

371
21.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGON**

**ANALISIS DOGMATICO DEL ARTICULO 138 DEL CODIGO PENAL DEL
ESTADO DE MEXICO (COALICION DE SERVIDORES PUBLICOS)**

T E S I S

Que para obtener el Titulo de:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

ENRIQUE PEREZ MENDEZ

ASESOR

LIC. ENRIQUE CABRERA CORTEZ

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

MEXICO 1997





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A DIOS:

Soy gracias por mantenerme en vida y salud y por darme fuerza y alcanzar mis propósitos.

A MI PADRE Y A MI MADRE:

Pilaras de mi vida, con ellos reconozco por apoyarme en todo momento a conseguir un título personal muy importante y a los cuales debe la culminación de mis estudios.

A MIS HERMANOS Y HERMANAS:

Con infinito agradecimiento, por su comprensión y cariño.

A MIS FAMILIARES:

Por haberme dado su apoyo sin condiciones alguna y permitirme de una forma constante con ellos el logro de esta meta.

A MIS AMIGOS:

Por brindarme su amistad sincera y como muestra de la confianza y apoyo que les tengo y que me brinda...

**CON RESPETO Y ADMIRACION A LOS
SEÑORES LICENCIADOS**

ENRIQUE CABRERA CORTEZ

ALFREDO ESPINOSA SOTO

MARIA DEL REFUGIO MENDEZ HERNANDEZ

DELFINO RIOS HERNANDEZ

**QUIENES ME BRINDARON SU MÁXIMO APOYO INTELECTUAL Y
MATERIAL PARA LA REALIZACIÓN DE ESTE TRABAJO Y QUE
TENDRÁN POR ELLO MI PERENNE GRATITUD.**

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I DEL DELITO EN GENERAL

I.1	Concepto de Delito	1
I.2	Escuelas que tratan el Delito	4

CAPITULO II ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO EN RELACION AL DELITO DE COALICION DE SERVIDORES PUBLICOS

II.1	La Conducta en General	9
II.2	La Ausencia de Conducta	13
II.3	La Conducta en el Delito a Estudio	18
II.4	La Ausencia de Conducta en el Delito a Estudio	20

CAPITULO III LA TIPICIDAD Y ATIPICIDAD EN EL DELITO DE COALICION DE SERVIDORES PUBLICOS

III.1	Concepto de Tipo Penal	22
III.2	El Tipo en el Delito a Estudio	27
III.3	La Atipicidad o Ausencia de Tipo	29
III.4	La Tipicidad y Atipicidad en el Delito a Estudio	33

CAPITULO IV

LA ANTILJURIDICIDAD, CAUSAS DE JUSTIFICACION Y MEDIDAS EN EL DELITO DE COALICION DE SERVIDORES PUBLICOS

IV.1	Concepto	35
IV.2	Antijuridicidad Formal y Material	38
IV.3	Antijuridicidad Objetiva y Subjetiva	39
IV.4	Concepto Positivo de la Antijuridicidad	41
IV.5	Aspecto Negativo y sus Causas de Justificación	44

CAPITULO V

LA CULPABILIDAD EN EL DELITO DE COALICION DE SERVIDORES PUBLICOS

V.1	La Imputabilidad	56
V.2	La Inimputabilidad	58
V.3	La Culpabilidad	64
V.3.1	Dolo	66
V.3.2	La Culpa	70
V.3.3	La Preterintencionalidad	74
V.4	Aspecto Negativo: Eximentes	74
V.5	La Culpabilidad en el Delito a Estudio	83

CONCLUSIONES
BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

La problemática actual del país, ha dado pauta para cambiar las esferas económica, política, social y jurídica, con la finalidad de evolucionar a la par de la sociedad. Es por ello que todo individuo independientemente de sus características como sujeto social ésta obligado en cierta forma a hacerse partícipe de, acuerdo a sus posibilidades inmediatas para involucrarse en el buen funcionamiento y desarrollo de la sociedad a la que pertenece, para que de esa forma se pueda dejar entrecer la verdadera existencia de un Estado de Derecho.

Es por ello mismo que dentro de la entidad del Estado de México, es de especial importancia la participación de sus ciudadanos y principalmente de sus servidores públicos, que son a final de cuentas sobre quiénes recae la responsabilidad de una buena administración, la cual solo se logrará en base a los buenos principios con los cuales cuentan dichos servidores, y que deberán de consistir siempre en el desapego total de quererse servir de la ley para obtener beneficios propios o particulares.

Es obvio, que tal propuesta sea difícil de lograr, debido a que dentro de la Administración Pública, existen grupos que impiden a toda costa la buena marcha de tal administración., promoviendo y practicando en todo momento actos de corrupción, que tanto dañan el buen desarrollo de una Nación, así como el fortalecimiento que deberían de tener día con día las Instituciones Gubernamentales.

Así pues, la comisión de delitos es tan grave que trunca el desarrollo de una sociedad, de tal forma que cuando esos delitos son cometidos por las personas encargadas de la Administración de los diferentes ámbitos que constituyen dicha sociedad el problema se torna aún más complejo. Por lo anterior, la intención del estudio que presento es la de analizar las circunstancias que influyen de manera determinante en la posibilidad de que se presente el delito que en concreto se estudia., atendiendo claramente a los elementos indispensables que pudieren en un momento dado tipificarlo. De tal suerte, que no me queda más que esperar que este modesto trabajo intelectual, sea de gran utilidad y apoyo para todas aquellas personas interesadas en la materia.

CAPITULO I
DEL DELITO EN GENERAL

CAPITULO I

DEL DELITO EN GENERAL

I.1 CONCEPTO DE DELITO

Siendo el delito un fenómeno social, su concepción ha evolucionado concomitantemente con la sociedad misma. Como ésta, ha rebasado las etapas del primitivismo conceptual y de valoración mágica y supersticiosa del medioevo, para desembocar al conceptualismo determinativo de la escuela clásica., resiente la influencia del positivismo imperante en el siglo XIX, hasta devenir en la concepción aceptada en la actualidad: la dogmática jurídico-penal.

Una definición del delito puramente formal como la contenida en el Código Penal del Distrito Federal: "Acto u omisión que sancionan las leyes penales" (artículo 7), además de insatisfactoria, es tautológica, por ser lógicamente condicionante para la ley. Por lo contrario, una definición que pretende resolver todos los problemas planteados por la fenomenología del delito, debe presuponer la ley y ser ajena a cuestiones de índole política y sociológica: debe ser dogmática.

El delito presupone: a) Una voluntaria conducta humana activa (excluyéndose por tanto, los hechos de los animales y los casos fortuitos ajenos al actuar humano) y, b) Una norma jurídica protectora correspondiente con una descripción legal de aquella conducta (tipo legal).

Cuando el comportamiento humano, coincidiendo con el tipo legal, viola la norma jurídica, se dice que ese comportamiento es típico y antijurídico. Si además puede imputársele a su autor a título de dolo o de culpa, habrá culpabilidad; y no amparándolo ninguna excusa absolutoria, deberá aplicársele la pena.

Aquí podemos aceptar que el delito es la conducta típica, antijurídica y culpable, que se sanciona con una pena sometida, en ocasiones, a condiciones objetivas de punibilidad.

Atentos a lo expuesto, podemos destacar como elementos principales del delito: a) Conducta., b) Tipicidad., c) Antijuridicidad., d) Imputabilidad., e) Culpabilidad., f) Punibilidad, y g) Condicionalidad objetiva.

Estos elementos forman el aspecto positivo del delito. El negativo lo integran: La conducta ausente de espontaneidad o autodeterminación (fuerza física irresistible, fuerza mayor, movimientos reflejos), la atipicidad (parcial, por falta de algún o algunos requisitos típicos), causas de justificación, la imputabilidad, la inculpabilidad (eximentes), las excusas absolutorias y la falta de condicionalidad objetiva.

Ahora bien, como acertadamente opina Luis Jiménez de Asúa, el acto (conducta) considerado independiente de la tipicidad, es más bien el soporte natural del delito, la imputabilidad es el sostén psicológico de la culpabilidad y las condiciones objetivas son "advertencias e inconstantes". De tal modo, "...la esencia técnico-jurídica de la infracción penal radica en tres requisitos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, constituyendo la penalidad, con el tipo, la nota diferencial del delito." (1)

Con el advenimiento del nacionalsocialismo en Alemania, nació la tendencia doctrinal de acabar con la división de los caracteres apuntados, proclamándose la unidad del delito o su índole de totalidad o conjunto. Esta tendencia, justificada por la ideosincrasia misma del régimen político que la originó, se extendió por toda Europa influyendo principalmente en Italia y España.

(1) La Ley y el Delito. 2a. Edición. Editorial Hermes. México-Buenos Aires. 1954. p.223.

Como es sabido, la teoría del tipo no es si no la transposición al Derecho Penal, del principio constitucional nullem crimen, nulla poena sine lege, que caracteriza a los regímenes liberales. No siéndolo el nacionalsocialismo, tuvo que abolir dicho principio para justificarse así mismo. Y en esa forma, en el memorial prusiano de 1933 se proclamó, como base del nuevo derecho penal que: la pena no depende de la producción de un resultado., el delito no es más que el reproche de la culpabilidad de un resultado posible, y que el punto de partida no es ese resultado lesivo, sino la conducta peligrosa del agente.

Al redactarse el nuevo Código Penal, se proclamó "Un orden moral" . Conforme al cual debería de entenderse la culpabilidad, de modo que, un homicidio por ejemplo, podría justificarse si se spegaba a ese "orden moral" emanado de la sociedad nacional socialista uno de cuyos fines era la pureza racial.

El mismo Mezger, expositor brillante de la teoría analítica se vio obligado a corregir su postura anterior, y renunciando a la antijuridicidad objetiva y reduciendo el papel del "tipo legal-penal" a un "medio auxiliar técnico", expuso su nueva concepción del delito como un todo.

Georg Dahm uno de los mas radicales exponentes de la teoría unitaria o totalizadora, al criticar a Beling afirma: "diferenciar la tipicidad de la antijuridicidad, y distinguir estos dos caracteres de la culpabilidad ' ¿ No es realmente atentar a la idea misma del derecho penal?' ". (2)

La doctrina italiana que pugnaba por la teoría analítica y defendía primero la "dicotomía" y después la "tricotomía", intenta ahora el regreso al pasado proclamando una teoría unitaria en la cual hasta los conceptos de antijuridicidad y culpabilidad se funden en uno solo.

(2). Cf. por Jiménez de Asua. Ob. Cit. p. 269.

Negar que el delito es un fenómeno de existencia conjunta, sería negar la realidad misma. Pero, afirmar que el delito como creación técnico-jurídica no es susceptible de desgranarse en sus elementos esenciales (como sostienen los unitarios), equivaldría a negar la índole liberal del derecho penal. Y así como el cirujano necesita estudiar cada uno de los tejidos, órganos y aparatos del cuerpo humano para conocer a éste en su integridad funcional, el jurista requiere el estudio analítico de delito para comprender mejor la gran síntesis en que consiste el injusto típico.

I.2 ESCUELAS QUE TRATAN EL DELITO

Con la llegada del positivismo fué posible reunir, por contraste a las diversas corrientes doctrinarias en dos grandes tendencias o escuelas: la clásica y la positiva., composiciones intermedias o eclécticas.

Dentro de la llamada escuela clásica no existe, sin embargo, un criterio uniforme. Así por ejemplo, en la teoría de la retribución y de la prevención, no hubo en su época similitud alguna.

Los caracteres comunes de la escuela clásica son:

- a.) Método lógico-abstracto, supuesto que el derecho penal es ciencia normativa.
- b.) Imputabilidad basada en el libre albedrío y la culpabilidad moral.
- c.) El delito como ente jurídico. Para los clásicos, la acción delictiva no es un ente de hecho, sino el concepto jurídico base de todo su sistema penal.
- d.) La pena como un mal y como un medio de tutela jurídica.

Luis Jiménez de Asúa, esquematiza las variedades de la escuela clásica en la siguiente forma:

"a) Teorías morales.

a') Contrato social (Grocio, Rousseau, Hobbes, Fichte),

b') Retribución:

a'') Divina (Jarka, Bekker, Stahl, Rosmini y Brun).

b'') Vindictiva (Dhüring).

c'') Expiatoria (Kohler : purificación por el dolor).

d'') Moral (Kent: talión)

e'') Estética (Leibnitz, Herbart, Geyer. El segundo dijo: la ley de la justicia no es una ley de la conducta, sino un criterio del juicio sobre la conducta misma).

f'') Jurídica (Hegel le da dirección dialéctica y le siguen: Abegg, Kostlin y Berner. Passina y Birkmeyer son también partidarios de la retribución).

c) Resarcimiento (Welker : la pena es resarcimiento intelectual).

d) Transformación del derecho a la obediencia (Binding).

b) Teorías utilitarias.

a') Prevención general:

a' ') Por intimidación (Gmlin y Filangieri).

b' ') Por coacción psíquica (Feuerbach, Impallomeni).

c' ') Por advertencia (Bauer).

d' ') Por defensa (Romagnosi, Bentham, Schulze).

b') Prevención especial por intimidación (Grolmann).

c') Prevención general y especial (Janka y Liszt).

c) Teorías eclécticas.

a') Eclesiastismo francés (Rossi : la ley moral es la fuente, y la medida, la utilidad : Ortolan, Trebutien, Haus, Pacheco).

b') Eclesiastismo italiano (Carmignani : utilidad y justicia., Carrara: necesidad y justicia).

c') Eclesiastismo alemán (Mittermaier, Mayer).³⁾

(3). La Ley y el Delito. 4a. Edición. Editorial Hermanos. 1963. pp. 46 y 47.

En el último tercio del siglo pasado, nace la Sociología, y con ella surge, por aplicación de su método la escuela positiva y los máximos expositores son Rafael Garófalo y Enrique Ferri.

Los caracteres de la escuela positiva son:

- a.) Método experimental.- Si el delincuente es un hombre y a él hay que atender, y el delito un producto de factores, para su estudio y para el hallazgo de remedios puede y debe emplearse ese método y no el lógico-abstracto de la escuela clásica.
- b.) Responsabilidad social.- Derivada del determinismo y temibilidad del delincuente. Para el positivismo no existe el libre albedrío, y siendo de tendencia determinista, tuvo que basar la responsabilidad en un hecho puramente objetivo : vivir en sociedad.
- c.) El delito es un fenómeno natural y social producido por el hombre.
- d.) La pena no debe de ser un castigo, sino un medio de defensa social.

Puede afirmarse que la escuela positiva surge como una reacción contra el excesivo individualismo y llega a encontrar en la doctrina socialista su fundamento político-social. Su influencia llegó a ser determinante en la elaboración de nuestro Código Penal de 1929 y en parte, de nuestro Código Penal actual.

CAPITULO II

**ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL
DELITO EN RELACION AL DELITO DE COALICION
DE SERVIDORES PUBLICOS**

CAPITULO II

ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO EN RELACION AL DELITO DE COALICION DE SERVIDORES PUBLICOS

II.1 LA CONDUCTA EN GENERAL

El elemento primordial del delito es el llamado elemento material u objetivo: la conducta.

"El elemento primario de todo delito dice Sebastián Soler, tal como este último está concebido por la moderna legislación y la moderna técnica jurídica, es la acción, o sea el hecho humano voluntario. Con ello se expresa que no queden comprendidos dentro de este concepto:

1. La condición de una persona, que si bien puede influir en su modo de obrar, no es, en ella misma, una acción como ser la llamada peligrosidad subjetiva, que algunos quieren tomar como fuente de imputación.
2. Los hechos del hombre que no sean expresión de su psiquismo, como ser los meros actos reflejos. Con esto no se abre juicio ni se hace referencia al elemento subjetivo de la acción, sino que sólo se afirma que la acción, para ser tal, debe ser la expresión psicofísica de una persona, sea ésta normal o anormal.

3. Los hechos del hombre constituyen acción sólo en cuanto son expresiones individuales de la personalidad., las acciones determinadas por una voluntad colectiva, no son alcanzadas por el Derecho Penal., el sujeto de Derecho Penal es una persona física.
4. Están también excluidos de la capacidad de producir acciones jurídicamente relevantes los animales y las cosas inanimadas. Los efectos que éstos causen reciben con propiedad la designación de hechos, no de acciones. Históricamente, sin embargo, no siempre ha tenido la responsabilidad ese carácter estrictamente humano que lo acordamos, y han existido formas de responsabilidad de animales y aún de cosas." (4)

De lo transcrito se desprende que el primer elemento consistió en una alteración del estado de cosas referible a la conducta de un hombre. Es la totalidad de ese fenómeno, acción y resultado, lo que se denomina conducta. En consecuencia, se distingue en ella: la subjetividad, la actuación y el resultado.

La subjetividad de la conducta no debe confundirse con el querer o voluntad del resultado último que forma parte de la teoría de la culpabilidad y no de la acción. Esta subjetividad es el mínimo de participación íntima en el sentido de que el hombre no haya actuado como cuerpo. Es lo que Francesco Antolisei llama "coeficiente psíquico de la acción". (5)

Hebré acción cuando el movimiento del automóvil que conducimos causa un daño, aun que puede no haber culpabilidad por falta de relación subjetiva entre el acto de dirigir el automóvil y el daño.

(4) . Derecho Penal Argentino. 2a Edición. Editorial TEA. Buenos Aires 1953. p. 292 y sigs.

(5). La Acción y el Resultado en el Delito. 2a. Edición. Editorial Jurídica Mexicana. México 1959. p. 51.

No habrá acción, en cambio, cuando por un mero acto reflejo se causen daños, o en los casos de vis absoluta (fuerza física exterior irresistible).

La subjetividad de la conducta se traduce en desplegar u omitir determinada serie de movimientos por los cuales el autor hará surgir ese estado de hecho que, modificando el mundo exterior, constituye el resultado definido y prohibido por la ley. A ello se denomina actuación de la voluntad del agente.

Casi todos los delitos consisten en una alteración del estado de hecho exterior del sujeto, alteración que es el efecto de la actuación del agente y que se designa con la palabra resultado : la muerte en el homicidio., el perjuicio en el fraude.

Por resultado entendemos, entonces, una modificación o alteración del mundo exterior, y ese resultado puede ser material, como la muerte de un hombre en el homicidio, o puramente psíquico, como el conocimiento de la injuria. Nunca puede ser la violación del derecho porque el resultado del acto es un mero hecho que no incluye valoración., es parte del tipo que describe y no debe mezclarse con la valoración que es independiente de la descripción.

En otras palabras, la lesión al derecho que se da en los delitos de pura actividad, no forma parte del concepto de conducta, sino que integra el estudio de otro elemento del delito : la antijuridicidad.

