONES

1.- La Nación mexicana después de lograr su independencia, sobre una plataforma democrática y teniendo como sustento normas supremas y fundamentales, se erige como una República representativa, democrática federal, dividiendo el poder supremo en tres esferas: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. El segundo de ellos conformado por dos Cámaras: diputados y senadores, en quienes se deposita la voluntad soberana del pueblo que los elige.

2.- La vida política y democrática de México ha sido regulada por diversos códigos en materia electoral, recibiendo estos distintos nombres a través del tiempo, los cuales en esencia sientan las bases y procedimientos para la elección de los representantes populares que harán efectiva la voluntad popular con miras a la seguridad, progreso y estabilidad social. De aquí la importancia y responsabilidad de los representantes electos.

3.- Si se estudia el derecho como sistema de normas jurídicas que regulan la conducta del hombre en sociedad (cuyo contenido es la ley). se debe dogmatizar este para interpretarlo y derivar de él sus instituciones jurídicas. La ley penal, en especial, tiene por contenido el delito y este se actualiza con la conducta típica, antijurídica, imputable, culpable y merecedora de una sanción, ejecutada invariablemente por el hombre.

4.- El tipo penal en estudio parte de una fuente formal y real para nacer jurídicamente, su presupuesto son las condiciones enunciadas anteriormente (de la base constitucional al ordenamiento particular), teniendo relación con una conducta humana en particular.

5.- La figura jurídica del delito es un ente heterogéneo compuesto por siete elementos sin los cuales el mismo es inexistente; estos también tienen un aspecto

negativo que excluye jurídicamente el delito, aún cuando la conducta sea realmente ilícita.

6.- En el tipo penal analizado la conducta activa cometida es de comisión por omisión, un no hacer voluntario que tiene resultados materiales. Su aspecto negativo lo constituye: la fuerza física superior e irresistible, fuerza mayor, el sueño, sonambulismo o hipnotismo. Solo si la voluntad del activo es contraria a los efectos de estos y no contribuyó a los mismos.

7.- En el caso particular si el diputado o senador electo no se presenta a desempeñar su cargo, sin causa justificada, en el plazo señalado por el artículo 63 Constitucional, se concreta el elemento tipicidad. Su aspecto negativo aparece cuando falta la realización algún elemento del tipo.

El sujeto activo es el diputado o senador electo.

El sujeto pasivo es el pueblo votante, la sociedad representada y el Estado en su gobierno.

El objeto jurídico son instituciones democráticas que cimentan el orden público, y el material la organización e integración del poder Legislativo.

Existen también referencias temporales y espaciales, así como elementos normativos.

8.- La antijuridicidad en el particular es objetiva, formal y subjetiva. El aspecto negativo puede presentarse como estado de necesidad.

9.- La imputabilidad deriva de que el diputado o senador electo tienen la aptitud psíquica y capacidad física para ejecutar la comisión por omisión, convirtiéndose por ello en causa material del delito. El aspecto negativo lo constituye un estado de inconciencia permanente, o bien la embriaguez o intoxicación, también el temor fundado.

10.- La culpabilidad del activo se deduce de la resolución del activo, para ejecutar la omisión tipo, con conciencia del hecho y sus consecuencias.

La omisión estudiada se realiza necesariamente a través del dolo, pues se tiene previsión y conocimiento del hecho, así como sus consecuencias.

Puede eximirse el delito en caso de encontrarse el activo dominado por un error de hecho esencial e invencible, o conminado a realizar la omisión tipo sin tener alternativa de conducta.

11.- La punibilidad está inserta en la norma penal analizada y le es impuesta al sujeto cuando realiza la omisión descrita en la ley.

12.- La comisión del tipo en estudio puede ocurrir con la comisión de otro ilícito originando un concurso real, así como la reincidencia.

13.- El autor directo e inmediato es el diputado o senador electo, pudiendo concurrir con él un autor intelectual, instigador, co-autor o cómplice.

14.- En el mismo, el iter criminis corre desde la ideación, deliberación y resolución, hasta la concreción total.

15.- La tentativa en el mismo caso estudiado puede aparecer en los casos no punibles, aún cuando puede pensarse en casos punibles.

