



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO**

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN

“ESTUDIO DOGMÁTICO DEL TIPO DE ABUSO DE AUTORIDAD,
PREVISTO EN EL ARTÍCULO 262, FRACCIÓN SEGUNDA DEL
CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

MARISOL AGUILAR SAMANIEGO

ASESOR: Lic. JOSÉ DIBRAY GARCÍA CABRERA

FEBRERO 2007



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.

“ESTUDIO DOGMÁTICO DEL TIPO DE ABUSO DE AUTORIDAD,
PREVISTO EN EL ARTÍCULO 262, FRACCIÓN SEGUNDA DEL
CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL”

El H. Sínodo Revisor que ha sido designado para la revisión de la siguiente Tesis se integro por los CC. Licenciados en Derecho:

PRESIDENTE: Aarón Hernández López

VOCAL: José Dibray García Cabrera

SECRETARIO: Martha Plata López

SUPLENTE 1: Moisés moreno Rivas

SUPLENTE 2: Juan José López Tapia

DEDICATORIAS

A **DIOS** por entrar en mi vida y llenarla de amor.

A mi **PADRE (+)** Julio Aguilar Jiménez, por guiarme siempre hacia el triunfo a través de su eterno ejemplo de superación, fuerza y constancias, papá esto es una promesa cumplida **TE AMO**

A mi **MADRE** por tu apoyo incondicional, esfuerzo y cariño, ya que sin ti no lo hubiera logrado

A mi hijo **SEBASTIÁN YAEL** por ser la razón de mi vida, por lo que me motiva a ser mejor.

A mi amigo y compañero **DAVID** gracias por tu apoyo, compañía y amor.

A la **UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO (FES ACATLÁN)**, profesores quienes en conjunto me han dado las mejores herramientas para ser un profesionista.

Con aprecio y gratitud a Lic. **David Aguilar Ramírez**, de una manera especial al Lic. **José Dibray García Cabrera**; por la extraordinaria labor como profesores y asesores de este trabajo.

GRACIAS

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
-------------------	---

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL TIPO DE ABUSO DE AUTORIDAD

1.1 Código Penal de 1871.....	6
1.2 Código Penal de 1929.....	15
1.3 Código Penal de 1931.....	17
1.4 Código Penal para el Distrito Federal del 2002.....	24

CAPITULO SEGUNDO

ESTUDIO DOGMATICO DEL TIPO DE ABUSO DE AUTORIDAD, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 262, FRACCIÓN SEGUNDA DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

2.1 Concepto de delito.....	28
2.2 Elementos Positivos y Negativos del delito.....	34
2.3 Conducta – ausencia de la conducta.....	36
2.4 Tipicidad – atipicidad.....	40
2.5 Antijuricidad – causas de justificación.....	45
2.6 Imputabilidad – causas de inimputabilidad.....	63
2.7 Culpabilidad – causas de inculpabilidad.....	71
2.8 Punibilidad - excusas absolutorias.....	87
2.9 Elementos Positivos del delito de abuso de autoridad, previsto en el artículo 262, fracción segunda del código penal para el Distrito Federal.....	90

CAPITULO TERCERO

LA TENTATIVA EN EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD PREVISTO EN EL ARTÍCULO 262 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

3.1 Iter Criminis.....	108
3.2 Concepto de tentativa.....	111
3.3 Tentativa acabada.....	113
3.4 Tentativas inacabada.....	115
3.5 La tentativa en el delito de abuso de autoridad previsto en el artículo 262 del Código penal para el Distrito Federal.....	116

CAPITULO CUARTO

EL CONCURSO DE DELITOS EN EL TIPO DE ABUSO DE AUTORIDAD PREVISTO EN EL ARTÍCULO 262 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

4.1 Concepto de concurso.....	118
4.2 Formas de concurso.....	120
4.2.1 concurso ideal o formal.....	120
4.2.2 concurso real o material.....	121
4.3 El concurso en el delito de abuso de autoridad.....	122

CAPITULO QUINTO

LA PARTICIPACIÓN EN EL TIPO DE ABUSO DE AUTORIDAD PREVISTO EN EL ARTÍCULO 262 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

5.1 Concepto de la participación.....	124
5.2 Teorías de la participación.....	126
5.3 La participación en el delito de abuso de autoridad.....	127

CONCLUSIONES.....129

PROPUESTAS.....130

BIBLIOGRAFÍA.....132

LEGISLACIÓN.....134

INTRODUCCIÓN

En este trabajo de investigación haremos del delito de abuso de autoridad un objeto de estudio, para ello, no bastará con enunciar que esta figura se encuentra contemplada en nuestra legislación penal actual, será necesario realizar un análisis profundo, que parta desde su origen en la historia de México, antecedentes tan imprescindibles que obligaron poco a poco a dar forma a este tipo penal al paso de la sociedad y su evolución en nuestro país.