Por lo expuesto creemos acertada la definición que da acción en sentido estricto de Eugenio Cuello Calón: " ... el movimiento corporal voluntario, encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca." (6)

Menos afortunada es la definición de Eugenio Florián, quien conceptúa "la acción como un movimiento del cuerpo humano que se desarrolla en el mundo exterior y por esto determina una variación, aún cuando sea ligera o imperceptible". (7)

Ahora bien, la conducta comprende tanto la acción como la omisión. Por omisión se entiende la inactividad, voluntaria también, cuando la ley ordena o impone el deber de ejecutar un hecho determinado. En los delitos de acción se infringe una ley prohibitiva., en los de omisión, una ley dispositiva. Cabe distinguir la omisión simple u omisión propiamente dicha, y la omisión comisiva o comisión por omisión, llamada también omisión impropia.

Por omisión simple se entiende un no hacer, voluntario o culposo, violando una norma preceptiva y ocasionando un resultado típico. Esto es, en la omisión simple se viola un deber de actuar, como el auxiliar al lesionado en el delito de abandono de personas.

En cambio, en la comisión por omisión, se violan dos clases de normas, una prohibitiva y otra dispositiva o preceptiva., de ahí que se defina la comisión por omisión como la producción de un resultado típico y material por un no hacer voluntario o culposo, violando una norma preceptiva y una norma prohibitiva. Se citan como ejemplos de esta forma de conducta, los delitos por olvido : como el caso de un despachador que omite dar la orden de protección a dos trenes que se colisionan por haber olvidado sus obligaciones.

(6). Derecho Penal. 6a. Edición. Editorial Edear. Barcelona 1947. p 271.

(7). Parte General de Derecho Penal 4a. Edición. Editorial Hermes. La Habana 1929 p 559.

Como elementos de la acción se señalan: una manifestación de voluntad; un resultado y una relación de causalidad. Afirma Celestino Porte Petit: "La manifestación de voluntad la refieren los autores a la conducta y no al resultado, por ejemplo Sebastián Soler afirma que el estudio de esa relación no forma parte de la teoría de la acción, sino de la culpabilidad. Weizel subraya que la acción humana es, por tanto, un acontecimiento finalista y no solamente causal., que la finalidad es vidente., la causalidad es ciega. En efecto, la conducta en Derecho Penal no puede entenderse sino como conducta culpable. Por tanto abarca: desear la conducta y el resultado., de no ser así, estaríamos aceptando un concepto de conducta, limitado a querer únicamente el comportamiento corporal". (8)

Como elementos de la omisión se mencionan: una manifestación de voluntad, una inactividad del agente y una relación de causalidad entre la manifestación de voluntad y la abstención.

En síntesis: entre la conducta y el resultado debe de existir una relación causal., el resultado debe de tener como causa un hacer o un no hacer del agente.

II.2 LA AUSENCIA DE CONDUCTA

El aspecto negativo de la conducta lo constituye la excluyente de responsabilidad prevista en la fracción I del artículo 16 del Código Penal del Estado de México., que nos señala que el inculpaado obrará en razón a una fuerza física exterior e irresistible.

Hemos venido hablando del delito entendiéndolo como figura teórica., pero en strictu sensu el delito es una situación de hecho, ya fuera de tal, lo es indispensable primariamente una conducta.

(8) Importancia de la Dogmática Jurídica Penal. 2a. Edición. Ediciones UNAM., México 1958. p. 34.

La conducta humana en consecuencia constituye el soporte básico primario del delito., y su ausencia, lógicamente, acarreará la no aparición del ilícito penal.

Así pues, la situación de ausencia real y absoluta de la conducta., enfoquemos ahora el problema de su aparición fáctica no reflejante de la voluntad del sujeto que la realice.

En general, al conjunto de supuestos de ausencia de conducta se le conoce con el nombre de aspecto negativo del elemento objetivo del delito.

Las causas generadoramente eximentes de la responsabilidad del sujeto respecto a la conducta realizada pero no deseada., en opinión de la mayoría de los especialistas, son fundamentalmente dos:

a) Fuerza física exterior e irresistible., subclassificable en :

1. - Vis Absoluta

2.- Vis Maior

Sin embargo, algunos autores consideran también como causales de igual sentido, a determinados estados inconscientes y transitorios del individuo, como son, el sueño, el sonambulismo y el hipnotismo., criticándoseles tal concepción con el argumento de que en realidad se trata de casos de inculpabilidad o ininputabilidad.

Teóricamente se entienden dos categorías de carácter irresistible, presión física y provenientes del mundo exterior., y son:

1. **Vis Absoluta.**- Se caracteriza por ser de origen humano la presión ejercida con carácter de irresistible al sujeto (medio que ejecuta la acción). En otras palabras, la Vis Absoluta o Fuerza Absoluta es la presión ejercida por un ser humano a otro, de forma física, material e irresistible., convirtiéndose así en un simple medio al sujeto presionado, pues es obvio que éste no tiene ninguna posibilidad de exteriorizar su voluntad respecto de la conducta que despliega, inhibiéndola por completo dicha presión. En consecuencia, el sujeto presionado o sujeto medio, no tiene ninguna responsabilidad de su conducta, pues "Tan inocente como la espada misma de que un asesino se valiera" (8)

2. **Vis Maior.**- En principio, es idéntica en sus efectos a la anterior, su variación estriba en la calidad de la causa que genera la ausencia de conducta., ya que la presión física exterior e irresistible es proveniente del mundo de la naturaleza, ya sea por presión física de un ser animal o por la presión física de los elementos naturales.

(8). Fernando Castellanos Tena . Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 2a. Edición, Editorial Jurídica Mexicana. México 1983. p. 154.

b) Movimientos reflejos.

Fisiológicamente, los movimientos reflejos musculares tiene dos fuentes principales: El sistema nervioso motor, que trabaja regulado por el cerebro., y el sistema nervioso del gran simpático, que funciona con independencia de la mente, regulando los movimientos musculares de carácter automático en respuesta a estímulos externos. Dentro de ésta última denominados actos reflejos, que como es obvio, se les considera inhibidores de la conducta realizada respecto del control mental, es decir, por ser generadores por un sistema nervioso no dependiente del cerebro, en ellos no existe indicio de voluntad. Legalmente son aceptados como causales de responsabilidad. a contrario sensu, siempre y cuando los mismos no hubiesen sido posibles de retardarse o dirigibles en tal sentido que no provocaron un ilícito penal.

Por lo que toca a los estados inconcientes transitorios que algunos autores consideran como causales de ausencia de conducta, tenemos que el sueño es un estado físico de descanso en el individuo. Tiene carácter de normal, y en él, el cerebro relaja sus actividades al mínimo no siendo por tanto responsable el individuo, de las conductas que en su transcurso se cometan. El sonambulismo es un estado patológico que se manifiesta con deambulaciones y actividades de diversas clases que el sujeto realiza en el transcurso del sueño. Las actividades sonambúlicas no son consideradas concientes y por tanto, las ilícitamente presentadas no son reflejo de la voluntad del individuo que las comete. El hipnotismo es un estado inconciente transitorio de carácter artificial, que consiste en el dominio mental que un individuo ejerce sobre otro, valiéndose de las técnicas y habilidades respectivas. En tal supuesto se inhibe la voluntad del sujeto hipnotizado respecto de las conductas que en ese estado realice excluyéndose de las mismas su responsabilidad legal. En relación con las tres últimas posibles causas de ausencia de conducta, ha surgido una teoría de origen italiano denominada "Acciones liberas in causa" (De las acciones libres en su causa)., que postula que el sujeto responsable de las conductas delictuosas realizadas durante determinados estados de inconciencia., si éste provoca o se entrega a ellos con el deliberado propósito de cometerlas o, si previendo las consecuencias negativas de su actuar no toma las precauciones necesarias e indispensables para evitar que aparezcan.

El hipnotismo regularmente exige para que se presente de la anuencia del sujeto hipnotizado, implicándosele de éste hecho la previsión o conocimiento que cometa en ese estado., el sonambulismo como estado patológico, exige del que sufre, las precauciones debidas., el sueño aún cuando es de carácter normal y natural, implica también previsiones mínimas.

Como hemos dicho, no todos los autores consideran a estas tres últimas situaciones, como causales de ausencia en la conducta., estando por el contrario, de acuerdo y respecto a la fuerza física exterior e irresistible. De los movimientos reflejos, algunos piensan que es una causa de inimputabilidad, al igual que las otras tres situaciones referidas.

Tales opiniones son muy respetables para nosotros pero sin embargo diferimos de las mismas en cierto sentido., pues consideramos que no sólo el sueño, el sonambulismo, el hipnotismo y los movimientos reflejos, son causales de no responsabilidad en el individuo respecto a diversos elementos del delito como la culpabilidad o a su presupuesto la imputabilidad., sino que el mismo supuesto de la fuerza física exterior e irresistible, encuadra en una causal de inculpabilidad debido a que la presión física exterior e irresistible anula la facultad de poder relacionar el acto con la voluntad.

En concreto, pensamos que la única posibilidad técnica y legal, es la no aparición de la misma, pues por tratarse de un elemento puramente objetivo en la comisión del delito, resulta inadecuada pretender fundamentar su ausencia en factores de carácter subjetivo como lo es la falta de nexo entre la conducta ilícita realizada y la voluntad del que la realiza., esto, indiscutiblemente se tiene que ubicar en el campo del elemento subjetivo del delito, es decir, de la culpabilidad.

Para encontrar el non aristotélico de un elemento, consideramos que tiene que hallar el verdadero contenido del sic., para que a contrario sensu, se determine el primero.

La conducta como elemento objetivo en su sentido positivo, no tiene porque hallar su ausencia en relaciones de carácter subjetivo, si indispensable es fijar el contenido de la conducta, diríamos que lo es la modificación o peligro de ésta en el mundo exterior. Afuera de tal, estrictamente pensamos que nada tiene que hacer en el mismo la voluntad, pues aún cuando es innegable que ésta genera a la conducta., pensamos también que el acto objetivo ya realizado es independiente de aquélla.

Como objetivo, que es su aspecto negativo tendrá que hallarse también en situaciones de similar índole., pues de otra manera, por ejemplo las conductas culposas no tendrían porque hallarse ubicadas en el elemento subjetivo del delito, sino en éste el objetivo por no estar completamente relacionada la voluntad al acto. En conclusión, consideramos que teórica y formalmente hablando., jurídicamente la conducta como elemento objetivo del delito no tiene más supuesto negativo que la ausencia real y absoluta de la misma, y que pretender encontrar dicho aspecto negativo o de ausencia en situaciones como la anulación de la voluntad por presión o fuerza física, exterior e irresistible, movimientos musculares automáticos llamados reflejos, o estados de inconsciencia transitorios., no es lo adecuado, ya que todos ellos sólo son causales de irresponsabilidad legal del sujeto respecto a otros elementos del delito como la culpabilidad o de su presupuesto lógico la imputabilidad., ya que los mismos están íntimamente relacionados con el elemento generador subjetivo del acto como lo es la voluntad, pero no directamente relacionados con la objetividad del acto mismo.

II.3 LA CONDUCTA EN EL DELITO A ESTUDIO

De conformidad con el artículo 138 del Código Penal del Estado de México, el delito de coalición, se comete por los servidores públicos que con el propósito de impedir el cumplimiento de cualquier ley o la ejecución de cualquier disposición administrativa emitida legalmente con carácter general, o la buena marcha de las distintas ramas de la administración pública, se coordinen para adoptar conjunta o separadamente acciones tendientes al logro de tales propósitos. Incurren en el mismo delito quienes en igual forma y con los mismos propósitos, dimitan de sus empleos, cargos o comisiones.

El tipo descrito corresponde a los llamados personales, esto es, que únicamente este delito puede ser realizado por los que tengan el carácter de servidores públicos. El núcleo típico es coaligarse, lo que en sí implica la concurrencia de varios sujetos., es pues, un tipo plurisubjetivo. La conducta puede ser activa u omisiva., es decir, que la realización del núcleo típico permite las dos formas esenciales de conducta, la acción y la omisión. Puede afirmarse también la realización típica por la forma mixta de conducta, la comisión por omisión.

Escribe Raúl Carrancá y Trujillo: "El delito tipificado en el artículo 138 del Código Penal del Estado de México, es plurisubjetivo de lesión. Se consume por el solo hecho de coaligarse o unirse unos con otros, los que desempeñan una función o cargo de carácter público., a) Tomando medidas opuestas a las que determinan una ley o reglamento, o sea medidas para la inobservancia de estos., b) O bien, impidiéndole la ejecución de aquella o de ésta, o sea no observándolos cuando se trate de ejecutarios., c) O bien, dimitiendo sus puestos con el objeto de que cese definitivamente o se suspenda temporalmente la actividad de la administración pública en cualquiera de sus ramas. Se requiere para la consumación del delito, que las medidas sean tomadas, o bien, que la dimisión de los cargos se realice, aunque sea sin los requisitos formales o sólo de hecho. No es configurable la tentativa. El dolo específico, consiste en que el agente tenga voluntad y conciencia de emplear aquellos medios operatorios para que se impida en definitiva o se suspenda por tiempo la ejecución de la ley o la actividad administrativa del estado, en cualquier ramo." (10)

Si bien es delito de lesión como afirma el autor citado, no necesariamente es de resultado, por ejemplo: la coalición para la inobservancia de un reglamento interno de trabajo constituiría una de las formas de realización típica, pero sin resultado material o psíquico., la coalición para suspender un servicio público si lleva aparejado un daño material y por ello un resultado material. En ambos casos existirá una lesión al bien jurídico tutelado por la norma constituido por la administración pública, pero esta lesión constituye el elemento antijurídico del injusto y no el resultado típico por la conducta.

(10). Derecho Penal Mexicano. 4a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1955. p. 215.

II.4 LA AUSENCIA DE CONDUCTA EN EL DELITO A ESTUDIO

La coalición supone un acuerdo de voluntades para un fin determinado., en el caso del delito a estudio, para la realización de uno o cualquiera de los propósitos señalados en la ley. En consecuencia, sería muy difícil la existencia de un caso negativo de conducta. Sin embargo, es factible que en un caso concreto de coalición para suspender un servicio público de vital importancia, algunos servidores inconformes con la mayoría, fueran atacados con sogas para impedirles el desempeño de su trabajo. Habría en tal caso, una omisión punible únicamente para los sujetos mediatos. Sólo así es concebible la realización de un resultado típico con ausencia de conducta por parte de los sujetos inmediatos.

CAPITULO III

**LA TIPICIDAD Y ATIPICIDAD EN EL DELITO DE
COALICION DE SERVIDORES PUBLICOS**

CAPITULO III

LA TIPICIDAD Y ATIPICIDAD EN EL DELITO DE COALICION DE SERVIDORES PUBLICOS

III.1 CONCEPTO DE TIPO PENAL

Los códigos penales describen circunstanciadamente cada delito en particular. De las diversas definiciones de la legislación positiva se obtiene por abstracción el tipo que es el contenido íntegro de un hecho de los definidos en el código, prescindiendo de las condiciones subjetivas y objetivas que le acompañan en su realización: es el delito en abstracto. Es por ejemplo, la muerte de un hombre en la acepción más lata de la palabra, desde su preparación hasta la realización exhaustiva por actos últimos, con todas las modalidades y accidentes que pueden precederla, acompañarla o seguirla.

" La función de los tipos, en la economía del procedimiento, es ante todo previa y eliminativa., de tal modo que, al encontramos ante un hecho indiciariamente delictivo, lo primero que hemos de examinar es si es subsumible a uno de los tipos de la ley penal. Ni siquiera vale la pena de examinar antes si ha habido acción en el sentido jurídico de esta palabra, es decir si alguien a obrado, pues esto significaría anticipar el examen que podría resultar inútil, de la imputabilidad. A tal extremo que la definición de Belling podría mejorarse diciendo, no que el delito es una acción típica, etc., sino que es un hecho típico imputable a una o más personas etc., porque el proceso de eliminación, en buena economía del procedimiento, es éste: primero, ver si ha habido delito en abstracto y luego, por su orden, si ha habido persona imputable, si el acto debe valorarse de ilícito, si en tal caso ha habido culpabilidad y finalmente si existe o no caso de impunidad o decadencia de delito en función de las condiciones objetivas de la penalidad. Pero el tipo como hecho abstracto tiene otra función más importante. Es la base técnica para dar unidad a toda fenomenología jurídica del delito tanto en su dimensión extensiva como en la cronológica. Es la clave de la construcción orgánica del fenómeno delictivo., de tal manera que todas sus manifestaciones obtengan una explicación unitaria y coordinada". (11)

(11) Faustino Ballave Palise. Función de la Tipicidad en la Dogmática del Delito. 5a. Edición. Editorial Jurídica Mexicana. México 1951. pp. 18 y 19.

Como es sabido, la doctrina del tipo y la tipicidad se debe a Beling, y antes y después de él, el concepto del tipo ha atravesado por distintas fases. Señala Jiménez de Asúa, las siguientes:

- a.) La independencia.- En su primera fase la tipicidad tiene una función meramente descriptiva, totalmente separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad. Como se ha dicho ya, matar a un hombre, es el tipo del delito de homicidio., es una mera descripción. Determinar si la muerte fue contraria a derecho, o si se realizó en legítima defensa, es función valorativa que corresponde a la antijuridicidad., y el juicio que permite la atribución a un ser imputable del acto cometido y reprochárselo a título de dolo o de culpa, corresponde al elemento culpabilidad. Beling modificó y amplió su teoría del tipo en 1939, manteniéndole su mera función descriptiva.
- b.) Carácter indiciario.- En su segunda fase, el tipo tiene una función indiciaria, corresponde a atribuirle ese carácter, a Max Ernesto Meyer en Tratado de Derecho Penal aparecido en 1915.

De conformidad con tal concepción, el tipo tiene independencia, más el sólo hecho de que una conducta sea típica, es ya un indicio de antijuridicidad. La función indiciaria se cumple principalmente en los elementos normativos del tipo, como por ejemplo, la noción de ajenidad en el delito de robo.

- c.) "Ratio essendi" de la antijuridicidad.- Esta fase del tipo se debe a Mezger, quien la transparenta desde su definición del delito: acción típicamente antijurídica y culpable., es decir, para Mezger el delito ya no es una acción típica, antijurídica, etc., sino acción típicamente antijurídica, lo cual significa para su autor, el tipo debe estudiarse no ya como elemento autónomo, sino en relación estrecha y directa con los demás elementos y especialmente la antijuridicidad.

De ahí que el autor citado estime que la antijuridicidad de a la acción carácter de delito pero no una característica del tipo, puesto que pueden existir acciones que son antijurídicas, pero en cambio es esencial a la antijuridicidad la tipificación. Señala Luis Jiménez de Asúa que esta tesis lleva inevitablemente a crear una antijuridicidad penal frente a la antijuridicidad general, absolutamente inadmisibles en las concepciones actuales". (12)

En realidad creemos con el autor de la doctrina del tipo que éste es el elemento descriptivo, en tanto que la antijuridicidad es el elemento valorativo.