16.- Se critica la salvedad: *causa justificada* inserta en la descripción legal del ilícito, toda vez que la misma permite la impunidad de la conducta delictiva ejecutada por el representante electo sin mayores complicaciones que la de ser aprobada por al menos la mayoría de los demás representantes electos pertenecientes a la Cámara de que se trate, aún cuando jurídicamente y de acuerdo a la ley penal vigente, la conducta omisiva sea ilícita. Proponiéndose por tal motivo la supresión de dicha salvedad para efectos de eficacia punitiva del tipo analizado.

17.- Se propone también, por lo que hace a la punibilidad, que esta se aumente significativamente y se establezca dentro de la descripción del tipo contenido en el artículo 408 del Código penal, un término mínimo aplicable de la pena de suspensión de derechos políticos, considerándose el mínimo de seis años y máximo de doce en virtud de que, por lo que hace al diputado, el tiempo la duración de su cargo es de tres años, debiéndosele inhabilitar en estos para los que fué electo y los tres siguientes como pena efectiva, y por lo que hace al senador doce años, incluyendo en ellos los seis para los que fué electo y seis más como pena efectiva también.

18.- Se ha avanzado respecto de la normatividad que regula la vida política del país tratando de proteger los intereses colectivos y la voluntad soberana del pueblo que se deposita en un representante, esperando del mismo que cumpla su función con respeto, responsabilidad y honestidad. Garantizando de esta forma las instituciones democráticas nacionales y el orden público general.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Antolisei Francisco. Manual de Derecho penal. Parte General. (Tr. Jorge Guerrero y Mariano Ayerra Redin). 8a. ed. Bogotá Colombia, Ed. Themis, 1988. 614 pp.
- 2.- Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho penal mexicano. Parte General. 13a. ed. México, Ed. Porrúa, 1980. 958 pp.
- 3.- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal. Parte General, 15a. ed. México, Ed. Porrúa, 1981. 339 pp.
- 4.- Cuello Calón, Eugenio. Derecho penal. Parte general. T I y T. II 18a. ed., Barcelona, Ed. Bosch, 1981. 488 y 958 pp.
- 5.- Galindo Garfías, Ignacio. Derecho civil. 9a ed. México, Ed. Porrúa, 1989. 758 pp.
- 6.- González de la Vega, René. Derecho penal electoral. 2a. ed. México, Ed. Porrúa, 1991. 319 pp.
- 7.- González Quintanilla, José Arturo. Derecho penal mexicano. 1a. ed. México, Ed. Porrúa, 1991. 506 pp.
- 8.- Jiménez de Asúa, Luis. La ley y el delito. 1a. ed. México. Ed. Hermes, 1986. 578 pp.
- 9.- Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho penal. Tomo V. 2a. ed. Buenos Aires, Ed. Losada, 1963. 1150 pp.
- 10.- Jiménez Huerta, Mariano. La tipicidad. 1a. ed. México, Imprenta universitaria, 1952. 364pp.
- 11.- López Betancourt, Eduardo. Teoría del Delito. 1a. ed. México, Ed. Porrúa, 1994. 303 pp.
- 12.- Moreno, Díaz Manuel. Derecho constitucional mexicano. 10a. ed. México, Ed. Porrúa, 1990. 604 pp.

- 13.- Pavón Vasconcelos, Francisco. La tentativa. 3a. ed. México, Ed. Porrúa, 1982. 195 pp.
- 14.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de derecho penal. Parte General. 2a. ed. México, Ed. Porrúa, 1967. 395 pp.
- 15.- Porte Petit, Celestino. Apuntamientos de la parte general de Derecho penal. 14 ed. México, Ed. Porrúa, 1991, 508 pp.
- 16.- Porte Petit, Celestino. Cuaderno 21. Hacia una reforma del sistema penal. 1a. ed. México, Instituto nacional de Ciencias Penales, 1985. 423 pp.
- 17.- Villalobos, Ignacio. Derecho penal mexicano. 3a. ed. México Ed. Porrúa, 1975. 658 pp.
- 18.- Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones. Tomo I. Historia Constitucional 1812-1842. XLVI Legislatura de la Cámara de diputados. 1967
- 19.- Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 3a. edición. México, Ed. Porrúa, UNAM, 1987.
- 20.- Código penal vigente para el Distrito Federal
- 21.- Código civil vigente para el Distrito Federal.
- 22.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917
- 23.- Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales
- 24.- Código Federal Electoral de 1987
- 25.- Ley de Organizaciones políticas y procesos electorales de 1979