En el capítulo primero, veremos los antecedentes legislativos del delito de abuso de autoridad en México, desde aquella necesidad de emprender la tarea codificadora en materia penal, su transcurso hacia el primer Código Penal en 1871, los movimientos e iniciativas que motivaron el origen del Código Penal de 1929, la pérdida de la estabilidad social que dio nacimiento al Código Penal de 1931 y finalmente el incremento de la delincuencia y la normatividad rezagada, como causales para dar aprobación al Código Penal para el Distrito Federal del 2002. Teniendo ya en conocimiento aquellas circunstancias que nos explica la existencia del tipo de abuso de autoridad, se hará énfasis en el Capítulo Segundo un estudio dogmático del delito, es decir, los aspectos positivos y negativos del delito, en forma genérica y específica en el delito en estudio, mismo que se encuentra previsto en el artículo 262 del Código Penal para el Distrito Federal de la siguiente forma: “Se le impondrán de uno a seis años de prisión y de cien a quinientos días de multa al que en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas: Utilice ilegalmente la fuerza pública”.

Sin adentrarnos a la parte medular de esta investigación debemos tomar en consideración que por su propia naturaleza este delito fue creado por el Estado para salvaguardar los derechos de los ciudadanos de los mismos servidores públicos que pudieran exceder o hacer mal uso de sus funciones, es por ello que se realizará en el Segundo Capítulo un estudio minucioso con respecto a cada una de los elementos del delito.

Así mismo, se le dará un especial estudio a la figura del servidor público como calidad específica en el sujeto activo en el delito en estudio, por tratarse de un delito comprendido en el capítulo de delitos cometidos en contra del servicio público.

También en el Capítulo Tercero analizaremos la figura jurídica de la tentativa, de acuerdo en como se aplica al delito de abuso de autoridad, cuando el servidor público realiza todos los actos tendientes para la realización del hecho delictivo, pero surgen situaciones ajenas a él que impiden el delito.

En cuanto hace al Concurso de delitos hablaremos de aquellas circunstancias que nos puedan indicar la existencia de un concurso de delitos y las formas en que pueda ser posible, si cuando el sujeto activo o agente delictivo al cual se le atribuye la comisión de varios delitos, sea posible que ejecute una o varias conductas para producirlos, si con la realización de una sola conducta se obtenga una pluralidad de

delitos, o bien, con un grupo de resultados delictivos y que relacionados a lesiones jurídicas, puedan activar a la autoridad, ya que considero que tras la existencia de varios delitos compete la aplicación de un cúmulo de sanciones o penas.

En esta parte final de la investigación hablaremos de la participación en el delito de abuso de autoridad enunciando todas las formas que nuestro Código Penal en su artículo 22 contempla, adecuando cada una de ellas al delito en cuestión, así mismo desarrollando las teorías de la participación con la finalidad de realizar un estudio dogmático del delito de abuso de autoridad, enfocándome en el servidor público como sujeto activo en el delito.

CAPITULO PRIMERO
ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL TIPO DE ABUSO DE
AUTORIDAD

Para adentrarnos al delito debemos recordar que en nuestro país, durante la época colonial fueron aplicadas muchas leyes españolas, dentro de las cuales encontramos al Fuero Real, Fuero Juzgo, la Novísima Recopilación, Las Partidas, destacando el antecedente del delito de abuso en cada uno de los anteriores, dada la necesidad del México antiguo, por lo que se puede afirmar que éste delito ha tenido pocos cambios, sin embargo siempre ha estado presente como protección al gobernado.

A la consumación de la independencia de México, se conservaba en vigor la legislación de la Colonia, tomando legislaciones propias de la época, como la Novísima Recopilación (1805). En cuanto la legislación Mexicana, después de la Recopilación de las indias (1680), misma que aunque contenía normas de aplicación general, era visiblemente limitada por ordenanzas dictadas por el Consejo Real, por lo que se puede decir que para este período era nula la actividad codificadora por parte de nuestro país.

Para 1824, la nueva Nación Independiente considera la necesidad de crear sus propios cuerpos normativos, en razón a su situación política que se vivía, ya que se denotaba la necesidad de crear una legislación tendiente a su propia organización social, económica y política, por lo que los legisladores de esa época hacen énfasis en el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo, y no obstante, se atendió

también la penalidad de diversos delitos, que eran un problema inmediato, como el caso de los salteadores de caminos en cuadrilla, a los ladrones en despoblado o en poblado, que fueran aprehendidos por las tropas o las milicias locales, o que hiciesen resistencia, se les impuso como pena los trabajos en obras públicas, de fortificación, del servicio de los buques; las demandas de justicia se atendían mediante jueces que trabajaban en turno diario en la ciudad de México.