Clasificación de los tipos:

- a.) Normales y anormales.- La ley, al establecer los tipos, por regla general se limita a hacer una descripción objetiva como por ejemplo, el privar de la vida a otro tipifica el delito de homicidio., sin embargo, en otros casos, la descripción típica incluye elementos de carácter normativo, cultural o subjetivo. Tipo normal es aquel en que el legislador se refirió a situaciones normales objetivas. Tipo anormal es el que requiere una valoración cultural o jurídica en sus elementos. En otras palabras, cuando es necesario recurrir a otras fuentes para desentrañar el sentido de algunos elementos típicos, por ejemplo la honestidad y la castidad en el tipo del delito de estupro., la ajenidad en el robo, que requiere una interpretación jurídica., la tenencia precaria en el abuso de confianza, etc.. En el tipo del delito de fraude, el elemento de engaño es de carácter subjetivo.

(12). La Ley y el Delito. 4a Edición. p. 239

- b.) **Fundamentales o básicos.**- La naturaleza idéntica del bien jurídico tutelado forma una categoría común que sirve de título o rúbrica a cada grupo de delitos o tipos: delitos contra la vida y la integridad corporal., delitos contra las personas en su patrimonio, etc.. Observa Mariano Jiménez Huerta que, dentro de un mismo título, rubro o familia de tipos delictivos se agrupan diversas especies que, si bien tutelan el mismo bien jurídico, contemplan diversos aspectos fácticos susceptibles de afectar dicha tutela. Esta sistematización de tipos va de lo genérico a lo específico., de ahí su división en básicos, especiales y complementados. Básico es aquel en que cualquier lesión del bien jurídico basta por sí sola para integrar un delito., así, el homicidio es el tipo básico de los delitos contra la vida. (13)
- c.) **Especiales.**- Son los formados por el tipo básico y otros elementos., su aplicación excluye la del tipo básico., el parricidio es el tipo especial del delito de homicidio.
- d.) **Complementados.**- Son aquéllos que se integran con el tipo básico y otras circunstancias de carácter calificado o privilegiado. Su aplicación no excluye la del básico sino que lo complementa: homicidio calificado, homicidio en rifa. Por esas circunstancias suelen clasificarse también en agravados o privilegiados, según circunstancias atenuantes o agravantes que concurren con el tipo básico.
- e.) **Autónomas o independientes.**- Como su nombre lo indica tienen vida independiente, con total exclusión de cualquier otro tipo, y en consecuencia, no dependen de la existencia o concurrencia de algún tipo de naturaleza distinta.

(13). Cf. La Tipicidad. 4a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1955. pp. 98 y 97.

- f.) Subordinados.- Dependen de otro tipo y por su carácter respecto al tipo básico, adquieren vida en razón de éste, al cual no sólo complementan sino que se subordinan.
- g.) De formulación casuística.- Son aquellos en los cuales el legislador no describe una conducta única sino varios modos de ejecutar el delito., como es el caso del delito de coacción de servidores. Pueden ser : alternativamente formados y acumulativamente formados., en aquéllos se prevén dos o más hipótesis comisivas y el tipo se perfecciona con cualquiera de ellas. En el adulterio puede realizarse el tipo en el domicilio conyugal o con escándalo. Por el contrario, en los acumulativamente formados, se requiere el concurso de todas las hipótesis: en el delito a estudio, la característica del servidor o empleado público, su coacción con tal carácter, y la persecución o logro de alguno de los fines señalados en el tipo.
- h.) De formulación precisa.- Por el contrario de los anteriores, éstos se perfeccionan con una hipótesis formulada en la descripción legal: el apoderamiento en el robo.
- i.) De daño y de peligro.- Si el tipo tutela los bienes por razón de su destrucción o disminución, serán de daño., de peligro, cuando la tutela penal va dirigida a la posibilidad de daño.

III.2 EL TIPO EN EL DELITO A ESTUDIO

Dice el artículo 138 del Código Penal del Estado de México, que cometen el delito de coalicón, los servidores públicos que con el propósito de impedir el cumplimiento de cualquier ley o la ejecución de cualquier disposición administrativa emitida legalmente con carácter general, o la buena marcha de las distintas ramas de la administración pública, se coordinen para adoptar conjunta o separadamente acciones tendientes al logro de tales propósitos. Incurren en el mismo delito quienes en igual forma y con los mismos propósitos, dimitan de sus empleos, cargos o comisiones.

De la descripción legal transcrita, podemos determinar que el tipo del delito a estudio es:

- a.) Anormal.- En cuanto contiene elementos que requieren de una valoración jurídica, la calidad o categoría de servidor o empleado público, noción de administración pública.

- b.) Autónomo o independiente.- Por tener vida propia e independencia, con total exclusión de cualquier otro tipo., su realización no depende de la existencia o concurrencia de algún tipo de naturaleza distinta.

- c.) De formulación casuística.- Porque su definición describe varios modos de conducta.

- d.) Acumulativamente formado.- Porque se requiere el concurso y la característica de servidor público., su coalicón con tal carácter y la persecución de uno de cualquiera de los fines señalados en la ley.

e.) De daño y de peligro.- Porque según el propósito perseguido en la coalición, puede resultar daño material o sólo poner en peligro el bien jurídico tutelado por la norma.

Siendo además un tipo personal, debe distinguirse entre los elementos altamente personales del tipo con los demás elementos personales del delito. Es obvio que la conducta, la ilicitud y la culpabilidad sólo pueden referirse a la persona del delincuente y el carácter altamente personal o no de las condiciones de penalidad se desprende de la naturaleza de ellas mismas.

Lo importante es saber que elementos del tipo han de reunirse en el actor para que pueda firmarse que éste lo ha realizado. La solución dogmática es la siguiente:

a.) En los delitos formales, los elementos del tipo son altamente personales. No puede afirmarse que ha pasado por el lugar prohibido quien hace pasar por él al niño o al loco.

b.) En los delitos materiales, cuyo núcleo está en el resultado y no en la acción, todo lo que sigue a ésta puede ser hecho por un tercero. No obstante:

- 1.- Hay resultados que implican una relación personal del autor mismo. El defraudador se ha de apropiar el mismo la cosa., el servidor público ha de tomar él mismo las medidas contrarias a la ley en coalición con otros.

2.- Son personales, los elementos que no son resultado sino medio de la acción. La dimisión de sus puestos con el fin de paralizar la administración pública, tiene que ser hecha por cada sujeto en particular.

3.- Es personal determinada calidad del sujeto. Servidor o empleado público, comisionado o agente de gobierno.

La importancia técnica de los elementos altamente personales está en que su carencia implica carencia de tipo, y en consecuencia, inexistencia del delito.

El tipo puede comprender, además del núcleo o tipo propiamente dicho una fotosfera constituida por actos preparatorios coetáneos o posteriores al delito. Son acciones propiamente típicas aquéllas que por sí solas permitan decir que el delito se ha realizado. Son accesorias las acciones que solamente adquieran tipicidad cuando van acompañadas de las primeras.

III.3 LA ATIPICIDAD O AUSENCIA DE TIPO

La tipicidad viene a ser el aspecto negativo que se analiza, y se entiende como la falta de adecuación de actuar humano, a la hipótesis legislativa consagrada en el tipo, por falta de alguno de los supuestos que en el mismo exigen, o por la totalidad de ellos.

Como se ha explicado, tipo y tipicidad son conceptos de naturaleza distinta., y lo mismo ocurre en su aspecto negativo, pues podemos considerar como tal, del tipo, a su ausencia o falta., cosa bien distinta de la atipicidad, aspecto negativo de la tipicidad.

La ausencia de tipo, es la falta de protección legislativa a los bienes que la sociedad considera como valiosos, es decir, no existe ordenamiento expreso en relación con determinadas conductas lesivas de bienes sociales.

La atipicidad, repetimos es la falta de adecuación de la conducta a la descripción legal contenida en el tipo, por la no aparición de uno o de todos los supuestos exigidos.

Es innegable sin embargo, que en toda atipicidad se encuentre implícita la ausencia de tipo., y a éste respecto nuestra legislación orientada en el axioma " Nullum crimen sine lege", es tajante, pues no permite la tipificación de conductas por muy delictuosas y antisociales que sean, sino están previamente establecidas por preceptos exactos.

Ahora bien, las causas de atipicidad más conocidas son las que a continuación se indican:

a.) Ausencia de referencias relativas al elemento objetivo del tipo:

- 1.- Ausencia de la calidad exigida por el tipo, a los sujetos., el delito de concusión consagrado en el artículo 142 del Código Penal del Estado de México, exige que la retribución hecha a título de impuesto o similar, la requiera un sujeto que tenga la calidad de servidor o encargado de un servicio público., si tal requerimiento viene de un particular, habrá como es evidente ausencia de la calidad específica exigida por la ley al sujeto activo del ilícito., y por consecuencia, atipicidad. Si en el delito de estupro, (artículo 276 del Código Penal del Estado de México), la mujer con quien se realiza la cópula, tiene más de 18 años o carece de las calidades de casta y honesta., habrá atipicidad también., por la ausencia de la calidad requerida al sujeto pasivo de la infracción penal. .

- 2.- Ausencia del objeto material del injusto, la falta del objeto materia del robo, atipifica al mismo ya que no existe la lesión patrimonial en el sujeto pasivo. Estas situaciones originan lo que genéricamente se conoce como delito imposible.

- 3.- Ausencia de las referencias temporales exigidas por el tipo, la fracción II del artículo 245 del Código Penal del Estado de México, indica que para que se considere como mortal una lesión, se requiere que la muerte del ofendido se verifique dentro del término de sesenta días contados a partir de que la misma se infirió., por tanto, si la muerte ocurre después de ese término, aun cuando la causa de la misma fuese la lesión causada, habrá atipicidad en relación con el delito de homicidio.

- 4.- Ausencia de referencias especiales, en ámbitos legislativos existe la controversia de que si el automóvil es extensión de la habitación del individuo., si así se toma, el robo que ocurra dentro del mismo será calificado como si fuera en casa habitada., si no se considera de esa forma, el mencionado robo será atipificado por lo que hace a la agravante, en razón de la ausencia de la referencia espacial requerida supuestamente.

- 5.- Ausencia o diferencia de los medios comisivos específicamente señalados en el tipo, el delito de fraude (artículo 316 del Código Penal del Estado de México), consiste en alcanzar un lucro indebido o posesiones de una cosa ilícitamente, mediante el engaño o el aprovechamiento del error en que incurre el sujeto pasivo de la infracción, pero si en un momento dado, dicho enriquecimiento ilegítimo se produce por medios distintos de los expresados por la ley, es evidente, la conducta fraudulenta se atipifica en virtud de la ausencia o diferencia de los medios requeridos por el tipo.
- b.) Ausencia de referencias relativas al elemento subjetivo del tipo:
- 1.- Ausencia de conocimiento de las calidades personales de los sujetos, por ellos mismos., el delito de incesto consagrado en el artículo 227 del Código Penal del Estado de México, penaliza las relaciones sexuales entre parientes consanguíneos., atipificándose tal delito, cuando los sujetos desconocen esa relación de parentesco. El tipo de parricidio (artículo 255 del Código Penal del Estado de México), es todavía más adecuado pues para su tipificación, implica el conocimiento del sujeto activo de que la víctima es un ascendiente consanguíneo, pues expresamente se requiere que se presente esa circunstancia.
 - 2.- Ausencia de referencias al consentimiento del sujeto pasivo, cuando se trata de bienes jurídicos en los que se tenga la disponibilidad., algunos preceptos legales inserta el requisito de que la conducta ilícita se realice., sin o contra el consentimiento del sujeto pasivo de la infracción. Esto presupone disponibilidad del bien jurídicamente protegido, por parte del sujeto pasivo., algunos autores consideran que en tal situación, se presente una causa legal de justificación pues estiman que el otorgamiento del consentimiento resta ilicitud a la conducta desplegada., nosotros pensamos que dicho otorgamiento en los tipos en los que se consigna el supuesto de su falta produce atipicidad, en virtud de que ese "sin consentimiento" al presentarse en situación contraria, elimina para elemento integrante descrito en la hipótesis legislativa.

III.4 LA TIPICIDAD Y ATIPICIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO

En el delito de coalición de servidores, se exige en el sujeto activo la calidad de servidor público, empleado, agente o comisionado del gobierno (artículo 108 constitucional), y por otro lado en el sujeto pasivo, la calidad de servicio o función pública.

En ausencia, de las calidades exigidas en la descripción legal para los sujetos activo y pasivo, habrá atipicidad.

También se dará la atipicidad en el caso de ausencia de la institución o el interés por proteger, porque faltará el objeto jurídico. Tal sería el caso de coalición de servidores o empleados públicos, agentes o comisionados en contra de alguna institución privada o ajena a la administración pública en cualquiera de sus ramas.

Habrà atipicidad por ausencia de objeto material sobre el cual recaiga la acción, como por ejemplo la coalición para tomar medidas contrarias a una ley o reglamentos abrogados.

En el delito a estudio, habrá atipicidad por falta de referencias especiales exigidas por el tipo, cuando no se actualizará dentro de la administración o función pública. Por último, habrá ausencia de tipo cuando la coalición de servidores o empleados públicos se haga para ejercer algunos de los derechos que les concede la ley reglamentaria del apartado B del artículo 123 constitucional, porque en tales casos existiría legitimación y faltarían los elementos subjetivos legalmente descritos en el tipo penal.

CAPITULO IV

**LA ANTIJURIDICIDAD, CAUSAS DE JUSTIFICACION
Y MEDIDAS EN EL DELITO DE COALICION DE SERVIDORES
PUBLICOS**

CAPITULO IV

LA ANTIJURIDICIDAD, CAUSAS DE JUSTIFICACION Y MEDIDAS EN EL DELITO DE COALICION DE SERVIDORES PUBLICOS

IV.1 CONCEPTO

Para la existencia de un delito, no basta la sola adecuación de la conducta del tipo penal., se requiere además que se lesione la norma tuteladora, que la conducta típica sea antijurídica. En otra forma: una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación. Al realizarse una conducta o un hecho adecuados al tipo penal, se les tendrá por antijurídicos en tanto no se pruebe la existencia de una justificante.

" Hasta hoy, afirma Celestino Porte Petit, así operan los códigos penales, valiéndose de un procedimiento de excepción, es decir, en forma negativa. Lo cual significa que para la existencia del antijurídico, se requiere una doble condición: positiva una, adecuación de la conducta o hecho a una norma penal, y negativa otra, que no estén amparados por una causa de exclusión del injusto. En síntesis, la conducta o hecho serán antijurídicos si no están protegidos por algunas de las causas excluyentes de responsabilidad que señala el artículo 16 del Código Penal del Estado de México". (14)

La noción anterior ha sido aceptada por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito y Territorios Federales, que en diversas ejecutorias ha sustentado la siguiente tesis: " Conforme al Derecho Penal, el sujeto actúa antijurídicamente cuando en su acción concurre una causa de exclusión del injusto, constituyendo el contenido de éste la lesión o el poner en peligro un bien jurídico, ya se trate del objeto de protección de la ley o como objeto de ataque". (Semanario Judicial de la Federación. T. CXXI, pág. 2339-2340).

(14). Importancia de la Dogmática Jurídica Penal. 2a. Edición. Ediciones UNAM. México 1958 p. 62.

Sin embargo, el concepto unánimamente aceptado del elemento a estudio, contradicción entre conducta y norma, es insuficiente, como después trataremos de probar, para dar solución a multitud de casos prácticos en los cuales, a pesar de existir esa contradicción, no existe la antijuridicidad.

Definir la ilicitud como lo contrario del derecho, dice Luis Jiménez de Asúa, es una tautología, equivale a afirmar que el dolor de cabeza es una cefalalgia, esto es, que siendo cierto nada explicó, no se nos dice lo que es antijurídico, sino lo que es jurídico, como la legítima defensa, ejercicio de un derecho, estado de necesidad, etc. (15)

Alexander Graf Zu Dohna, estima que la cuestión relativa a la antijuridicidad o ilicitud no está aún resuelta por la ciencia penal del siglo XX porque a la fecha se da una fórmula conceptual y además doble. "Ilegalidad, es lesión del derecho., en primer lugar, lesión del derecho objetivo, del precepto jurídico, lesión de la ley., en segundo lugar, lesión del derecho subjetivo, del interés, lesión del bien jurídico. Y está explicación es ciertamente en sí misma fundada. El derecho penal es protección de intereses, las leyes penales son normas de protección de intereses humanos vitales: es un hecho fundamental difícilmente podría ser objetado por nadie en serio. Si una acción lesiona un bien protegido por el derecho, sólo puede conseguirlo mediante la infracción de la norma protectora y viceversa: semejante conducta sólo puede infringir dicha norma protectora lesionando el interés por ella protegido". (16)

(15) Cfr. Ob. Cit. p. 267.

(16) La Ilcitud. 5a. Edición. Editorial Jurídica Mexicana. México 1959. pp. 6 y 7.

"Para que una conducta pueda considerarse delictiva, necesario es que se lesione un bien jurídico y ofenda los ideales valorativos de la comunidad... Una vez constatada la existencia de una conducta humana penalmente relevante, para que dicha conducta pueda llegar a considerarse, en última instancia, como delictiva, necesario es que sea antijurídica. La antijuridicidad se ofrece así como un dato capaz de ser separado conceptualmente del hecho mismo, en cuanto constituye un plus y un quit espiritual que puede o no existir. Para calificar una conducta como antijurídica, preciso es comprobar que es contraria a una norma, ya que una misma conducta puede ser tanto lícita como ilícita. Se da así vida a un nuevo elemento que lejos de estar implícito en el concepto de conducta, constituye una entidad ideológicamente diversa y autónoma. No todo hecho relevante penalísticamente es siempre un hecho antijurídico. Matar a otro es un hecho penalmente relevante., sin embargo, éste hecho no siempre es antijurídico". (17)

La antijuridicidad es elemento de valoración., el tipo describe, la antijuridicidad valora. En cuanto a su contenido, puede afirmarse que lo constituye el derecho en general, porque no puede hablarse de una antijuridicidad administrativa, otra civil, etc. La antijuridicidad es general, considerando al derecho como un todo hermético.

Resumiendo: conforme al criterio unánime, una conducta típica es antijurídica en tanto no se halle amparada o protegida por una causa de justificación. Así, el homicidio es antijurídico cuando no se haya realizado en legítima defensa, estado de necesidad o en cumplimiento de un derecho.