Fue hasta después de la invasión francesa (1867), cuando el Presidente Benito Juárez nombra a Antonio Martínez de Castro como presidente de la Comisión Redactora del primer código penal mexicano Federal para toda la República y común para el Distrito y Territorios Federales. Desde ese momento México ya se preocupa por la creación de legislación propia, aunque con cierta influencia de legislaciones extranjeras; pero cabe apuntar que la vida legislativa mexicana tiene cuatro cuerpos de legislación penal, mismos que son el Código penal de 1871, Código Penal de 1829, Código Penal de 1930 y Código penal de 2002.

1.1. Código penal de 1871.

Para 1871, México tiene sesenta y un año de vida independiente, sin embargo, pasó mucho tiempo después para que pudiera tener una verdadera independencia social, económica y jurídica, desligada de la madre España. Esto es debido a que después de la independencia el Gobierno mexicano estaba en una transición política.

Situación que se ve notoriamente en el hecho de que de 1824 y hasta 1835, en México se concentra casi exclusivamente en el Derecho político, esto por las secuelas producidas por la independencia. Por lo que hasta 1857, todavía no existen bases fundamentales para realizar una codificación necesaria para la sociedad mexicana, a pesar del incremento de criminalidad en ese tiempo, por lo que se caracteriza por ser un régimen represivo.

No fue sino hasta que los legisladores de 1857 y de 1864, sentaron las primeras bases del Derecho Penal mexicano, y pugnaron por priorizar la urgencia de una codificación mexicana, es decir, la clasificación de las penas y los delitos, ya que aún y existían leyes que contemplaban ciertas conductas, no dejaban así la legislación heredada de la colonia. Es por eso que los legisladores vislumbran la necesidad de crear una codificación específica para la sociedad mexicana, la cual fuera congruente a la situación social, económica, política y jurídica de México. Sobre este aspecto Martínez de Castro, en la exposición de motivos del Código Penal de 1871, dice: “Solamente por una casualidad muy rara podrá suceder que la legislación de un pueblo convenga a otro , según dice Montesquieu; pero puede asegurarse que es absolutamente imposible que este fenómeno se verifique con una legislación formada en una época remota, porque el solo transcurso del tiempo será entonces causa bastante para que por buenas que esas leyes hayan sido , dejen de ser adecuadas a la situación del pueblo mismo para quienes se dictaron”(1). Circunstancia que fue calificada de ardua por el Presidente Valentín Gómez Farias,

tras la caída del Imperio de Maximiliano de Habsburgo, el Ministro Larios había proyectado un código penal, que por circunstancias sociales, es entendible no llegó a promulgarse. Sin embargo, al reestablecerse el Estado Mexicano, es notable destacar que el Estado de Veracruz es el primer Estado de la Federación quien llegó a poner en vigor sus códigos propios: Civil, Penal y de Procedimientos, siendo su realizador el ilustre Fernando J. Corona.

Para 1867, toma posesión el Presidente Benito Juárez García, tras la terrible lucha armada y al organizar su Gobierno retoma la tarea codificadora de 1857, y lleva a la Secretaría de Instrucción Pública al licenciado Antonio Martínez de Castro, que procedió a reorganizar y presidir la Comisión del que sería el primer Código Penal Federal Mexicano, tuvieron que suspender su trabajo debido a la invasión francesa y el imperio foráneo que había impuesto Napoleón III a México, sin embargo, al volver a la normalidad el país, dicha comisión logró dar al pueblo mexicano el primer libro de dicho código, pero la comisión quedó designada el 28 de septiembre de 1868, integrada por Martínez de Castro como presidente, José María Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano y Manuel M. de Zamacona

(1)Exposición de Motivos del Código Penal de 1871.

Después de dos años y medio de arduo trabajo, la comisión pudo presentar a las Cámaras su proyecto, por lo que el Código Penal fue aprobado y promulgado el

7 de diciembre de 1871, para regir a partir del 1° de abril de 1872 en el Distrito Federal y en el Territorio de la Baja California.

En la Exposición de Motivos del Código Penal de 1871, Martínez de Castro establece para no continuar “...sin más ley que el arbitrio, prudente a veces y a veces caprichoso, de los encargados de administrar justicia”(2), es de gran mérito la preocupación de la necesidad de crear una legislación penal para el pueblo mexicano, tomando en cuenta las necesidades y las circunstancias sociales por las que estaba pasando la sociedad mexicana, después del marco político-social de ese tiempo.

Sin embargo, Martínez de Castro y sus aliados no pudieron crear una legislación mexicana de la nada, por tal razón el Código Penal de 1871, es modelo de las legislaciones penales vigentes de entonces, por lo que no podemos negar la fuerte influencia de la Escuela Clásica en este Código, ya que tomó como modelo el Código penal español de 1850, viviendo como éste hasta 1929, siendo su principal arquetipo español, el Código de 1871, está admirablemente redactado y su principal defecto es su extensión ya que consta de 1152 artículos.

El Código de 1871 significó un gran adelanto jurídico en México, ya que consagró conquistas apreciables, adelantándose aún a tratadistas posteriores, ya que sin duda dio las bases y los principios para nuevas instituciones jurídicas,

(2) Exposición de Motivos del Código Penal de 1871.

Como por ejemplo la libertad preparatoria o dispensa condicional de una parte del tiempo de prisión a los reos que observaban buena conducta, y la retención por una

cuarta parte mas de tiempo de prisión para los que la observaran mala; instituciones que mucho se adelantaron a la pena indeterminada y a la condena condicional, posteriormente consagradas por legislaciones contemporáneas.

Dentro del Capitulo II, el Código Penal de 1871, contempla el delito de Abuso de Autoridad, comprendido del artículo 999 al 1010 que a su letra dicen:

Artículo 999: Se impondrán seis años de prisión : a todo funcionario público, agente del Gobierno o su comisionado, sea cual fuere su categoría, que para impedir la ejecución de una ley, decreto o reglamento, o el cobro de un impuesto, pida auxilio a la fuerza pública, o la emplee con ese objeto.

Artículo 1000: Si el delito de que se habla en el artículo próximo anterior, se cometiere con el objeto de impedir el cumplimiento de una sentencia irrevocable; la pena será de cuatro años de prisión.

Si se tratare de un simple mandamiento o providencia judicial, o de una orden administrativa, la pena será de dos años.

Artículo 1001: Si el delincuente consiguiera su objeto, en los casos de los dos artículos anteriores, se aumentarán dos años a las penas que ellos señalan; excepto cuando resulte otro delito de haber hecho uso de la fuerza pues entonces se observarán las reglas de acumulación y el artículo 557.

Artículo 1002: Cuando un funcionario público, agente o comisionado del Gobierno o de la policía, el ejecutor de un mandato de la justicia, o el que mande una fuerza pública, ejerciendo sus funciones o con motivo de ellas hiciere violencia a una persona, sin causa legítima; será castigado con la pena de arresto mayor, si no resultare daño al ofendido.

Cuando resulte, se aumentará un año de prisión a la pena correspondiente al daño, excepto el caso en que sea la capital; pues entonces se aplicará ésta sin agravación alguna.

Artículo 1003: El funcionario que, en acto de sus funciones vejare injustamente a una persona o la insultare; será castigado con multa de 10 a 100 pesos y arresto menor, o con una sola de estas dos penas, según la gravedad del delito, a juicio del juez.

Artículo 1004: El funcionario público que indebidamente retarde o niegue a los particulares, la protección o servicio que tenga obligación de dispensarles, o impida la presentación o el curso de una solicitud; será castigado con multa de 10 a 100 pesos.

Artículo 1005: El funcionario público que viole la segunda parte del artículo 21 de la Constitución Federal, imponiendo una pena correccional mayor que la que permite;

sufrirá dos tercios de la diferencia que haya entre la pena impuesta y la del citado artículo.

Artículo 1006: El funcionario que infrinja la segunda parte del artículo 8° de la Constitución Federal, será castigado con extrañamiento o multa de 10 a 100 pesos.

Artículo 1007: Todo juez y cualquiera otro funcionario público que, bajo cualquier pretexto, aunque sea el de oscuridad o silencio de la ley, se niegue a despachar un negocio pendiente ante él; en la pena de suspensión de empleo de tres meses a un año, si la gravedad del caso lo exigiere.

Artículo 1008: Todo jefe, oficial o comandante de una fuerza pública que, requerido legalmente por una autoridad civil para que le preste auxilio, se niegue indebidamente a dárselo; será castigado con la pena de arresto mayor a dos años de prisión.

Artículo 1009: El funcionario público que, teniendo a su cargo caudales del Erario les dé una aplicación pública distinta de aquella a que estuviere destinados, o hiciere un pago ilegal; quedará suspenso en su empleo de tres meses a un año. Pero si resultare daño o entorpecimiento del servicio; se le impondrá además, una multa de 5 al 10 por ciento de la cantidad de que dispuso.

Artículo 1010: El funcionario público que, abusando de su poder, haga que se le entreguen algunos fondos, valores u otra cosa que no se le habían confiado a él, y se lo apropie o disponga de ellos indebidamente por un interés privado; sea cual fuere su categoría, será castigado con las penas del robo con violencia, destituido de su empleo o cargo, e inhabilitado para obtener otros.