IV.2 ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL

La distinción entre antijuridicidad formal y material se debe al Franz Von Liszt quién indica que: "la reprobación jurídica que recae sobre el acto es doble:

- a.) El acto es formalmente contrario a derecho, en tanto que es infracción de una norma establecida por el estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico.
- b.) El acto es materialmente ilícito en cuanto crea una conducta lesiva a la sociedad, es decir, antisocial.

En realidad no tiene razón de ser ésta distinción porque en el fondo no constituye si no un doble aspecto de un mismo concepto. Si el orden jurídico tiene un contenido y una razón de ser., si el derecho emana del orden social como medio de defensa contra la delincuencia, toda conducta contraria a ese orden jurídico constituye una lesión al interés social". (18)

Como afirma con toda certeza Mariano Jiménez Huerta: "no es posible afirmar con universal vigencia, ni aún desde un punto de vista exclusivamente cortical, que una determinada conducta represente siempre una infracción de un mandato o prohibición, ya que los mandatos y prohibiciones del orden jurídico no tienen un carácter estático, rígido y absoluto, sino que se atemperan y pliegan a las complejas situaciones de la vida. La norma 'no matarás' no se infringe, ni aún desde el punto de vista estrictamente formal, cuando el hombre defiende su vida de una agresión injusta., en ésta situación concreta, el ' no matarás ' normativo no tiene existencia., en la dinámica del vivir social, quién en la situación de peligro injusto en que se encuentra priva de la vida a otro, no viola la norma que prohíbe matar, no contradice el orden jurídico, sino que lo afirma, pues ejercita el derecho de la legítima defensa. Lo antijurídico es, pues, un concepto integral e inescindible. Resulta totalmente falsa la concepción dualista que, frente a una antijuridicidad formal, sitúa otra material o substancial.

Un hecho es antijurídico, dice Bettiol, porque contradice la norma y porque lesiona aquel particular bien, que la norma tutela. Una concepción teológica de la antijuridicidad se presenta como una síntesis de la concepción formal y de la substancial, y siempre reviste carácter unitario". (19)

IV.3 ANTIJURIDICIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA

Se afirma que la antijuridicidad es objetiva cuando se determina con base exclusiva en la objetiva conducta enjuiciada y subjetiva cuando se hace en función del autor. De ahí las dos teorías sobre la antijuridicidad denominadas precisamente objetiva y subjetiva. Entre ambas doctrinas se sitúa la llamada de los elementos subjetivos de la antijuridicidad enmarcada dentro de la teoría objetiva, pero con elementos de la teoría subjetiva.

De conformidad con la primera de estas doctrinas, la determinación de lo antijurídico debe hacerse con base exclusiva en la objetiva conducta enjuiciada, toda vez que lo antijurídico no es otra cosa que la ofensa a las normas de valoración recogidas en el ordenamiento jurídico, con independencia absoluta de la situación en que actúa el agente. Es antijurídica toda conducta que objetivamente considerada contrasta con los fines del ordenamiento jurídico, es decir, con el derecho objetivo en su función de valoración de los hechos. En esa forma se establece un límite adecuado entre la antijuridicidad y la culpabilidad, pues mientras la primera se basa en la relación existente entre la conducta y las normas objetivas de valoración recogidas por el ordenamiento jurídico, la culpabilidad se funda en la diversa relación existente entre la conducta y las normas de determinación que, en relación concreta al agente, se derivan del ordenamiento jurídico., consecuentemente, existe también una delimitación perfectamente definida entre las causas que excluyen antijuridicidad y las que excluyen la culpabilidad, según afecten respectivamente la valoración objetiva del hecho o la determinación de su autor.

(19). La Antijuridicidad, pp 31 y 32.

Por lo que respecta a la segunda teoría, se estima que la antijuridicidad sólo puede concebirse en función del autor de la conducta enjuiciada. Resulta evidente la conjunción existente entre lo antijurídico y lo culpable, porque no basta la simple oposición de la conducta con el orden jurídico, sino que requiere que la misma puede reprocharse a su autor por implicar una lesión a las normas de determinación que le son impuestas en cuanto sujeto de derecho que es.

La teoría intermedia intenta explicar el hecho, comprobado por la observación y experiencia de los fenómenos jurídicos que brotan de la complejidad de la vida consistente en que en algunos casos de excepción desempeñan un papel importantísimo en la integración de la antijuridicidad, determinados estados anímicos situados en la persona del agente. Al respecto, Mezger : el injusto es contradicción objetiva con las normas del derecho. Las referencias anímicas subjetivas del infractor respecto al injusto cometido por él, el saber que se infringe el ordenamiento jurídico y los fundamentos positivos de dicho saber, la intención de actuar contra el derecho, son sólo de importancia en lo que concierne a la imputación personal del injusto, por tanto, en la teoría de la culpabilidad. Por lo menos, normalmente. Pero sería erróneo querer afirmar este principio sin excepción alguna, y referida en consecuencia todo lo objetivo al injusto y todo lo subjetivo a la culpabilidad, concibiendo el primero sólo objetivamente y sólo subjetivamente la segunda. En lo que concierne a la determinación del injusto, las excepciones a la regla general nos indican que dicha determinación del injusto puede depender, en ciertos casos, de determinados momentos subjetivos. Una conducta que exteriormente es siempre la misma puede una vez ser conforme al derecho y otra antijurídica, según el sentido que el autor conecte con su acto, según la situación o disposición anímica en que se ejecute la acción.

El sutil y complicado juego de los intereses de los hombres no se desarrolla tan tosca y exteriormente que puede decirse que en la delimitación entre lo injusto y el derecho no importen en absoluto aquellos factores anímicos.

IV.4 CONCEPTO POSITIVO DE LA ANTIJURIDICIDAD

Hemos asentado que la antijuridicidad es, en el concepto tradicional, la contradicción entre la conducta y la norma., concepto que no explica sino los casos encuadrables en las causas de justificación, es decir, en tanto que la conducta típica no encaja en una justificante, se tendrá por antijurídica. Sin embargo no es suficiente para explicar un gran número de casos prácticos en los que, como pasaremos a demostrar, existe adecuación típica no encuadrable en una causa de justificación alguna y, sin embargo, no puede afirmarse la existencia del elemento subjetivo del injusto.

Caso Uno.- El sujeto A contrata al sujeto B para que mate a C, enemigo de A. El sujeto B conviene con A el cobrarle la suma de diez mil pesos por cumplir su cometido, no obstante que jamás ha pensado en cumplir. En tales condiciones, B va en busca de C y se entera que éste se ha ausentado de su domicilio sin avisarle a nadie., aprovechando esa circunstancia, regresa con A para decirle que ya mató a C y oculto el cadáver. A, investiga y encuentra que efectivamente el sujeto C no aparece y, engañado por B, paga a éste la suma convenida. Posteriormente aparece C y descubre que A ha sido víctima de un fraude.

En la hipótesis se dan todos los elementos del tipo descrito en el artículo 316 del Código Penal del Estado de México, en cuanto va en la objetiva conducta enjuiciada y subjetiva cuando se hace en función del actor. De ahí las dos teorías sobre la antijuridicidad denominadas precisamente objetiva y subjetiva. Entre ambas doctrinas se sitúa la llamada de los elementos subjetivos de la antijuridicidad enmarcada dentro de la teoría objetiva, pero con elementos de la teoría subjetiva. De conformidad con la primera de estas doctrinas, la determinación del antijurídico debe hacerse con base exclusiva en la objetiva conducta enjuiciada, toda vez que lo antijurídico no es otra cosa que la ofensa a las normas de valoración recogidas en el ordenamiento jurídico y con independencia absoluta de la situación en que actúa el agente. Es antijurídico toda conducta que objetivamente considerada contrasta con los fines del ordenamiento jurídico, es decir, con el derecho objetivo en su función de valoración de los hechos.

En esa forma se establece un límite adecuado entre la antijuridicidad y la culpabilidad, pues mientras la primera se basa en la relación existente entre la conducta y las normas objetivas de valoración recogidas por el ordenamiento jurídico, la culpabilidad se funda en la diversa relación existente entre la conducta y las normas de determinación que, en relación concreta al agente, se derivan del orden jurídico., consecuentemente, existe también una delimitación perfectamente definida entre las causas que excluyen la antijuridicidad y las que excluyen la culpabilidad, según afecten respectivamente la valoración objetiva del hecho o la determinación subjetiva de su autor.

Por lo que respecta a la segunda teoría, se estima que la antijuridicidad sólo puede concebirse en función del autor de la conducta enjuiciada. Resulta evidente la con que, mediante engaños, el sujeto activo obtiene del pasivo un lucro indebido., en otros términos, hay adecuación típica, tipicidad. De conformidad con el concepto tradicional, existe antijuridicidad cuando habiendo adecuación típica, la conducta no se encuentra amparada por alguna de las causas excluyentes de la antijuridicidad, por lo que debe concluirse que en el caso a estudio la conducta del sujeto B es antijurídica. No obstante, es evidente la inexistencia del elemento subjetivo del injusto.

Adelantando conceptos, definiremos la antijuridicidad como la agresión al bien jurídico tutelado por la norma. El derecho es protector de bienes o intereses., pero sólo es objeto de esa tutela el bien destinado a un fin lícito. Cuando el bien jurídico se aparta de esa licitud en su fin, es obvio que se aparta de la esfera de protección jurídica. En la hipótesis planteada, es el patrimonio el interés jurídico tutelado por la norma penal y, al destinarse a una finalidad ilícita, se sale de la órbita de protección., de ese modo, cualquier agresión a ese patrimonio no es alcanzado por la tutela jurídica. Por tal razón, podemos afirmar que en casos similares así como en el caso planteado falta el elemento de antijuridicidad en la conducta, y por lo tanto aunque aparentemente choque con nuestro sentido del derecho, no existe delito.

Caso Dos.- Una prostituta conviene con un sujeto en entregársele sexualmente por cierta cantidad., recibida la suma pactada, la mujer se niega a tal entrega.

En este caso también se dan los elementos del fraude: obtención de lucro mediante engaño, y no coexiste ninguna causa excluyente de la antijuridicidad. Sin embargo, por destinarse el patrimonio a un fin ilícito en sí mismo, no puede afirmarse la existencia del delito por ausencia de antijuridicidad.

Caso Tres.- El sujeto A se apropia indebidamente de un terreno que posteriormente entrega, mediante cesión de derechos de posesión, a un sujeto B., éste, a su vez, es despojado por el sujeto C. El sujeto B denuncia el delito de despojo cometido en su agravio por el sujeto C.

De conformidad con el artículo 320 del Código Penal del Estado de México, el delito de despojo se comete por el individuo que de propia autoridad y sin derecho, ocupe un inmueble ajeno o haga uso de él, o de un derecho real que no le pertenece., así mismo por aquél que de propia autoridad y sin derecho, ocupe un inmueble de su propiedad, en los casos que la ley no lo permita, por hallarse en poder de otras personas, o ejerce actos de dominio que lesionen derechos legítimos del ocupante, y así mismo cometerá tal delito aquél que distraiga sin derecho el curso de las aguas.

En la hipótesis, la posesión de B es dudosa, así es que de conformidad con el código punitivo, el sujeto C deberá responder por el delito de despojo en agravio de B. Sin embargo, de aceptar la existencia del injusto, llegaríamos a la conclusión de que el derecho penal tutela o protege intereses o situaciones ilícitas, porque es indudable que el sujeto B es poseedor de mala fe e inclusive su posesión es delictiva y, de concluirse que el sujeto C es responsable por despojo, llegaríamos al absurdo de estimar que el sujeto B es poseedor de buena fe. Casos como éste, son fallados a diario en forma ilógica y absurda por nuestros tribunales por la falta de una concepción positiva de la antijuridicidad.

IV.5 ASPECTO NEGATIVO Y SUS CAUSAS DE JUSTIFICACION

Las causas de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad. Pueden definirse como aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. En presencia de alguna de ellas, faltará alguno de los elementos esenciales del delito: la antijuridicidad. Se les conoce también con el nombre de causas eliminatorias de la antijuridicidad. Las justificantes no deben de ser confundidas con otras excluyentes. Las causas de justificación son objetivas, referidas al hecho e impersonales., las de inculpabilidad son de naturaleza subjetiva, personales e intransitivas. De ahí que la protección de una justificante alcance a todos los que intervienen en el hecho concreto, en tanto que en las de inculpabilidad sólo alcanza al sujeto activo. Desde ese punto de vista, todos los que coinervienen en una conducta o en un hecho típico amparado por una justificante, son alcanzados por ésta., los que coparticipan en un hecho amparado por una causa de inculpabilidad, responden penalmente por ese hecho, y sólo queda excluido de esa responsabilidad el agente.

Por otra parte, las causas de inculpabilidad difieren de las de inimputabilidad en que las primeras se refieren a la conducta totalmente capaz de un sujeto y las segundas afectan precisamente ese presupuesto de capacidad. El inimputable es psicológicamente incapaz permanente o transitoriamente. Las eximentes anulan la incriminación en sujeto capaz., las causas de inimputabilidad borran la presunción de irresponsabilidad de quién nunca ha sido capaz. Como afirma Luis Jiménez de Asúa, en las causas de justificación no hay delito., en las de inimputabilidad no hay delincuente, y en las eximentes no hay pena. En resumen, las justificantes aprovechan a todos los coparticipes, las otras excluyentes no., los coparticipes en una justificante, actúan apegados a derecho y quién actúa apegado a derecho no ofende o lesiona intereses jurídicos. Se aceptan como justificantes la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho.

Legítima Defensa- Se entiende por legítima defensa: " la repulsa de una agresión antijurídica, actual e inminente, por el atacado o por una tercera persona en contra del agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios". (20)

(20). Luis Jiménez de Asúa. La Ley y el Delito. 4ª Edición. p 269

De conformidad con dicha definición y con la descripción que señala el artículo 16 fracción II del Código Penal del Estado de México, la agresión ha de ser ilegítima, imprevista, inevitable, violenta, actual e inminente. Se dice que es actual y presente pues de lo contrario no se integraría la excluyente de responsabilidad, así mismo si la agresión ya se consumo, no existiría legítima defensa, sino una venganza privada. Tampoco se integrará la justificante ante la posibilidad más o menos fundada de acciones futuras. Se dice también que la agresión debe ser violenta, es decir que debe de implicar fuerza la idea de agresión. Opina Raúl Carrancá y Trujillo: "encierra violencia., sin embargo, nuestro legislador prefirió ser redundante a fin de caracterizar más aún el Impetu lesivo". (21)

Además de actual y violenta, la agresión debe de ser ilegítima (injusta), es decir, antijurídica. Si la agresión es legítima (justa), la reacción defensiva no puede quedar legalmente tutelada, por esa razón no funciona la justificante contra actos de autoridad, a menos claro está, que se trate de un abuso, caso en el cual habrá delito por parte del órgano de la autoridad, y la repulsa por parte del particular estará amparada por la legítima defensa. De la agresión debe resultar un peligro inminente., es decir, la posibilidad de un daño muy cercano, inmediato o próximo.

La agresión debe amenazar bienes protegidos jurídicamente: tales como la persona, el honor o los bienes de la agredido o de una tercera persona a quién se defiende.

De conformidad con la parte final de la fracción II del artículo 16 del Código Penal del Estado de México, no existirá la excluyente de responsabilidad, a estudio si el agredido fue el que provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ello., si previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales., si no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa, si el daño que iba a causar el agresor podía ser fácilmente reparable después por otros medios legales o era notoriamente de poca importancia comparado con el que causó la defensa.

(21). Ob. Cit. p. 80.

Defensa legítima del honor.- Conforme al Código Penal del Estado de México, el cónyuge que mate o lesione a su cónyuge o a quién con él realice adulterio, o a ambos, no se encuentra amparado por la excluyente de responsabilidad de la legítima defensa., únicamente se beneficiará con una pena atenuada que señala el artículo 249 del mismo ordenamiento en sus fracciones I y II.

Raúl Carrancá y Trujillo: "opina que la interpretación correcta de nuestro texto legal es en el sentido de que el homicidio y las lesiones a los adúlteros deben dissociarse por completo de la legítima defensa del honor, pues si el legislador fija penalidad al hecho de matar y lesionar aun en presencia del acto carnal mismo, ese hecho significa agresión al honor, y precisa que la libertad de conducta de la esposa, aún cuando en pugna con las costumbres de nuestro medio, no puede estimarse como agresión al honor del marido, y el uxoricida en caso de adulterio representa en todas formas un sujeto peligroso, por lo cual su conducta no puede considerarse legítima y por lo mismo dar lugar a la pena, si bién atenuada". (22)

En concepto de Francisco González de la Vega: "los actos ajenos, morales o inmorales, no imputables a nosotros mismos, no pueden afectar nuestro honor, y repite con Jiménez de Asúa, cómo es injusto afirmar que sufre menoscabo la honra del marido o mujer engañados por la conducta del cónyuge infiel.

Aún suponiendo que la infidelidad sexual constituyera una agresión al honor, tampoco se daría le excluyente de responsabilidad en el caso estudio porque la acción sangrienta se realiza cuando el acto sexual ya está consumado o cuando se está preparando, y para la existencia de la legítima defensa se precisa de la actualidad, no comprendiendo, por tanto, la venganza de agresiones pasadas ni la prevención de daños futuros". (23)

(22). IDEM.

(23). Derecho Penal Mexicano. 2a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1944. p. 105 y sigs.

Ignacio Villalobos: "considera que en la cuestión a estudio no puede configurarse la legítima defensa del honor, no por no afectarse éste, sino por la insatisfacción del requisito de evitación o de actualidad". (24)

Dice Fernando Castellanos Tena, que la solución de este problema es certera: "al establecer la responsabilidad del matador o lesionado de los adúlteros o del corruptor de la hija, se mantiene, ex lege, el reproche a los actos violentos, pero permite nuestro código, por los amplios márgenes de la pena atenuada y por la evidente levedad del límite mínimo, una correcta individualización en donde el sentenciador podrá atender, especialmente, a las condiciones en las cuales, en cada caso se lleva a cabo la ofensa y también a la reacción pasional de la sorpresa de la infidelidad del cónyuge culpable, o del acto del corruptor de la hija provocaron". (25)

Problemática de la legítima defensa.- En la aplicación de la legítima defensa se presentan con frecuencia algunos problemas cuyo planteamiento y solución pasaremos a exponer:

- a.) **Riña y legítima defensa.-** En la riña no es aplicable la excluyente responsabilidad a estudio porque los protagonistas, al acudir a la contienda de obra para zanjar sus diferencias, se colocan al margen de la ley., siendo así, la situación de ambos es antijurídica, y a quedado dicho que la legítima defensa, requiere una conducta lícita en choque con una agresión injusta., por ello, la riña excluye la legítima defensa.
- b.) **Legítima defensa contra exceso de legítima defensa.-** El exceso en la legítima defensa constituye: "en una nueva ofensa injusta y puede dar lugar a otra legítima defensa". (26).

(24) Derecho Penal Mexicano. 2a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1960, p. 388.

(25) Ob. Cit. pp. 268 y 269.

(26) Giuseppe Maggiore. Derecho Penal. 6a. Edición. Editorial Themis. Bogotá 1954, p. 418.

Para Antonio Manzini, cuando el exceso es debido a culpa constituye una violencia punible y por tanto injusta, de la cual no es causa eficiente el primer agresor, quien por lo tanto, está facultado para obrar en legítima defensa. (27)

En nuestra opinión, no cabe la legítima defensa en contra del exceso en la legítima defensa, porque de conformidad con lo dispuesto en la parte final de la fracción II del artículo 16 del Código Penal del Estado de México, no se integra la excluyente de responsabilidad si el agredido fue el que provocó la agresión dando causa inmediata y suficiente para ella., en el caso a estudio, el primer agresor con su conducta violenta da lugar al exceso en la legítima defensa., no obstante, si el exceso es de tal naturaleza que racionalmente no puede considerarse como causado inmediata y suficientemente por el primer agresor, si es posible admitir la legítima defensa contra su exceso.

c.) Legítima Defensa Recíproca.- Por su misma naturaleza no es posible la legítima defensa recíproca. En efecto, para su actualización, sería preciso que con ella, respectivamente, se repeliera una injusta agresión y, dado el principio lógico de contradicción, las dos conductas no pueden ser al mismo tiempo jurídicas y antijurídicas. El que agrede injustamente a otro, no puede alegar legítima defensa cuando el pasivo contrasta., su actitud vendría a ser no una repulsa de una agresión antijurídica, sino el rechazo de una conducta apegada a derecho.

d.) Legítima Defensa del Inimputable.- Giuseppe Maggiore sostiene que la reacción de un loco que es agredido, no es legítima defensa, porque equivale a la actitud de un perro que muerde a quien lo ataca. Es decir, siendo el loco inimputable, incapaz, su conducta equivale a la de un animal. (28)

(27). El Delito. 4a. Edición, Editorial Ediar. Buenos Aires 1954. p. 101.

(28). Ob.Cit. p. 407.

Alfredo Quintano Ripolles, sostiene que: "conceder sólo la causa de inimputabilidad, negándola de exclusión en el caso del enajenado, equivaldría a la injusticia de atraer sobre la víctima la sanción de responsabilidad civil, que iría a su vez a enriquecer a su agresor injusto, agregando que la solución más ajustada a derecho y a la justicia, es la de optar por la legítima defensa, porque el enajenado, bien que incapaz, es un hombre dotado de instintos y reacciones brutales, y la ley le debe todas las garantías posibles de protección". (29)

En nuestra opinión consideramos que debe admitirse la legítima defensa del inimputable, pues su conducta debe ser valorada objetivamente y en su caso, dársele el calificativo de justa, en razón de la antijuridicidad de la conducta que repele.

e.) Legítima Defensa contra inimputables.- Procede la legítima defensa contra la agresión violenta del inimputable, porque si bien sus actos son inculpables, si son antijurídicos, esto es, contra la agresión del enajenado mental si es dable la excluyente de responsabilidad a estudio.

Estado de Necesidad.- El estado necesario lo define la fracción III del artículo 16 del Código Penal del Estado de México, al señalar la necesidad de salvar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro real, grave, actual e inminente, sacrificando otro bien jurídico igual o menor siempre que dicho peligro no hubiere sido causado por el necesitado. Dispone además que no se considera que obra en estado de necesidad, el que tenga el deber jurídico de sufrir el peligro.

(29). Comentarios al Código Penal. 3a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1965. p.107.

El caso típico de estado necesario es aquél en el cual un sujeto actúa cometiendo un daño para evitar otro mayor. Como afirma Sebastián Soler: "el mal causado tiene que consistir en un delito o, en general, en un daño inferior a un bien jurídico ajeno., es decir, en un hecho que de no mediar el estado de necesidad constituiría una fuente de responsabilidades penales y civiles". (30)

En la doctrina se plantea la cuestión jerárquica de los bienes en conflicto., esto es, el choque de bienes de igual, mayor o menor valor, y se concluye que en el estado de necesidad el bien salvaguardado lleva necesariamente ser de mayor jerarquía que el bien dañado, porque si el conflicto se da entre bienes de igual entidad, no se actualiza el estado necesario, sino una exculpante de naturaleza suprajurídica. Si por el contrario el bien salvaguardado es de menor cuantía, no existirá ninguna excluyente de responsabilidad.

Sin embargo, nuestra legislación no exige jerarquía de bienes en forma tan precisa como otras legislaciones, por lo que podemos concluir que en la colisión de bienes de igual jerarquía, si es posible la excluyente a estudio. Así, Luis Jiménez de Asúa expresa: "El estado necesario a que acabamos de referirnos como causa de justificación (excluyente de responsabilidad), se ampara en la teoría de la preponderancia de intereses. Por eso requiere que el bien que se sacrifica sea inferior al bien que se salva. Más puede acontecer que la colisión se produzca entre bienes iguales y principalmente entre dos vidas humanas. No vamos a invocar ejemplos históricos, como el de la famosa tabula unius capax, de Carnades, que después copian tantos otros escritores, que en dos naufragos, asidos a una misma tabla, capaz para uno solo luchan por la posesión del objeto salvador, resultando uno triunfante y el otro ahogado., ni el famoso episodio de la Mignonette, en que unos infelices marineros ingleses tuvieron que sacrificar a un compañero para no morir de inanición. Recordemos únicamente acontecimientos más recientes, como el del famoso incendio del teatro vienés, o el de novedades de Madrid, y la catástrofe de la Argentina, en que los espectadores de un juego de fútbol, alocados, hicieron saltar un paredón y creyéndose en riesgo inminente, dieron muerte a otros infelices concurrentes para salvarse de un peligro imaginario". (31)

(30) Derecho Penal Argentino 2a. Edición. Editorial TEA. Buenos Aires 1953 p. 424.
 (31) La Ley y el Delito. 4a. Edición. pp. 307 y 308.

Continúa el autor en cita, manifestando que algunos autores optaron en los casos anteriores, por el estado necesario., que otros como Fichte habló en general de que en el estado necesario el derecho quedaba en suspenso, y Stammier quiso dar una norma unitaria para todas las situaciones de necesidad, afirmando que la vida tenía fuerza para salvarse sacrificando a la otra debía considerarse como un bien jurídico superior, objetándole Alimena, en el sentido de que el derecho de la fuerza nada tiene que ver con la fuerza del derecho. Luis Jiménez de Asúa se inclina por considerar que en el caso de conflicto de bienes de igual jerarquía, existe la no exigibilidad de otra conducta que debe considerarse como causa suprajurídica de inculpabilidad.

En nuestra opinión estimamos que nuestro Código Penal si permite la existencia de la justificante (excluyente), a estudio en el caso de conflicto intereses de igual entidad, como ocurre en los siguientes dos casos específicos de estado necesario:

- a.) El aborto terapéutico.- En el cual se dan dos bienes en conflicto de idéntica naturaleza: la vida de la madre y la vida del ser en formación. El artículo 260 del Código Penal del Estado de México, en su fracción III, opta porque se sacrifique la vida del ser en gestación como entidad de menor jerarquía para salvaguardar la vida de la madre que, estima es de mayor entidad.

- b.) El robo fémico.- Previsto en el artículo 307 del Código Penal del Estado de México y que, en contra de la opinión mayoritaria que lo conceptúa excluyente de responsabilidad, creemos que más bien se trata de una verdadera excusa absoluta, porque de la redacción misma del precepto citado, se desprende la existencia de un robo típico al que por razones de política criminal no se sanciona.

Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho.- La fracción IV del artículo 16 del Código Penal del Estado de México, establece, como circunstancia de excluyente de responsabilidad penal, el obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho consignado por la ley. De la misma forma esta causa no beneficia a quién ejerza el derecho con el sólo propósito de perjudicar a otro.

Resulta evidente que el obrar en tales circunstancias equivale a actuar jurídicamente y, quién obra conforme a derecho, no puede realizar un acto contrario al mismo. Se mencionan como casos típicos de está excluyente las lesiones y el homicidio cometidos en los deportes o como consecuencia de un tratamiento médico-quirúrgico, así como cierto tipo de lesiones cometidas en el ejercicio del derecho de corregir.

La antijuridicidad y su ausencia en el delito estudio.- La coalición de servidores será antijurídica cuando su resultado típico lesione o ponga en peligro el bien jurídico tutelado por la norma: La administración pública.

Siempre que la coalición persiga la adopción de medidas contrarias a una ley justa o injusta, o reglamento., o impedir la ejecución de aquélla o éste, o bien hacer dimisión de sus puestos se lesionará el interés jurídico. Entendido, desde luego, que la coalición se realice en contra del poder público legalmente constituido, porque la ilicitud resulta del choque entre una conducta injusta y una situación justa y lícita. Lo contrario implica la licitud y, consecuentemente, la ausencia de antijuridicidad.

En la hipótesis de un golpe de estado, la coalición de servidores en contra del usurpador constituiría un caso de legítima defensa, porque la situación del usurpador es contraria a derecho y, por ello, agresiva de un régimen jurídico., quienes desempeñan un puesto en la administración pública y adoptan medidas contrarias a una ley o reglamentos dictados por el usurpador, no hacen sino repudiar aquélla actitud antijurídica.

Otro caso de ausencia de antijuridicidad por concurrencia de una justificante, lo constituye la coalición para el ejercicio del derecho de huelga que la ley reglamentaria del apartado B del artículo 123 constitucional concede a los empleados públicos. Empero, no a todos, porque dicha ley distingue entre trabajadores de base y de confianza. Son trabajadores de confianza (artículo 183 Ley Federal del Trabajo), aquéllos cuyo nombramiento o ejercicio requiere la aprobación expresa del Presidente de la República y susceptibles de remoción en cualquier momento. Por exclusión, son trabajadores de base los que no requieren la aprobación expresa del Presidente de la República para su nombramiento o ejercicio de sus puestos y son inamovibles. Sólo estos últimos tienen derecho a coaligarse para declarar una huelga.

La huelga es, dice la ley en cita, la suspensión temporal del trabajo como resultado de una coalición de trabajadores (artículo 440 Ley Federal del Trabajo),. declaración de huelga, es la manifestación de la voluntad de la mayoría de los trabajadores de una dependencia, de suspender las labores si el titular de la misma no accede a sus demandas.

Dispone el artículo 94 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado: "Los trabajadores podrán hacer uso del derecho de huelga respecto de una o varias dependencias de los poderes públicos, cuando se violen de manera general y sistemática los derechos que consagra el apartado B del artículo 123 constitucional".

El artículo 97 de la misma ley establece: "Los actos de coacción o de violencia física o moral sobre las personas o de fuerza sobre las cosas cometidas por los huelguistas, tendrán como consecuencia, respecto de los responsables, la pérdida de su calidad de trabajador., sino constituye otro delito cuya pena sea mayor, se sancionarán con prisión hasta de dos años y multa de diez mil pesos, más la reparación del daño".

Conforme a lo anterior, la coalición de servidores públicos para ejercer el derecho de huelga con los requisitos establecidos por la ley, configuran una excepción a lo dispuesto por el artículo 138 del Código Penal del Estado de México, y sólo cuando esa coalición sea hecha por trabajadores de base, suscrita por las dos terceras partes de los trabajadores de la dependencia afectada en un pliego de peticiones elevado al Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, y no se lleven a cabo los actos de coacción y de violencia mencionados en el artículo 97 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, no se actualizará el injusto penal denominado "coalición de servidores".

CAPITULO V

**LA CULPABILIDAD EN EL DELITO DE
COALICION DE SERVIDORES PUBLICOS**

CAPITULO V

LA CULPABILIDAD EN EL DELITO DE COALICION DE SERVIDORES PUBLICOS

V.1 LA IMPUTABILIDAD

En nuestro concepto, la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad y no un elemento del delito. Para poderse declarar culpable a un sujeto, es preciso determinar previamente si ese sujeto es imputable., esto es, si en su determinación antijurídica obró con conocimiento responsable y voluntad del resultado o, teniendo capacidad de entender y querer, de determinarse en función de aquello que conoce, actuó imprudentemente. Por tanto, la aptitud mental constituye el presupuesto indispensable de la culpabilidad y no elemento del delito.

Esa capacidad de conocimiento y voluntad, de determinación, debe coincidir con el momento de ejecución del acto injusto para poder establecer la culpabilidad penal. Como afirma Raúl Carranca y Trujillo: "será imputable todo aquel que posea, al tiempo de la acción, todas las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley para desarrollar su conducta socialmente., todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana". (32)

"El concepto clásico de la imputabilidad, sostiene Luis Jiménez de Asúa, se basa en la existencia del libre albedrío y de la responsabilidad moral, cuya doctrina supone Carrara aceptada. Desde ese punto de vista, la imputabilidad criminal no es cosa distinta de la imputabilidad moral, sino esta misma aplicada en concreto al autor del delito, y puede definirse, con el Padre Jerónimo Montes, como el conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quién voluntariamente lo ejecutó, como a su causa eficiente y libre". (33)

(32). Ob. Cit. p. 122.

(33). Ob. Cit. p. 236

La escuela positiva intentó cambiar en forma radical el fundamento de la responsabilidad, negando libre albedrío, y estableciendo el determinismo de la conducta humana.

Para la escuela clásica se requiere que el responsable posea, al tiempo de la acción, discernimiento y conciencia de sus actos y goce de la facultad de elección entre los diversos motivos de conducta presentados ante su espíritu., para los deterministas, en cambio, no existe libre albedrío y la conducta humana se encuentra sometida a fuerzas diversas, resultantes del medio, de la herencia psicológica, fisiológica, etc. La responsabilidad no es moral, sino social., el hombre es responsable por vivir en sociedad.

En nuestro concepto la imputabilidad está determinada por factores de desarrollo físico y de salud mental., los primeros se refieren a la edad que, de conformidad con nuestra legislación vigente, tiene el límite de dieciocho años. Son imputables quienes tengan la edad exigida por la ley y no padezcan ningún desarreglo de tipo psicológico que los imposibilite para querer y entender.

Acciones libres en su causa.- La imputabilidad debe existir en el momento mismo de la ejecución de un acto típico, como condición indispensable para el juicio de culpabilidad., desde ese punto de vista son imputables las acciones de los enajenados que en determinados momentos adquieren lucidez mental. En ocasiones, el agente, antes de actuar, voluntariamente se coloca en situación inimputable y en esa condición realiza un delito. A tales acciones se les llama "liberae in causa", es decir, libres en su causa, aunque determinadas en cuanto a sus efectos. Tal es el caso de quien se propone matar a una persona y se embriega para darse valor. En tal circunstancia existe la imputabilidad porque entra el acto voluntario y su resultado hay un nexo causal. Como afirma Eugenio Cuello Calón: "en el momento del impulso para el desarrollo de la cadena de causalidad el sujeto era imputable". (34)

(34). Ob.Cit. p. 300.

El fundamento de la imputabilidad en las acciones libres en su causa se encuentra en que el sujeto, deseando el estado de inimputabilidad, se ha colocado voluntariamente en ese supuesto y ha querido el hecho, excluyéndose así tanto la posibilidad de considerar la acción como ejercitada por una persona en estado de incapacidad transitoria, como de estimar la responsabilidad a título de culpa. En este sentido se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Nación: " si en autos no se ha probado que el quejoso hubiera actuado en estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias embriagantes y por lo contrario, de la declaración del propio procesado se infiere que, si acaso existió tal estado (que por otra parte tampoco se ha probado), no se debió al empleo accidental e involuntario de sustancias embriagantes, ya que acepta que desde temprano, el día de los hechos, anduvo tomando bebidas embriagantes, se elimina la posibilidad de que concurra, en la especie, la causa de inimputabilidad que invoca. Como tampoco se ha probado que el estado de embriaguez en que dice haberse encontrado el quejoso, fuera completa, nulificando su capacidad de entender y de querer, cabe concluir que se está frente a una acción libre en su causa, en que el sujeto queriendo el estado de inimputabilidad, puesto que se ha colocado voluntariamente en él, ha querido el hecho (conducta y resultado), excluyéndose así tanto la posibilidad de considerar la acción como ejercitada por una persona en estado de incapacidad transitoria, como de estimar la responsabilidad a título de culpa. En consecuencia, la sentencia que lo condenó por el delito de lesiones, no puede ser violatoria de garantías". (Amparo Directo 58/57. J. Félix Vázquez Sánchez).

V.2 LA INIMPUTABILIDAD

La inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad. Si está es, en última instancia, la facultad de conocer el deber, la inimputabilidad es la pérdida, transitoria o permanente, de esa facultad. Son causas de inimputabilidad aquellas que afectan el desarrollo o la salud mentales, produciendo ineptitud psicológica para delinquir. El artículo 17 del Código Penal del Estado de México en su fracción III, determina como causa de inimputabilidad la sordomudez, cuando el sujeto carezca totalmente de instrucción, ante tal circunstancia y en relación con el artículo 52 del mismo ordenamiento, el inculpaado será declarado en estado de interdicción y recluido en hospitales psiquiátricos o establecimientos especiales por el término necesario para su curación, bajo la vigilancia de la autoridad.

Por otra parte el artículo 53 del mismo Código establece: "Que si el juez lo estima prudente, los transtornados mentales o sordomudos no peligrosos, serán confiados al cuidado de las personas que deban hacerse cargo de ellos para que ejerciten su vigilancia y tratamiento necesario, previo el otorgamiento de las garantías que el juez estime adecuadas".

Los casos planteados por el Código punitivo son, indudablemente, de ausencia de imputabilidad. Se afirma que el dispositivo penal citado, plantea insolubles contradicciones desde el punto de vista procesal y constitucional, pues la reclusión en establecimiento adecuado, es constitucionalmente una pena y, como tal, debe resultar de un proceso., y, por otra parte, la indeterminación temporal de la reclusión es contraria a la garantía ejecutiva consagrada por el artículo 14 de nuestra constitución., al señalar que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad, o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante un juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

A este respecto la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México., en su artículo 10, establece, que la vigilancia del principio de legalidad, corresponde al Ministerio Público (servidor público):

- I. Vigilar el exacto cumplimiento de las leyes de interés general por parte de las autoridades del Estado.,

- II. Velar por el respeto a los Derechos Humanos en los centros de readaptación social, de rehabilitación para menores y demás lugares de aseguramiento.,

III. Informar al Gobernador del Estado de las irregularidades que se advierten en los Tribunales Administrativos, y al Presidente del Tribunal Superior de Justicia, de aquéllas que se cometan en los órganos jurisdiccionales del fuero común., y

IV. Promover la pronta, completa e imparcial procuración e impartición de justicia.

Asimismo, el artículo 32 de la referida Ley Orgánica, señala: "La dirección de responsabilidades organizará, controlará y vigilará la actuación de los agentes del Ministerio Público de su adscripción, en la investigación de los delitos cometidos por servidores públicos del Estado y Municipios y de sus organismos auxiliares, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas.