En primer lugar imponía una sanción de seis años de prisión a todo funcionario público, agente del Gobierno o su comisionado, sea cual fuere su categoría, que para impedir la ejecución de una ley, decreto o reglamento, o el cobro de un impuesto, pida auxilio a la fuerza pública, o la emplee con ese objeto (Artículo 999).

En relación al Artículo anterior, era una circunstancia agravante el hecho de que se cometiere el abusote autoridad con el fin de impedir el cumplimiento de una sentencia irrevocable, siendo la pena de cuatro años de prisión. Pero sise tratase de un simple mandamiento, providencia judicial o de una orden administrativa, la pena era de dos años (Artículo 1000).

Asimismo, si el agente cumpliera su objetivo, en los casos de los artículos anteriores, se aumentaba dos años a las penas estipuladas para cada caso, y, si resultaba otro delito de haber hecho uso de la fuerza se estaba en las reglas de la acumulación (Artículo 1001).

El funcionario público que violaba la segunda parte del Artículo 21 Constitucional, (el cual decía en esa época: La aplicación de las penas propiamente tales, es exclusiva de la autoridad judicial. La política o administrativa sólo podrá imponer, como corrección, hasta 500 pesos de multa o hasta un mes de reclusión, en los casos y modo que expresamente determina la ley.), imponiendo una pena correccional mayor de la que ella permitía, sufría dos tercios de la diferencia que había entre la pena impuesta y la del citado Artículo (Artículo 1005).

Como se puede ver los citados artículos desde 1871 ya se contemplaba en el delito de abuso de autoridad la calidad específica del sujeto activo el cual dice “a todo funcionario público, agente de gobierno o a su comisionado, sea cual fuere su categoría”, esto es, el legislador de 1871 consideró la importancia que tiene para la integración del tipo de abuso de autoridad, la necesidad de delimitar al sujeto activo de dicho delito.

De igual manera cabe destacar que en su artículo 1002, maneja la circunstancia de utilizar violencia a una persona “sin causa legítima”, situación que ha permanecido hasta la fecha en nuestra legislación penal, por ser una circunstancia tan recurrida por los ejecutores de justicia, que desde ese entonces ya existía un abuso de dicha potestad, derivándose la necesidad de crear este supuesto jurídico. Sobre este supuesto también el citado artículo hace una importante clasificación del daño que pudiere presentar la víctima, así como la sanción que representaría al sujeto activo del delito, situación que no es contemplada en la actualidad.

1.2. Código Penal de 1929

Para el año de 1912, una nueva comisión, presidida por Miguel S. Macedo, presentó un proyecto de reforma al Código Penal de 1871, lo cual no fue reconocido legalmente debido a las convulsiones revolucionarias, dichos problemas internos llevan al Gobierno a tener luchas con las clases privilegiadas, atendiendo a las banderas revolucionarias de libertades efectivas para todos, de igualdad social, por tal razón el Gobierno se vió obligado a dominar y someter a las clases privilegiadas a los estatutos de 1917. Posteriormente, al ir recuperando paulatinamente la paz pública, surge nuevamente la necesidad de reformar el anterior Código Penal, atendiendo a la nueva ideología reinante en el pueblo mexicano, por lo que en 1925 el Presidente de la República designó las Comisiones Revisoras del Código Penal de 1871, presidida por José Almaraz y Luis Chico Goerne.

Al reaparecer la tranquilidad, el Presidente Emilio Portes Gil, promulgó el Código Penal de 1929, derogatorio del de 1871, el cual estaba formado por 1233 artículos, entrando en vigor el 15 de diciembre de 1929.

El Código Penal de 1929, según dicen sus redactores, sigue un principio de responsabilidad de acuerdo con la Escuela Positiva. Por tal motivo este Código ha sido severamente criticado por su inexactitud en el texto, incongruencia ideológica, irregular en la estructura, por lo que todo esto lo hacía inaplicable. Dentro de su contenido, mantuvo el catálogo de agravantes y atenuantes, el arbitrio judicial fue restringido, se suprimió la pena de muerte y el aspecto mas criticado por los tratadistas fue sin duda que la responsabilidad penal se fundó en la responsabilidad social, siguiendo como modelo el Código español de 1828, así como una gran influencia por el positivismo italiano de Enrique Ferri.

El delito de abuso de autoridad se encontraba previsto en el título noveno ?? De los delitos cometidos por funcionarios públicos, capítulo II Abuso de Autoridad ?, de los Artículos 566 al 578.

Es muy importante advertir, que en relación con el Código de 1871, el Código de 1929, mantuvo la misma idea sobre el delito de abuso de autoridad, variando únicamente en el último precepto, el cual hace referencia al funcionario público, que con cualquier pretexto, obtuviera de un subalterno parte de los sueldos de éste, dádivas u otro servicio; se le sancionaba con su destitución e inhabilitación por tres meses, obligándolo a pagar una multa de quince a cincuenta días de utilidad (Artículo 578).