Basta leer la declaración categórica del artículo 7 del Código Penal del Estado de México, sobre que los delitos pueden ser dolosos, culposos y preterintencionales, y recordar las nociones unánimemente admitidas respecto del dolo, la culpa y la preterintencionalidad, para comprender que los actos de un alineado, aún cuando sean típicamente antijurídicos, no constituyen delito por falta del elemento subjetivo de la culpabilidad., todo demente se halla por lo mismo, exento de responsabilidad penal (aún cuando su excluyente sea supralegal)., y sólo cabe aplicarle medidas de seguridad y no penas. Si en está interpretación, si el hecho de todo demente se tuviera como delito y la reclusión de los enfermos se equipararse a las penas, no podría tal medida tener una duración indeterminada por prohibirlo nuestra Constitución Federal., y tampoco serían practicables los procedimientos libres instituidos para los casos de menores de edad (también socialmente responsables), ni los reglamentados para los enfermos mentales.

A este respecto el Código de Procedimientos Penales del Estado de México, reglamenta los procedimientos especiales para inimputables así como para los menores de edad, así pues, los artículos que prevén esos procedimientos para inimputables son:

Artículo 432.- Cuando de las diligencias de averiguación previa aparezca que hay motivo fundado para sospechar que el inculpado ha ejecutado el delito hallándose en los estados de inimputabilidad que menciona el artículo 17 del mismo Código, el Ministerio Público ordenará su internación en un establecimiento adecuado en el cual se pondrá a disposición de la autoridad judicial.

Artículo 433.- Si al tomarse al inculpado su declaración preparatoria, el juez estima que se encuentra en un estado de inconsciencia que le impida conocer los cargos y contestarlos, se abstendrá de practicar la diligencia y desde luego le nombrará defensor suspendiendo el procedimiento ordinario. Si el inculpado estuviere sujeto a la patria potestad o a la tutela, las personas que las desempeñan podrán hacer la designación de defensor.

Artículo 434.- En el caso del artículo anterior, el tribunal ordenará que el inculpado sea examinado por dos peritos psiquiatras o en su defecto por los médicos legistas. Esta providencia se adoptará sin perjuicio de seguir la instrucción en los términos de este tipo, hasta en tanto aquéllos rindan su dictamen. Lo mismo se hará cuando durante la instrucción se aprecie esa situación en el procesado.

Artículo 435.- Si el procesado no tuviere tutor, el juez procederá a designarle uno provisional quien le representará en todos los actos del proceso, sin perjuicio de que se ordene su comparecencia personal cuando se estime necesario para el esclarecimiento de la verdad de los hechos. Si tuviere tutor, éste le representará en todos los actos del proceso.

Artículo 436.- Si del dictamen rendido por los peritos psiquiatras o médicos legistas en su caso resultare que el procesado está incurso en alguna de las causas de inimputabilidad señaladas en el artículo 17 de éste Código, el juez inmediatamente cerrará el procedimiento ordinario, declarará al procesado en estado de interdicción y le designará un tutor definitivo, quién le representará en lo sucesivo en todos los actos del proceso, sin perjuicio de que si el juez, de oficio o a solicitud de parte, lo estime necesario, disponga la comparecencia personal cuando sea necesario para el esclarecimiento de la verdad de los hechos.

Artículo 437.- Si se comprueba la participación del procesado en los hechos, el juez oyendo al Ministerio Público y al defensor o al tutor, o a ambos a la vez, dictará resolución ordenando el internamiento de aquél en los términos del artículo 52 de este mismo Código.

Artículo 438.- Si el inculpado o procesado ha perpetrado el hecho padeciendo la causa de inimputabilidad mencionada en la fracción II del artículo 17 de este mismo Código, o habiéndolo perpetrado, sufriendo la causa señalada en la fracción I del propio artículo, pudiere darse cuenta del procedimiento, éste se seguirá en la forma ordinaria hasta la sentencia. Si no pudiere darse cuenta del procedimiento ordinario, aunque fuere imputable, se seguirá éste procedimiento especial.

Por otro lado los procedimientos especiales para los menores de edad, se encuentran fundamentados en los siguientes artículos:

Artículo 439.- Los menores de siete años a quienes se impute la ejecución de un hecho delictuoso no serán sujetos a procedimiento alguno, y la intervención del Ministerio Público se limitará a recibirles declaración, si pudieren expresarse, con el objeto de investigar si en la ejecución del hecho fueron instigados, auxiliados o encubiertos por mayores.

Artículo 440.- Tratándose de menores de dieciocho años, el Ministerio Público practicará las diligencias de averiguación previa que fueren necesarias y una vez concluidas las remitirá junto con el inculpado si hubiere sido presentado a la autoridad competente para conocer del caso de acuerdo con la Ley del Tribunal para Menores del Estado de México.

Artículo 441.- Si en la ejecución del delito participaren mayores y menores, conocerá de él, por lo que respecta a los primeros, la autoridad judicial correspondiente y por lo que toca a los segundos la autoridad protectora debiéndose remitir a ambas, copias de las actuaciones.

Artículo 442.- Si en la averiguación practicada por la autoridad protectora aparece que el menor fue instigado, auxiliado o encubierto para la ejecución del delito por uno o varios mayores, aquélla hará compulsas de las actuaciones y las remitirá al Ministerio Público.

Afirma Ignacio Villalobos: "aún las personas no avezadas a estos achaques jurídicos se extrañarán justamente al advertir que, según lo anterior, enjuiciando a un demente, a un idiota, a un oligofrénico, a un loco o a un enajenado plenamente, el juez tendría que despojarse de su serena majestad para sentarse frente a esta clase de reos y simular todas esas diligencias encaminadas a tomarle declaración, carearle con los testigos, exigirle protestas y asumir otras muchas actitudes pintorescas en que parecerá entablar una competencia con la desviación mental del enjuiciado". (35)

(35). Ob. Cit. p. 404 y sigs.

En concepto del autor citado, la solución sería que en los casos a estudio no se trate de exigir responsabilidades ni declarar derechos, si no de prevenir una peligrosidad patológica, pues no se pretende imponer penas o sanciones a los dementes, sino adoptar medidas administrativas, tutelares y de seguridad., propone la expedición de una ley para tales enfermos de tal modo, que pudiera aplicarse a través de los tribunales, las medidas elementales requeridas para la seguridad pública, con la sola comprobación de ese estado peligroso sin necesidad de esperar a que el enfermo cometa un homicidio o un incendio previsible, para luego iniciar el sainete de un juicio que no lo es, para aplicarle como sanciones tales medidas.

Pueden resumirse las causas de inimputabilidad a tres específicas: falta de desarrollo mental (minoría de edad y sordomudez)., falta de salud mental (locura, imbecilidad, enajenación mental)., y el trastorno mental transitorio.

Puede afirmarse que tanto el miedo grave así como el temor fundado e irresistible, a que se refiere la fracción III del artículo 16 del Código Penal del Estado de México., considerados como causas de exclusión de responsabilidad penal se debe a que tanto el miedo grave así como el temor fundado e irresistible, obedecen a procesos causales psicológicos, así pues en estas dos circunstancias puede producirse inconsciencia en el sujeto al momento de la comisión de un delito al materializar la conducta, dicha inconsciencia produce un desajuste en la capacidad o aptitud psicológica.

V.3 LA CULPABILIDAD

Ya hemos dicho que no basta que una conducta encuadre en un tipo determinado para que exista delito., es además indispensable que entre dicha conducta y la norma penal exista contradicción, es decir, que sea antijurídica. Además de los requerimientos de tipicidad y antijuridicidad, precisa la existencia de un juicio de carácter normativo que relacione la conducta con su autor., en otras palabras, que exista culpabilidad.

El concepto de culpabilidad, afirma Luis Jiménez de Asúa, está basado en la culpabilidad del acto concreto injusto, el límite para la imposición de penas está en lo incalculable, en el caso fortuito. De ahí el error de nuestro Código Penal al situar el caso fortuito entre las excluyentes de responsabilidad., este es el límite de la culpabilidad. La culpabilidad, cuando puede surgir porque no quede impedida por lo incalculable, se basa en el acto injusto. (36)

Siendo especies de la culpabilidad el dolo y la culpa, es difícil dar una noción general o fórmula precisa del elemento a estudio que comprende ambas especies. Por eso se afirma que el nexo entre dolo y culpa estriba en que en ambos casos se debe y se puede obrar conforme a derecho., en una palabra, en la exigibilidad. La culpabilidad presupone la vinculación del sujeto con el orden jurídico (elemento normativo), y presupone también la vinculación subjetiva del individuo a su hecho (elemento psicológico). De ahí la existencia de las dos doctrinas que tratan de explicar la culpabilidad: la normativa y la psicológica.

La doctrina psicológica de la culpabilidad, concibe a esta como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho. Consecuentemente, supone el análisis de la situación interna del sujeto: la culpabilidad reside en él.

" La culpabilidad viene a ser la situación psicológica en que el sujeto se halla en el momento de la acción con respecto al hecho que produjo. Esa situación psicológica requiere el análisis de las exigencias del derecho con respecto a la capacidad general de la persona para realizar acciones jurídicamente relevantes (imputabilidad). Establecidas éstas, se impone el examen del contenido de la acción del imputable, es decir, los modos de referencia se llaman culpables (dolosos o culposos) cuando: 1o. El hecho es ilícito., 2o. Producido por un hombre capaz y 3o. Que obra no obstante el conocimiento de las circunstancias". (37)

(36) Cfr. La Ley y el Delito. p. 355.

(37) Sebastián Soler. Ob. Cit. p. 14.

La teoría normativa concibe la culpabilidad como un juicio de reproche que permite atribuir el hecho a su autor. "Para la teoría normativa, la culpabilidad se define como reprochabilidad., es un juicio de reproche: 'es el conjunto de presupuestos de la pena que fundan la reprochabilidad personal de la acción ilícita con relación al autor', dice Mezger, desarrollando el pensamiento de Frank, para quien 'la culpabilidad no es algo existente objetivamente', 'ni está tampoco en la psiquis del autor'.. es solo el juicio según el cual una determinada conducta (antijurídica), a causa de cierta situación de hecho dado, es reprochable. Naturalmente, concebida la culpabilidad como reprochabilidad, debe juzgarse que dentro de aquélla y como elementos, están todas las condiciones que hacen reprochable un acción, y, entre ellas las de que el sujeto sea imputable". (38)

En nuestro concepto, la culpabilidad no puede constituirse con base en una sola de las dos doctrinas estudiadas, sino que comprende elementos de ambas. En efecto, la imputabilidad es un presupuesto esencial de la culpabilidad y es indiscutible que su contenido es eminentemente psicológico., pero la culpabilidad es valorativa en tanto que consiste en un juicio de valor que permite atribuir el hecho a su autor, como consecuentemente, el elemento a estudio reúne características comunes de ambas doctrinas.

V.3.1 DOLO

El artículo 7 del Código Penal del Estado de México, señala que un delito es doloso cuando se causa un resultado querido o aceptado, o cuando el resultado es consecuencia necesaria de una acción u omisión.

El dolo, es una especie o forma de la culpabilidad, en consecuencia, su investigación presupone concluído el juicio previo acerca de la ilicitud del hecho. Es necesario tener presente que, ya sea que se adopte la doctrina de la representación o de la voluntad para explicar el dolo, éste constituye una expresión técnico-jurídica que no puede identificarse ni con voluntad ni con representación, sino con intención, en el valor natural o psicológico de esos términos.

(38). Sebastián Soler. Op.Cit. pp. 15 y 16

El dolo supone intención, voluntad, representación y algo más: la relación a un orden normativo. Un hecho es doloso cuando supone en el autor el conocimiento de la criminalidad del acto. La teoría de la voluntad explica al dolo como la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe es contrario a la ley. La esencia del dolo no puede estar sino en la voluntad., no en la voluntad de violar la ley, sino en la de realizar el acto. Esta doctrina no niega expresamente la existencia de la representación, porque sin representación no puede haber voluntad: sólo es querido aquello que es representado. La diferencia estriba en que para la teoría de la voluntad, el dolo requiera algo más que la representación, exige la violación o el querer el acto., esto es lo que separa, en definitiva, el dolo de la culpa.

A esa voluntad se le llama intención porque no consiste en la voluntad de la propia acción, sino en la volición del resultado. El homicida tiene voluntad, no únicamente de apretar el gatillo, sino que su volición va más allá, dirigida al resultado, a la muerte del sujeto pasivo de su acción. En esa forma se distingue entre el dolo y la culpa, especie ésta en la que no se requiere el resultado aunque, en última instancia, se ratifique.

La teoría de la representación objeta la de la voluntad porque en ésta el fundamento se encuentra en algo totalmente subjetivo, como es la volición del sujeto, la determinación voluntaria. Por ello la doctrina de la representación intenta fundar la culpabilidad dolosa en algo más objetivo, bastándole la previsión del resultado. El dolo, para ésta doctrina, consiste en el conocimiento de todas las circunstancias de hecho correspondientes a la definición legal que acompaña a la actuación voluntaria.

La doctrina de la representación explica que cuando en un tipo penal aparecen como presupuestos la voluntad, la intención o cualquier otro hecho subjetivo, deben entenderse como elementos externos, objetivamente reconocibles por el juez que permitan aceptar como posible el correspondiente estado psíquico. Si alguien dispara su revolver contra el pecho de una persona, debe estimarse que necesariamente debía prever el resultado de lesión o muerte.

Sin embargo, si el sujeto afirma que no era su voluntad ese resultado, no existen medios externos válidos para demostrar lo contrario, el haber querido o no querido, es un hecho psíquico que sólo la introspección puede alcanzar. Por ello la doctrina de la representación no se conforma con explicar la culpabilidad con hechos meramente psicológicos. En nuestro concepto el dolo se explica con base en ambas doctrinas., es decir, tanto en el querer como en la previsión del resultado. Esto, a pesar de que nuestro Código acepta la doctrina de la voluntad, porque en su artículo 7 fracción I, dispone que la intención delictuosa se presume salvo prueba en contrario.

La presunción de dolo requiere un explicación porque en la práctica se ha sostenido, erróneamente, que corre a cargo del acusado probar la inexistencia de dolo. Esta concepción no se ajusta a los principios generales de la prueba.

A este respecto opina Sebastián Soler : "Sobre la base de que ordinariamente el efecto de la presunción consiste en invertir el onus probandi., se ha concluido en la afirmación de que la ausencia de dolo debía ser probada por el imputado, lo cual constituye un grave error, no ya desde el punto de vista de la ley de fondo, sino del procedimiento penal, el cual no tiene por objeto la investigación de los cargos, sino el descubrimiento de la verdad. Esa inversión probatoria no solamente no se ajusta a los principios de la prueba penal, sino que descuida el verdadero sentido de esa presunción, que ya en el propio proyecto de tejerador estaba fijada en su justo límite, al establecer que valía mientras no resultare lo contrario de las circunstancias particulares de la causa, y no de la prueba del imputado, lo cual es muy distinto. Lo mismo establecían el Código Penal de 1887, el de 1891 y el de 1906. Lo importante de todo ello es que la doctrina de la voluntad procede en la siguiente forma: examina las circunstancias del hecho, las circunstancias particulares de la causa, y toda vez que ellas correspondan a la forma que, en general, se produce en la vida cotidiana, presumirá que así se ha producido en el caso concreto. Tan manifiesto es que esa presunción no tiene otro alcance, que basta considerar en caso ordinario de un accidente de automóvil producido en las condiciones en que ordinariamente estos se producen, ello es, por culpa, para ver claramente que mientras de las circunstancias de la causa no se deduzca otra cosa, el hecho no se presumirá doloso, sino culposo". (39)

(39) Ob. Cit. pp. 104 y 105.

El dolo comprende: los elementos intelectuales o éticos, y elementos afectivos o emocionales, constituidos los primeros por el conocimiento o conciencia de todas las circunstancias de la definición legal y los segundos por los móviles.

Se distinguen las siguientes clases de dolo:

- a.) Dolo directo.- Es aquel en que el sujeto se representa en el resultado y lo quiere, o, como afirma Eugenio Cuello Calón: "aquel en que el resultado corresponde a la intención del agente". (40)

- b.) Dolo eventual.- Existe cuando el agente se representa como posible un resultado delictuoso y, no obstante tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias. Hay voluntariedad de la conducta y representación de la posibilidad del resultado., éste no se quiere directamente, pero tampoco se deja de querer, se menosprecia, que en última instancia equivale a aceptarlo.

- c.) Dolo indirecto.- También llamado dolo de consecuencias necesarias, se da cuando el agente se propone un fin y sabe ciertamente que se producirán otros resultados, los cuales no son el objeto de su voluntad, y a pesar de ello no retrocede con tal de lograr el propósito rector de su conducta. Un ejemplo de esta especie de dolo, lo sería el del agente que intentando dar muerte a una persona distinguida o importante le arroja una bomba a su paso, en este caso, su intención directa es el homicidio de esta persona lo que constituye un dolo directo, y habiéndose representado la posibilidad de matar o lesionar a otra persona, a un actualizado este evento dañoso, no es su intención directa o inmediata, sino de consecuencias necesarias.

(40). Ob. Cit. p. 307.

V.3.2 LA CULPA

El artículo 7 del Código Penal del Estado de México, señala que un delito es culposo cuando se causa el resultado por negligencia, imprevisión, imprudencia, impericia, falta de aptitud, de reflexión o de cuidado., así mismo, el artículo 62 del mismo ordenamiento establece que los delitos culposos serán castigados con prisión de tres días a siete años, de tres a noventa días de multa y suspensión hasta por cinco años, o privación definitiva de derechos para ejercer profesión u oficio, cuando el delito se haya cometido por infracción de las reglas aconsejadas por la ciencia o el arte que norman su ejercicio. Existe culpa, cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley. (41)

Actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado, que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever. Así pues, asienta Sebastián Soler : "Como contenido genérico subjetivo de la culpabilidad hemos señalado que ésta se caracteriza por cierta actitud de menosprecio hacia el orden jurídico en general. En consecuencia, al buscar el contenido de la culpa, no bastará decir, como con frecuencia se dice, que ella existe cuando no se ha previsto un resultado previsible. La previsibilidad es un criterio exterior objetivo, que constituiría, si se quiere, el motivo por el cual el hecho culposo se imputa. Para saber que es subjetivamente la culpa no podemos decir que sea la previsibilidad ni menos no haber previsto, porque tampoco ha previsto el que no es culpable. La previsibilidad, dice ciertamente Grispigni, es sólo un criterio para determinar si existió la imprudencia o la negligencia en que la culpa consiste. Este problema está vinculado a la forma en que distintos autores tratan de fundar la culpa". (42)

Para algunos autores la culpa consiste en un defecto de naturaleza intelectual, es decir, una deficiencia de naturaleza intelectual, una incapacidad o una insuficiencia en la capacidad de asociación, que lleva al sujeto a la falta de previsión, fundamento de la culpa. No podemos aceptar esta teoría, por fundamentarse en la inimputabilidad del sujeto, lo que llevaría a considerar impune la culpa.

(41). Cfr. Eugenio Cuello Cañón. Ob. Cit. p. 325.

(42). Ob. Cit. p. 140.

Otras doctrinas fundamentan la culpa en la violación de un deber. Dentro de estas, podemos recordar la que intenta fundamentar la culpa en la situación en la que se encontraba el agente antes de la infracción. De acuerdo con ella, si el sujeto se encontraba, antes del evento dañoso, en situación infraccionaria de los reglamentos administrativos, es responsable a título de culpa. Así, si el conductor que atropella conducía con exceso de velocidad, es responsable por imprudencia. Sin embargo, no estimamos determinante esta teoría de la culpa porque podemos plantearnos diversos casos en que es inoperante la situación preinfraccionaria del agente:

- a.) Un conductor de tranvía maneja a mayor velocidad de la permitida por los reglamentos administrativos y, en tales circunstancias, una persona que pretende suicidarse, se arroja al paso del vehículo, resultando muerta.

- b.) Un camión de carga mide unos centímetros más de ancho que lo permitido por los reglamentos., el conductor de este camión choca con otro vehículo que circula en sentido contrario. En tales casos, los conductores se encontraban en situación preinfraccionaria y, sin embargo, no puede afirmarse la existencia de culpabilidad porque, si omitimos mentalmente la situación antireglamentaria, concluiremos en que los accidentes se hubieran producido en cualquier forma.

Es evidente que siendo los hechos imprudentes las causas ordinarias de daños y peligros, suelen por sí mismos ser prohibidos como contravenciones, pero la prohibición media sólo algunas veces y no siempre, por lo cual, tomando en consideración los casos en que no hay prohibición alguna, la doctrina peca por defecto., en otros casos, como los ejemplos citados, por exceso.

Otra doctrina fundamenta la culpa en la naturaleza del precepto violado. El delito intencional implica siempre la violación de un deber primario., en el homicidio por ejemplo, la norma prohíbe matar. El delito imprudencial implica la violación de un deber distinto que ésta, se dice, antes de la norma prohibitiva., deber por el cual se prohíbe otras acciones distintas de las de matar, por el peligro que entrañan genéricamente para el bien principal tutelado que, en el caso es la vida. Son normas de prudencia contenidas en los reglamentos de policía y otras ordenanzas administrativas. De esta teoría se deriva la conocida por doctrina de la intención directa según la cual en la culpa no hay voluntad de transgredir la ley, sino tan sólo la voluntad de exponer al peligro de violarla. De ahí que esta teoría explica que el dolo como la decisión libre de la acción misma prohibida expresamente por la ley penal, y la culpa se explica, la decisión de ejecutar una acción con el convencimiento que de ella verocilmente puede provenir otra acción expresamente prohibida por la ley penal, sin el propósito de,causarla.

Para Binding, tanto la acción dolosa como la culposa son productos de la voluntad del autor., lo que caracteriza la acción culposa es que el autor desconocía la antijuridicidad de su propia conducta. La diferencia entre ambas especies de culpabilidad no reside en el aspecto objetivo, sino en el subjetivo.

Así, en este aún no consiste en la ausencia de voluntad y ni siquiera en que ésta no sea subjetivamente antijurídica, sino en que ésta voluntad y su ejecución no están acompañadas de una determinada conciencia: el autor no sabía que producía el delito, que de hecho produjo. En síntesis, se funda la culpa en el poder de evitación. (43)

Resumiendo, la culpa implica la violación de un deber secundario que impone al individuo la necesidad de obrar en forma que no se transgreda esa norma secundaria aún por vía indirecta y no intencional. Todas las formas de culpa a que se refiere el artículo 7 del Código Penal del Estado de México, tales como la negligencia, imprevisión, imprudencia, impericia, falta de aptitud, de reflexión o de cuidado pueden reducirse a dos incumplimientos de un deber (negligencia) y afrontamiento de un riesgo (imprudencia).

(43). Cfr. Sebastián Soler, Ob.Cit. p. 407.

Existen dos clases de culpa: Culpa consciente o con representación, mal llamada con previsión y culpa inconsciente o sin representación. La culpa consciente existe cuando el agente ha previsto el resultado posible y no solamente no lo quiere, sino que abriga la esperanza de que no ocurrirá. Hay voluntariedad de la conducta causal y representación de la posibilidad del resultado el cual no se desea, se tiene la esperanza de que no se produzca. Podemos citar como ejemplo el caso del conductor de un vehículo, que deseando llegar puntualmente a un lugar determinado, conduce su carro a sabiendas de que los frenos se encuentran defectuosos y a pesar de representarse la posibilidad de un atropellamiento, acelera el motor con la esperanza de que nadie se atraviese a su camino., no obstante se produce un resultado dañoso. Como se ve del ejemplo, existe en la mente del sujeto la representación de un posible resultado típico, representación que no le hace desistir de su conducta.

La culpa es inconsciente cuando no se prevee un resultado previsible., existe voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible. Esta clase de culpa se da por falta de diligencia, porque no se prevee lo que es previsible para el común de las gentes y en consecuencia evitable. Se cita como ejemplo el de la persona que limpia una pistola en presencia de otras sin prever el alcance de su conducta., al producirse el disparo y resultar una persona lesionada o muerta, éste resultado debe imputarse a título de culpa inconsciente por estar al alcance del común de las gentes el peligro inherente al manejo de una arma de fuego.

A la culpa Inconsciente o sin representación, suele clasificarsele en lata, leve y levísima, según lo mayor o menor facilidad en la previsión. Es lata cuando el resultado hubiera podido ser previsto por cualquier persona., es leve si tan sólo podía ser prevista por algún cuidadoso, y levísima cuando la previsión del resultado dañoso solamente podía estar al alcance de personas sumamente diligentes.

V.3.3 LA PRATERINTENCIONALIDAD

El artículo 7 del Código Penal del Estado de México, señala que un delito se considera como preterintencional cuando se causa un daño que va más allá de la intención y que no ha sido previsto ni querido y siempre y cuando el medio empleado no sea el idóneo para causar el resultado. Asimismo, el artículo 66 del mismo ordenamiento establece, que al responsable del delito preterintencional, se le aplicará hasta las dos terceras partes de la pena que le correspondería si el delito hubiese sido doloso. Se afirma que la preterintencionalidad es una tercera forma de culpabilidad, aunque en nuestro personal concepto, creemos que solamente es posible la existencia de las dos especies ya estudiadas. Se entiende por preterintencionalidad, la forma de conducta culpable en la que el resultado sobrepasa a la intención del agente. En el dolo, como ya hemos visto, el sujeto actúa conociendo la significación de su conducta., en la culpa consciente, se actúa con la esperanza de que no ocurrirá el resultado previsible, y en la inconsciente no se prevee un resultado previsible. En la preterintencionalidad el resultado excede la intención del agente.

V.4. ASPECTO NEGATIVO: EXIMENTES

El aspecto negativo de la culpabilidad, lo constituye su ausencia también llamada inculpabilidad, que Luis Jiménez de Asúa define como: " la absolución del sujeto en el juicio de reproche, y afirma que la diferencia entre las causas de inculpabilidad y las de inimputabilidad es obvia: el inimputable es psicológicamente incapaz, y lo es para toda clase de acciones ya de modo perdurable como el enajenado, ya en forma transitoria como en los casos de enajenación pasajera o de embriaguez o intoxicación involuntaria. En cambio el inculpable es completamente capaz y si no le es reprochada su conducta es porque a causa de error o por no podersele exigir otro modo de obrar, se le absuelve en el juicio de culpabilidad., sin embargo, para todas las demás acciones su capacidad es plena. Así, el que yerra purgando a un niño y sin querer lo envenena y al mismo tiempo injuria o lesiona a un cnado, ésta última conducta le será imputada, más no la primera por concurrir la eximente de error esencial insuperable".(44)

(44). Ob. Cit. p. 389

El mismo autor clasifica las causas de inculpabilidad o eximentes, en dos grupos: uno genérico, y otro general, con alcances supralegales:

a.) Error (de hecho y de derecho, eximentes putativas y obediencia jerárquica), y

b.) No exigibilidad de otra conducta.

Es necesario distinguir entre ignorancia y error, por ser de naturaleza psicológicamente semejante. La ignorancia supone la falta de toda representación., consiste en una total ausencia de conocimiento de un objeto determinado., es un estado negativo. El error supone una noción falsa, una representación equivocada de un objeto cierto., es un estado positivo. En la primera no se tiene conocimiento del objeto, en el segundo si se conoce el objeto, pero se le conoce mal, equivocada, erróneamente.

El Código Penal del Estado de México, contempla la ignorancia inculpable en las fracciones V y VI del artículo 16, y que a la letra dicen: "Obrar causando un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas, y así mismo obrar por error sustancial de hecho que no derive de culpa".

Por otro lado, también la fracción VII del mismo precepto se menciona la ignorancia como exculpante ya que al establecer la obediencia legítima dispone: "Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aún cuando su mandato constituya un delito, si ésta circunstancia no es notoria, conocida, ni previsible racionalmente". Sin embargo, debemos admitir la existencia del error como eximente en algunos casos no precisados en nuestra legislación y que Luis Jiménez de Asúa especifica en la siguiente forma:

A). El error excluye la culpabilidad del agente cuando es:

a). Esencial, en orden a los elementos constitutivos del tipo o de las agravaciones, y en referencia a la decisión del autor, pudiendo recaer:

a') Sobre el núcleo del injusto tipificado, como cuando se trata de purgar a un sujeto y se le mata por confundir la sustancia laxante con un veneno (error de hecho), o cuando se lleva un arma sin autorización en aquellos países, como España, en que la tenencia de armas es un delito, por ignorar invenciblemente que la ley ha configurado típicamente esa forma de lo injusto (error de derecho).

b') Sobre la referencia al objeto, cuando se ignora que la cosa es ajena en el hurto (error de hecho), o que hay que declarar el tesoro encontrado, que no es res nullius (error de derecho).

c') Sobre la referencia al sujeto pasivo, como cuando se yace con una niña menor de doce años, creyendo que tiene mucho más.

d') Sobre las agravantes calificativas, como cuando se da muerte al padre desconociendo que lo es.

- e') Sobre la existencia de causas que excluyen la persona, cuando se suponga erróneamente que concurren en los hechos y los elementos de una justificación como en la defensa putativa y en el estado de necesidad putativo (error de hecho, bien se crea que le ampara al sujeto una inexistente causa de justificación, como en el caso del fraile medicante que pide limosna en un país en que ésta prohibida la mendicidad, sin que la orden a que pertenezca haya sido aún legalmente admitida en los confines del territorio nacional (error de derecho).
- f') Sobre la legitimidad de lo mandado, cuando hay dependencia jerárquica entre el que obedece y el que manda, cuando éste ordena en la esfera de sus atribuciones y cuando la orden no tiene evidencia delictiva o dudosa criminalidad. Con esto situamos la llamada obediencia jerárquica en la doctrina del error, en vez de hacerlo, como hasta ahora era corriente, como una causa autónoma de justificación.
- g') Racionalmente invencible, es decir, que no hayan podido ser conocidas las características de los hechos o la injusticia de la acción atendida la relatividad de las circunstancias.
- B) El error excluye la culpabilidad sin distinguir:
- a) Si el error es de hecho o derecho, según venimos insistentemente demostrando en este estudio.
- b) Si el llamado error de derecho recae en una ley penal o en una ley extrapenal (civil, comercial, política, administrativa, etc.) vinculada al contenido de aquélla, porque la naturaleza garantizadora del derecho penal hace que sus conceptos jurídicos provengan de otras ramas.

C) El error esencial excluye el dolo, pero deja subsistente la culpa, cuando es vencible o evitable.

D) El error no produce efecto alguno en la culpabilidad, cuando es:

a) Accidental, como en el caso de que afecte a la variación del curso de la cadena de antecedentes y causas, pero sin ser esencial el cambio para la producción del resultado., porque nos llevaría lejísimos y que entronca con el asunto de causalidad, en que nos hemos ocupado reiteradamente.

b) Relativo a las condiciones objetivas de penalidad.

c) En el objeto, como cuando Ticio quiere matar a Marcos, su enemigo, y en las sombras de la noche le confunde, por un vago parecido, con César, a quién no conoce, y lo mata. El caso de aberratio ictus se equipara para muchos autores al error in objeto pues, es igual que la confusión sea como se ha descrito en el error in persona, o que se deba a una alteración insospechada en el disparo que conduce la bala dirigida a Marcos, al corazón de César. Pero debemos reconocer que la vieja doctrina que divide el episodio en dos partes, tentativa de homicidio contra Marcos y homicidio culposo contra César, tiene modernos partidarios y no puede desecharse con ligereza.

E) El error en la idoneidad de los medios o del objeto da nacimiento al delito inidóneo o imposible.

F) No produce, en cambio, efectos punibles el delito putativo, es decir, no se responsabiliza a título de dolo ni de culpa, el autor de una conducta imaginaria o fantásticamente delictiva, que, con acierto ejemplar, llamo Carlos Binding, error al revés.⁽⁴⁵⁾

Aceptamos que el error es eximente cuando reúne los requisitos de ser esencial y racionalmente invencible, pero no podemos admitir que tenga efectos eximentes en los ejemplos expuestos anteriormente y a los que su autor llama error de derecho, porque en todos esos casos se trata de ignorancia de la ley que, de conformidad con nuestro sistema legislativo, no exime de su cumplimiento., el hecho de que una persona ignore que portar un arma está prohibido por la ley, no la exculpa.

En resumen, aceptamos que el error cuando recae sobre el núcleo típico, sobre la referencia al objeto y sobre la referencia al sujeto pasivo, si produce efectos eximentes., no así cuando recae sobre las agravantes calificativas porque, en todo caso, sólo produce efectos atenuantes. Tampoco aceptamos la existencia del error en la obediencia jerárquica porque, como ya hemos visto, se trata de una especie de ignorancia excluyente. También aceptamos la operancia del error en el delito putativo y rechazamos categóricamente que el error esencial excluye el dolo para dejar subsistente la culpa cuando es vencible o evitable.

Así mismo, admitimos la eximente del error en la idoneidad de los medios o del objeto (apuñalar un cadáver creyendo que se da muerte a una persona viva., intentar cometer un homicidio con una substancia inocua en la creencia de que se da veneno). No es admisible la operancia del error como eximente en los casos de error en el objeto y en la persona. Son exculpantes, las llamadas eximentes putativas., la obediencia jerárquica, y la no exigibilidad de otra conducta.

(45) IBIDEM p. 328 y sgs.

Hay defensa putativa si el sujeto que reacciona lo que Luis Jiménez de Asúa llama causa de justificación supralegal, por no tener riguroso acomodo en las disposiciones concretas del Código Penal. El estudio de ésta exculpante se debe a Mezger, quién construyó la doctrina sobre la ley por tratarse de casos de evidente ausencia de lo injusto que no tienen cabida en la ley positiva.

La importancia opina Luis Jiménez de Asúa, y hasta la esencia, de ésta causa genérica de inculpabilidad, radica justamente en ser supralegal. Sin embargo, es cierto que en algunas de las exenciones que se hallan consagradas en los códigos, se encuentra como fundamento, la no exigibilidad de otra conducta. El efecto de éste diagnóstico más preciso sería el de colocar aquélla especie de exención en el lugar que le compete entre las causas excluyentes de la culpabilidad. Ya veremos, al tratar de las excusas absolutorias como éstas se van desintegrando a medida que el progreso de la técnica las extrae de aquélla heterogénea sistemática. Una de esas especies, o un grupo de ellas, que habla figurado hasta en tan incongruente puesto, es, si bien no con el carácter de supralegalidad, ejemplo genuino de la no exigibilidad de otra conducta: aquéllos casos en que se encubra, se auxilie o se proteja a un próximo pariente. En los códigos suelen encontrarse por demás demostrativos. Se considera punible al que ante la autoridad judicial declare falsamente que ha cometido o ha ayudado a cometer algún hecho ilícito., pero en ciertas leyes penales se añade a menos que su declaración sea con el objeto de salvar a algún pariente cercano, un amigo íntimo o a su bienhechor.

Lo más común es que los códigos declaren terminantemente que no es punible el encubrimiento de los parientes cercanos., a poco que se medite en el asunto, se verá que estas eximentes no son meras excusas absolutorias, un simple perdón legal, en que los caracteres de antijuridicidad, típicidad y culpabilidad subsisten intactos. Representan un grupo de los más claros casos de no exigibilidad de otra conducta, que debe figurar como excluyente de culpabilidad. (46)

(46). IBIDEM pp. 415 y 416.

Al respecto el artículo 104 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México, señala que: "Toda persona que tenga conocimiento de la comisión de un delito perseguible de oficio, está obligada a denunciarlo, dentro de los tres días siguientes, al funcionario del Ministerio Público. En caso de urgencia, por ser el delito flagrante o existir temores fundados de que el autor pueda evadir la persecución, deberá denunciarlo inmediatamente ante el funcionario del Ministerio Público o ante cualquier agente de policía.

Asimismo, el artículo 105 del mismo ordenamiento, establece que ésta obligación no comprende:

- I. A los menores de dieciséis años..

- II. A los que no gozaren del uso pleno de su razón..

- III. Al cónyuge o concubino del autor del delito, y a sus ascendientes o descendientes consanguíneos y afines, parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo..

- IV. A los que estén ligados con el responsable del delito por respeto, gratitud, afecto o estrecha amistad, y

- V. A los abogados que hubieren conocido el delito por instrucciones o explicaciones recibidas en su ejercicio profesional, ni a los ministros de cualquier culto que les hubiere sido revelado en el ejercicio de su ministerio.