Por otro parte, dentro de este Código Penal de 1929, para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, en su Capítulo segundo, contempla en el artículo 566, el delito de Abuso de Autoridad el cual a su letra dice:

Artículo 566: Se impondrán seis años de segregación a todo funcionario público, agente del gobierno o su comisionado, sea cual fuere su categoría que para impedir la ejecución de una ley, decreto, o reglamento, o el cobro de un impuesto, pida auxilio a la fuerza, o la emplee con es objeto.

Artículo 569: Cuando un funcionario público, agente o comisionado del gobierno o de la policía, el ejecutor de un mandato de la justicia, o el que mande una fuerza pública,

ejerciendo sus funciones o con motivo de ellas, hiciere violencia a una persona sin causa legítima, se le aplicará si no resultare el daño al ofendido, arresto por más de tres meses.

Cuando le resulte, se aumentará un año a la sanción correspondiente al daño exceptuando los casos del artículo 958 (lesiones necesarias para aprehender a un sujeto) en que se estará a lo dispuesto en él, y aquel en que resulte la muerte. En éste último, se aplicará la sanción del homicidio.

Cabe destacar que el legislador de 1929, copia literalmente la calidad del sujeto activo, del texto del anterior del Código Penal, resaltando y afirmando en dicho tipo penal la calidad específica en el sujeto activo.

1.3. Código Penal de 1931

Debido a la constante crítica hacia el Código de 1929, el mismo presidente Portes Gil, determinó la elaboración de un nuevo Código, formando así una nueva comisión presidida por Alfonso Teja Zabre, Luis Garrido, Ernesto Garza, José Ángel Ceniceros, José López Lira y Carlos Ángeles. Fue así como nació el Código Penal de fecha 14 de agosto de 1931.

La tendencia de este código, queda clarificada en la exposición de motivos: en la cual se señala “Ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal. Sólo es posible seguir una tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y realizable”. La formula: no hay delitos, sino delincuentes, debe complementarse así: no hay delincuentes, sino hombres. El delito es principalmente un hecho contingente; sus causas son múltiples, y son resultado de fuerzas antisociales. La pena es un mal necesario; se justifica por distintos conceptos parciales: por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada, etcétera; pero fundamentalmente por la necesidad de conservar el orden social, el ejercicio de la acción penal es un servicio público de seguridad y de orden. La Escuela Positiva tiene valor científico como crítica y método. El Derecho Penal es la fase jurídica y la Ley Penal es uno de los recursos de la lucha contra el delito. La manera de remediar el fracaso de la Escuela Clásica no la proporciona la Escuela Positiva; con recursos jurídicos y pragmáticos debe buscarse la solución, principalmente por:

1. Ampliación del arbitrio judicial hasta los límites constitucionales;
2. Disminución del casuismo con los mismos límites;

3. Individualización de las sanciones (transición de las penas a las medidas de seguridad);
4. Efectividad de la reparación del daño;
5. Simplificación del procedimiento, racionalización (organización científica) del trabajo en las oficinas judiciales.

Y los recursos de una política criminal con estas orientaciones:

1. Organizaciones prácticas del trabajo de los presos, reformas de prisiones y establecimiento de centros adecuados;
2. Dejar a los niños al margen de la función penal represiva, sujetos a una política tutelar y educativa;
3. Completar la función de las sanciones con la readaptación de los infractores a la vida social (caos de libertad preparatoria o condicional, reeducación profesional, etc.);
4. Medidas sociales y económicas de prevención.

El último texto vigente del Código Penal para el Distrito Federal de 1931, en su capítulo III contempla en su artículo 215, el delito de abuso de autoridad que a su letra dice:

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

1. Cuando para impedir la ejecución de una ley, decreto, o reglamento, el cobro de un impuesto o el cumplimiento de una resolución judicial, pida auxilio a la fuerza pública o la emplee con ese objeto;
2. Cuando ejerciendo sus funciones o con motivo de ellas hiciere violencia a una persona sin causa legítima o la vejare o la insultare;
3. Cuando indebidamente retarde o niegue a los particulares la protección o el servicio que tenga obligación de otorgarles o impida la presentación o el curso de una solicitud;
4. Cuando estando encargado de administrar justicia, bajo cualquier pretexto, aunque se oscuridad o silencio de la ley, se niegue injustificadamente a despachar un negocio pendiente ante él, dentro de los términos establecidos por la ley;
5. Cuando el encargado de una fuerza pública, requerida legalmente por una autoridad competente para que le preste auxilio, se niegue indebidamente a dárselo;
6. Cuando estando encargado de cualquier establecimiento destinado a la ejecución de las sanciones privativas de la libertad, de instituciones de readaptación social o de custodia y rehabilitación de menores y de reclusorios preventivos o administrativos que, sin los requisitos legales, reciba como presa, detenida, arrestada o interna a una persona o la mantenga privada de su libertad, sin dar parte del hecho