El fundamento de la no exigibilidad de otra conducta radica en la imposibilidad de elevar normativamente a culpa o a dolo, la conducta del sujeto, dadas las circunstancias del caso concreto. Como ejemplos de ésta exculpante de carácter suprallegal, se citan los siguientes casos, conocidos y juzgados por el alto Tribunal Alemán:

- a.) El propietario de un caballo resabiado y desobediente, ordenó al cochero que lo enganchará y saliese con él a prestar sus servicios. El cochero, previendo la posibilidad de un accidente si la bestia se desmandaba, quiso resistir, pero el dueño lo amenazó con despedirlo en el acto si no cumplía lo mandado. El cochero obedeció y una vez en la calle, el animal se desbocó causando lesiones a un transeúnte. El tribunal niega la culpabilidad del procesado porque, tomando en cuenta la situación de hecho, no podía serle exigido que perdiera su colocación y su pan, negándose a ejecutar la acción peligrosa.
- b.) El caso de la cigüeña ante los jurados., caso ocurrido en un distrito minero de Alemania. La empresa de una mina tenía acordado que el día que la mujer de uno de los mineros diera a luz, quedaría el marido relevado del trabajo, pero percibiendo íntegro el jornal del día. Los mineros convinieron con la comadrona que asistía a los partos, para que está, en los casos que un niño naciera el domingo, declarará en el registro civil que el parto había tenido lugar en un día laborado de la semana amenzándole con no volver a requerir sus servicios si no accedía a sus deseos.

Ante el temor de quedar sin trabajo, la partera accedió a las pretenciones de los trabajadores y, en efecto, hizo una serie de inscripciones falsas en el registro. En el caso, se falló la absolución de la partera por tratarse de evidente ausencia de dolo. Considerándose que no podía exigírsele, conducta alguna tomando en cuenta el trance en que se hallaba, que no perpetrase los actos ordenados por los trabajadores, actos que de no mediar aquellas circunstancias, deberían de ser punibles.

V.5 LA CULPABILIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO

De conformidad con la descripción legal del delito de coalición de servidores, su ejecución no admite la forma culposa, por el contrario, los núcleos típicos que configuran el injusto, permiten concluir en su forzosa realización por dolo: impedir la ejecución de una ley o reglamentos, tomar medidas contrarias a una ley, y dimitir sus puestos.

Para realizar el tipo estudio se requiere necesariamente la representación de la finalidad típica, impedir o suspender la Administración Pública en cualquiera de sus ramas, y se requiera también la voluntad de realizar los núcleos típicos para llegar a la finalidad delictiva. Lo anterior significa que, tanto desde el punto de vista de la teoría normativa, como de la psicológica, la ejecución típica sólo puede realizarse a título doloso.

Conviene distinguir entre servidores y empleados públicos., servidor público, es la persona que presta sus servicios al gobierno y que tiene facultades de decisión y de ejecución., empleado público, es el que presta sus servicios en el gobierno pero únicamente tiene facultades de ejecución. La constitución distingue, además de los altos servidores de la federación y de los estados, señalando en su artículo 108 como tales, al Presidente de la República, Senadores y Diputados del Congreso de la Unión, Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Secretarios del Derecho y el Procurador General de la República., así como también a los Gobernadores de los Estados y a los Diputados de las Legislaturas Locales.

El mismo artículo dispone que el Presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la Patria y delitos graves del orden común, por lo que respecta a los altos Servidores de la Federación, son responsables por los delitos, faltas u omisiones en que incurran durante el ejercicio de ese mismo cargo. Los altos servidores de los estados, son responsables por violación a la Constitución y Leyes Federales.

Cabe destacar en relación a esto que el artículo 5 de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), señala en sus tres primeras fracciones, que se entenderá para efectos de esta mencionada ley:

- I. Por dependencias, las unidades administrativas de los Poderes de la Unión y del Gobierno del Distrito Federal., al igual que la de los Estados y Municipios que se incorporen al régimen de seguridad social de ésta ley.,

- II. Por entidades de la Administración Pública, los organismos, empresas y las instituciones públicas paraestatales que se incorporen al régimen de ésta ley.,

- III. Por trabajador, toda persona que preste sus servicios en las dependencias o entidades mencionadas, mediante designación legal o nombramiento, o por estar incluido en las listas de raya de los trabajadores temporales, con excepción de aquéllos que presten sus servicios mediante contrato sujeto a la legislación común y a los que perciban sus emolumentos exclusivamente con cargo a la partida de honorarios.

Por otro lado el artículo 14 de la Ley en cita establece que, "los trabajadores del Instituto quedan incorporados al régimen de la presente ley. Las relaciones de trabajo entre el propio Instituto y su personal, se regirán por la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, reglamentaria del apartado B del artículo 123 constitucional.

Por su parte la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, distingue entre trabajadores de base y de confianza, ya sea que presten sus servicios en Secretaría de Estado u Organización Descentralizada. En su artículo 2, dicha ley dispone que la relación jurídica de trabajo se entiende establecida entre los titulares de las dependencias e instituciones citadas y los trabajadores de base a su servicio, debiendo señalarse el defecto técnico en la relación legal, consistente en establecer como patrones a titulares del órgano oficial. La relación de trabajo o empleado, del mismo modo que en una empresa privada la relación contractual de trabajo se establece entre éste y el trabajador y no entre está y el representante del patrón.

De conformidad con la misma ley el artículo 5 establece que son trabajadores de confianza:

- I. Aquéllos cuyo nombramiento o ejercicio requiera la aprobación expresa del Presidente de la República.
- II. En el Poder Ejecutivo, los de las dependencias y los de las entidades comprendidas dentro del régimen del apartado B del artículo 123 constitucional, que desempeñan funciones que conforme a los catálogos a que alude el artículo 20 de ésta ley sean de:
 - a.) Dirección, como consecuencia del ejercicio de sus atribuciones legales, que de manera permanente y general le confieren la representatividad e implican poder de decisión en el ejercicio del mando a nivel Directores Generales, Directores de Área, Adjunto, Subdirectores y Jefes de Departamento.
 - b.) Inspección, vigilancia y fiscalización exclusivamente a nivel de las Jefaturas y Subjefaturas, cuando estén considerados en el presupuesto de la Dependencia o Entidad de que se trate, así como el personal técnico que en forma exclusiva y permanente esté desempeñando tales funciones ocupando puestos que a la fecha son de confianza.

- c.) Manejo de fondos o valores, cuando se implique la facultad legal de disponer de estos, determinando su aplicación o destino. El personal de apoyo queda excluido.
- d.) Auditoría: a nivel de Auditores y Subauditores generales, así como el personal técnico que en forma exclusiva y permanente desempeña tales funciones, siempre que presupuestalmente dependa de las contralorías o de las áreas de auditoría.
- e.) Control directo de adquisiciones: cuando tengan la representación de la dependencia o entidad de que se trate, con facultades para tomar decisiones sobre las adquisiciones y compras, así como el personal encargado de apoyar con elementos técnicos estas decisiones y que ocupe puestos presupuestalmente considerados en estas áreas de las dependencias y entidades con tales características.
- f.) En almacenes e inventarios, el responsable de autorizar el ingreso o salida de bienes o valores y su destino o la baja y alta en inventarios.
- g.) Investigación científica, siempre que implique facultades para determinar el sentido y la forma de la investigación que se lleve a cabo.
- h.) Asesoría o consultoría, únicamente cuando se proporcione a los siguientes servidores públicos superiores., Secretario, Subsecretario, Oficial Mayor, Coordinador General y Director General en las dependencias del Gobierno Federal o sus equivalentes en las entidades.

- i.) El personal adscrito presupuestalmente a las Secretarías Particulares o Ayudantías.

- j.) Los Secretarios Particulares de: Secretario, Subsecretario, Oficial Mayor y Director General de las dependencias del Ejecutivo Federal o sus equivalentes en las entidades, así como los destinados presupuestalmente al servicio de los funcionarios a que se refiere la fracción I de éste artículo.

- k.) Los agentes del Ministerio Público Federal y del Distrito Federal.

- l.) Los agentes de las Policías Judiciales y los miembros de las Policías Preventivas.

Han de considerarse de base todas las categorías que con aquella clasificación consigne el catálogo de Empleos de la Federación, para el personal docente de la Secretaría de Educación Pública. La clasificación de los puestos de confianza en cada una de las dependencias o entidades, formará parte de su catálogo de sus puestos.

- III. En el Poder Legislativo, en la Cámara de Diputados: el Oficial Mayor, el Director General de Departamentos y Oficinas, el Tesorero General, los Cajeros de la Tesorería, el Director General de Administración, El Oficial Mayor de la Gran Comisión, el Director Industrial de la Imprenta y Encuadernación y el Director de la Biblioteca del Congreso.

En la Contaduría Mayor de Hacienda: el Contador y el Subcontador Mayor, los Directores y Subdirectores, los Jefes de Departamento, los Auditores, los Asesores y los Secretarios Particulares de los funcionarios mencionados.

En la Cámara de Senadores: Oficial Mayor, Tesorero y Subtesorero.

IV. En el Poder Judicial: Los Secretarios de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, los Secretarios del Tribunal Pleno y de las Salas.

Por otro lado el artículo 6 de la Ley comentada, establece que son trabajadores de base: "los no incluidos en la enumeración anterior y que, por ello, serán inamovibles. Los de nuevo ingreso no serán inamovibles sino después de seis meses de servicios sin nota desfavorable de su expediente. La distinción anterior es importante porque de conformidad con la ley, sólo los trabajadores de base tienen derecho a coaligarse para declarar una huelga.

La Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, se encarga de reglamentar el derecho a huelga, con el cual cuentan los trabajadores o empleados públicos, y que a la letra dicen:

Artículo 92.- Huelga es la suspensión temporal del trabajo como resultado de una coalición de trabajadores, decretada en la forma y términos que esta ley establece.

Artículo 93.- Declaración de Huelga es la manifestación de la voluntad de la mayoría de los trabajadores de una dependencia de suspender las labores de acuerdo con los requisitos que establece esta ley, si el titular de la misma no accede sus demandas.

Artículo 94.- Los trabajadores podrán hacer uso del derecho de huelga respecto de una o varias dependencias de los Poderes Públicos, cuando se violen de manera general y sistemática los derechos que consagra el apartado B del artículo 123 constitucional.

Artículo 95.- La huelga solo suspende los efectos de los nombramientos de los trabajadores por el tiempo que dure, pero sin terminar o extinguir los efectos del propio nombramiento.

Artículo 96.- La huelga deberá limitarse al mero acto de la suspensión del trabajo.

Artículo 97.- Los actos de coacción o de violencia física o moral sobre las personas o de fuerza sobre las cosas cometidas por los huelguistas, tendrán como consecuencia, respecto de los responsables, la pérdida de su calidad de trabajador, si no constituyen otro delito cuya pena sea mayor, se sancionarán con prisión hasta de dos años y multa hasta de diez mil pesos más la reparación del daño.

Artículo 98.- En caso de huelga, los trabajadores con funciones en el extranjero, deberán limitarse a hacer valer sus derechos por medio de los organismos nacionales que correspondan., en la inteligencia de que les está vedado llevar a cabo cualquier movimiento de carácter huelguístico fuera del territorio nacional.

Artículo 99.- Para declarar una huelga se requiere:

- I. Que se ajuste a los términos del artículo 94 de ésta ley, y

- II. Que sea declarada por las dos terceras partes de los trabajadores de la dependencia afectada.

Artículo 100.- Antes de suspender las labores los trabajadores deberán presentar al Presidente del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje su pliego de peticiones con la copia del acta de la asamblea en que se haya acordado declarar la huelga. El Presidente, una vez recibido el escrito y sus anexos, correrá traslado con la copia de ellos al funcionario o funcionarios de quienes dependa la concesión de las peticiones, para que resuelvan en el término de diez días, a partir de la notificación.

Artículo 101.- El Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje decidirá dentro de un término de setenta y dos horas, computado desde la hora en que se reciba copia del escrito acordando la huelga, si ésta es legal o ilegal, según que se hayan satisfecho o no los requisitos a que se refieren los artículos anteriores. Si la huelga es legal, procederá desde luego a la conciliación de las partes, siendo obligatorio la presencia de éstas en las audiencias de avenimiento.

Artículo 102.- Si la declaración de huelga se considera legal, por el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, y si transcurrido el plazo de diez días a que se refiere el artículo 95, no se hubiere llegado a un entendimiento entre las partes, los trabajadores podrán suspender las labores.

Artículo 103.- Si la suspensión de labores se lleva a cabo antes de los diez días del emplazamiento, el Tribunal declarará que no existe el estado de huelga., fijará a los trabajadores un plazo de veinticuatro horas para que reanuden sus labores, apercibiéndolos de que si no lo hacen, quedarán cesados sin responsabilidad para el estado, salvo en casos de fuerza mayor o de error no imputable a los trabajadores, y declarará que el estado o funcionarios afectados no han incurrido en responsabilidad.

Artículo 104.- Si el Tribunal resuelve que la declaración de huelga es ilegal, prevendrá a los trabajadores que, en caso de suspender las labores, el acto será considerado como causa justificada de cese y dictará las medidas que juzgue necesarias para evitar la suspensión.

Artículo 105.- Si el Tribunal resuelve que la huelga es ilegal, quedarán cesados por este solo hecho, sin responsabilidad para los titulares, los trabajadores que hubieren suspendido sus labores.

Artículo 106.- La huelga será declarada ilegal y delictuosa cuando la mayoría de los huelguistas ejecuten actos violentos contra las personas o las propiedades o cuando se decreten en los casos del artículo 29 constitucional.

Artículo 107.- En tanto que no se declare ilegal, inexistente o terminado un estado de huelga, el tribunal y las autoridades civiles y militares deberán respetar el derecho que ejerciten los trabajadores dándoles las garantías y prestándoles el auxilio que soliciten.

Artículo 108.- La huelga terminará:

- I. Por avenencia entre las partes en conflicto.

- II. Por resolución de la asamblea de trabajadores tomada por acuerdo de la mayoría de los miembros.

- III. Por declaración de ilegalidad o inexistencia, y

- IV. Por laudo de la persona o tribunal que, a solicitud de las partes y con la conformidad de éstas, se avoque al conocimiento del asunto.

Artículo 109.- Al resolverse que una declaración de huelga es legal, el tribunal a petición de las autoridades correspondientes y tomando en cuenta las pruebas presentadas, fijará el número de trabajadores que los huelguistas estarán obligados a mantener en el desempeño de sus labores, a fin de que continúe realizándose aquellos servicios cuya suspensión perjudique la estabilidad de las instituciones, la conservación de las instalaciones o signifique un peligro para la salud pública.

Conforme a lo anterior, la coalición de empleados públicos, para ejercer el derecho de huelga, con los requisitos establecidos por la ley configuran una excepción a lo dispuesto por el artículo 138 del Código Penal del Estado de México, y sólo cuando esa coalición sea hecha por trabajadores de base, suscrita por las dos terceras partes de los trabajadores de la dependencia afectada en un pliego de peticiones elevado al Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje y no se lleven a cabo los actos de coacción y de violencia mencionados en el artículo 97 de la ley respectiva, no existirá actualización del injusto denominado coalición de servidores.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El delito de coalición de servidores públicos es, en cuanto al tipo: a) Anormal., b) Autónomo o Independiente., c) De formulación casuística., d) Acumulativamente formado., e) De daño y de peligro y, f) Plurisubjetivo.

SEGUNDA.- La carencia de los elementos altamente personales del tipo a estudio, implica carencia de tipo y en consecuencia, inexistencia del delito.

TERCERA.- La Antijuridicidad puede y debe definirse positivamente. Por tanto, consideramos válida la definición del concepto como: "La lesión del bien jurídico tutelado por la norma". Con ello damos solución a diversos casos prácticos no explicables con el concepto tradicionalmente negativo del injusto.

CUARTA.- La excluyente (justificante) de legítima defensa, ampara el tipo de coalición de servidores, en la hipótesis del Golpe de Estado, porque la situación del usurpador es contraria a derecho y, por ello, agresiva de un régimen jurídico., quienes desempeñan un cargo en la Administración Pública y adoptan medidas contrarias a la ley, o reglamentos dictados por el usurpador, no hacen sino repudiar aquella actitud antijurídica.

QUINTA.- La coalición de servidores para el ejercicio del derecho de huelga, que la ley reglamentaría del apartado B del artículo 123 constitucional les concede, constituye la justificante de ejercicio de un derecho.

SEXTA.- Aceptamos que la culpabilidad sólo puede construirse con base en elementos de las dos doctrinas en estudio: psicológica y normativa. Psicológica en cuanto a la imputabilidad., Normativa en cuanto al juicio de reproche.

SEPTIMA .- Rechazamos la preterintencionalidad como tercera forma de la culpabilidad. Por tanto admitimos únicamente dos forma de culpabilidad: dolo y culpa.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

Antolisei Francesco, *La Acción y el Resultado en el Delito*, 8a. Edición. Editorial Jurídica Mexicana, México 1959.

Ballave Pallise Faustino, *Función de la Tipicidad en la Dogmática del Delito*, 5a. Edición. Editorial Jurídica Mexicana, México 1951.

Carrancá y Trujillo Raúl, *Derecho Penal Mexicano*, 4a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1955.

Castellanos Tena Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, 2a. Edición. Editorial Jurídica Mexicana, México 1963.

Cuello Calón Eugenio, *Derecho Penal*, 8a. Edición. Editorial Ediar, Barcelona 1947.

Florian Eugenio, *Parte General de Derecho Penal*, 4a. Edición. Editorial Hermes, La Habana 1929.

Graf Zu Dohna Alexander, *La Ilícitud*, 5a. Edición. Editorial Jurídica Mexicana, México 1959.

González de la Vega Francisco, *Derecho Penal Mexicano*, 2a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1944.

Jiménez de Asúa Luis, *La Ley y el Delito*, 2a. y 4a. Ediciones. Editorial Hermes, México-Buenos Aires 1954 y 1963.

Jiménez Huerta Mariano, La Tipicidad, 4a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1955.

_____, La Antijuridicidad, 5a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1952.

Liszt Franz Von, Tratado de Derecho Penal, 2a. Edición. Ediciones Universidad de Navarra, Madrid 1967.

Maggiore Giuseppe, Derecho Penal, 6a. Edición. Editorial Themis, Bogotá 1954.

Manzini Antonio, El Delito, 4a. Edición. Editorial Ediar, Buenos Aires 1954.

Porte Petit Celestino, Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, 2a. Edición. Ediciones Universidad Nacional Autónoma de México, México 1958.

Quintano Ripolles Alfredo, Comentarios al Código Penal, 3a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1965.

Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, 2a. Edición. Editorial TEA, Buenos Aires 1953.

Villalobos Ignacio, Derecho Penal Mexicano, 2a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1960.

LEGISLACION

LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 75a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1996.

Código Penal para el Distrito Federal. 56a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1996.

Código Penal para el Estado de México. 11a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1996.

Código de Procedimientos Penales para el Estado de México. 11a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1996.

Ley Federal del Trabajo (comentada), Francisco Breña Garduño. 4a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1995.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México. Editorial Porrúa, S.A. Edición 1996.

Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado (reglamentaria del apartado B del artículo 123 constitucional)., Comentada por Rosalio Bailón Valdovinos. Editorial SISTA, Edición 1996.

Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE)., Comentada por _____, Editorial SISTA, Edición 1996.