- a la autoridad correspondiente; niegue que está detenida, si lo estuviere, o no cumpla la orden de libertad girada por la autoridad competente;
7. Cuando teniendo conocimiento de una privación ilegal de la libertad no la denunciase inmediatamente a la autoridad competente o no la haga cesar, también inmediatamente, si esto estuviere en sus atribuciones;
 8. Cuando haga que se le entreguen fondos, valores u otra cosa que no se le haya confiado a él y se lo apropie o disponga de ellos indebidamente;
 9. Cuando, con cualquier pretexto, obtenga de un subalterno parte de los sueldos de éste, dádivas u otro servicio;
 10. Cuando en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas otorgue empleo, cargo o comisión públicos, o contratos de prestación de servicios profesionales o mercantiles o de cualquier otra naturaleza, que sean remunerados, a sabiendas de que no se prestará el servicio para el que se les nombró, o no se cumpla el contrato otorgado;
 11. Cuando autorice o contrate a quien se encuentre inhabilitado por resolución firme de autoridad competente para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público, siempre que lo haga con el conocimiento de tal situación; y

XII. Cuando otorgue cualquier identificación en que se acredite como servidor público a cualquier persona que realmente no desempeñe el empleo, cargo o comisión a que se haga referencia en dicha identificación.

Al que cometa el delito de abuso de autoridad en los términos previstos en las fracciones I a V y X a XII, se le impondrá de uno a ocho años de prisión, de cincuenta hasta trescientos días multa y destitución e inhabilitación de uno a ocho años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos. Igual sanción se impondrá a las personas que acepten los nombramientos, contrataciones o identificaciones a que se refieren las fracciones X a XII.

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

Es de hacerse notar que en el párrafo inicial del artículo transcrito el legislador consideró importante dejar clara la calidad de sujeto activo como servidor público.

El último texto vigente del artículo 212 del Código Penal de 1931, establece que “es servidor público del Distrito Federal toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión, de cualquier naturaleza en la Administración Pública del Distrito Federal, en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y en los órganos que ejercen la función judicial del fuero común en el Distrito Federal”.

Es de suma importancia destacar que el Código Penal de 1931, se denominó Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia Federal” hasta diciembre de 1999, fecha en que el Congreso de la Unión asumió nombre a “Código Penal Federal”, conservando el Distrito Federal del Código anterior.

En el Código de 1931, el delito de abuso de autoridad se comprendía en el título décimo Delitos cometidos por funcionarios públicos capítulo II Abuso de autoridad, de los Artículos 213 y 214.

En primer lugar estipula la sanción correspondiente a este delito, siendo ésta la de seis meses a seis años de prisión, multa de veinticinco a mil pesos y destitución del empleo (Artículo 213).

En la sexta fracción, en el texto original, se seguía manteniendo el hecho de que el agente cuando estuviera en cargado de una fuerza pública y fuera requerido legalmente por una autoridad civil para que le prestaran auxilio y se negara a otorgárselo.

Fue hasta el 23 de agosto de 1999, cuando la Asamblea Legislativa del Distrito Federal presentó a discusión un nuevo texto bajo la denominación “Código

Penal para el Distrito Federal”, con las adecuaciones necesarias para ser aplicado en esta Ciudad.

1.4. CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL DEL 2002

Después de setenta y un años de vigencia del código penal de 1931, con diversas reformas, para el año 2002 la vida política, social y económica del México del 2002 había cambiado, ya que un significativo cambio político había acaecido el 4 de julio del 2000, cuando después de setenta años en el poder, el Partido Revolucionario Institucional pierde las elecciones del 2000, lo cual crea una convulsión política en nuestro país, ya que crea la idea de un nuevo gobierno “democrático”. Para el 2002, en el ámbito social, después de dos años de gobernar el nuevo “gobierno democrático”, la sociedad ya comienza a exigir propuestas y soluciones a sus demandas, ya que debido a la inestabilidad económica existente se incrementó de sobremanera la delincuencia en el país, y es cuando el gobierno presionado por la misma sociedad, se da a la tarea de crear un nuevo código penal para el Distrito Federal.

El 14, 28, y 30 de noviembre del año 2000, los Partidos Políticos Revolucionario Institucional, de la Revolución Democrática y Acción Nacional, los mas importantes en la vida política en el país, presentaron ante el Pleno de la Asamblea Legislativa , sendas iniciativas del Código Penal para el Distrito Federal. En las referidas fechas la Mesa Directiva de éste órgano Legislativo, turnó dichas iniciativas para su análisis, discusión y en su caso aprobación, a la Comisión de Administración y Procuración de Justicia. Aprobando en lo general el Proyecto de Decreto que contiene el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el 5 de abril del año 2002. En Sesión del pleno de la Asamblea Legislativa, verifica el 30 de abril del año 2002, se aprobó por unanimidad de votos de los C.C. Diputados presentes, en lo general y en lo particular, el Proyecto de Decreto que contiene el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Dentro de la Exposición de Motivos del Código Penal para el Distrito Federal mencionan que la necesidad de implementar un nueva reglamentación es porque “...es innegable afirmar que el incremento de la delincuencia con las nuevas formas que ésta ha ido adquiriendo, ha determinado que la normatividad penal haya quedado a la zaga, ya que el marco teórico que sirve de base al actual Código Penal, ha sido rebasado por el progreso de la ciencia penal y de la política criminal, además de ser evidente la ineficacia de su aplicación y los alcances de la misma...”, así mismo, afirma que “El Código Penal vigente es reflejo de muchas tendencias y doctrinas a veces coincidentes, pero en otras confrontadas, por eso vemos necesario entrar a una revisión integral y es en este marco, que presentamos esta iniciativa del Código Penal para el Distrito Federal”(3).

Dando así el Código Penal para el Distrito Federal del 2002, el texto vigente del delito de abuso de autoridad y uso ilegal de la Fuerza Pública, el cual es comprendido en sus artículos 262 al 265, que ha su letra dice:

Artículo 262. Se le impondrán de uno a seis años de prisión y de cien a quinientos días multa al que en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas:

3. Exposición de Motivos del Código Penal para el Distrito Federal del 2002.

1. Ejerza violencia a una persona sin causa legítima, la vejare o la insultare;

2. Use ilegalmente la fuerza pública.

Artículo 263. Se impondrán prisión de uno a seis años y de cien mil días multa, al servidor público que el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, otorgue empleo, cargo o comisión públicos, contratos de prestación de servicios profesionales o mercantiles o de cualquier otra naturaleza, que sean remunerados, a sabiendas de que no se prestará el servicio para el que se les nombró, o no cumplirá el contrato otorgado dentro de los plazos establecidos en la normatividad laboral aplicable o en los señalados en el contrato correspondiente.

Artículo 264. Se impondrán las mismas penas del artículo anterior al que acepte un empleo, cargo o comisión públicos, remunerados, cuyo servicio no va a prestar, o acepte algún contrato de prestación de servicios profesionales, mercantiles o de cualquier otra naturaleza, remunerados, cuyas obligaciones no va a cumplir, dentro de los plazos establecidos en la normatividad laboral aplicable o en los señalados en el contrato correspondiente.

Artículo 265. Al servidor público que con cualquier pretexto obtenga de un subalterno parte del sueldo de éste,

dádivas o cualquier otro provecho, se le impondrán de dos a nueve años de prisión y de cien a ochocientos días multa.

Como se puede observar en el texto vigente del artículo 262, del tipo de abuso de autoridad, a diferencia de los anteriores, el legislador no consideró necesario especificar la calidad del sujeto activo, sin importarle los orígenes de este tipo penal, que se ha caracterizado por que sea cometido por un sujeto que cuente con la calidad de servidor público, cabe destacar que el concepto de servidor público ha ido evolucionando en el transcurso del tiempo, vemos así que en el Código Penal de 1871, el legislador le da la calidad al sujeto activo de funcionario público, agente del Gobierno, o su comisionado, retomando la misma calidad por el legislador de 1929, y fue hasta el Código Penal para el Distrito Federal de 1931, cuando por disposición de la ley se unifica en el concepto de servidor público.

Sin embargo, aunque el legislador del 2002, contempla del delito de abuso de autoridad en el Título Décimo Octavo, que comprenden los Delitos contra el Servicio Público cometidos por Servidores Públicos, dentro de la descripción típica del delito de abuso de autoridad no se encuentra contemplada dicha calidad, olvidando la aplicación exacta de la conducta a la descripción típica.

CAPITULO SEGUNDO
ESTUDIO DOGMÁTICO DEL TIPO DE ABUSO DE AUTORIDAD,
PREVISTO EN EL ARTÍCULO 262, FRACCIÓN SEGUNDA DEL CÓDIGO
PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

2.1. CONCEPTO DE DELITO

En Roma, es el esplendor del Derecho Civil, sin embargo, en el ámbito penal podemos afirmar que lo que verdaderamente les preocupaba era establecer una base fundamental regidos sobre un estricto control de hechos al castigo. Para ellos el hecho punible fue considerado como “la infracción de una norma penal”, sobre este concepto podemos aseverar que el delito se ubicó bajo los cánones del castigo, con el fin de proteger bienes jurídicos, morales, los cuales tenían un rango superior jerárquico.

De las fuentes de las obligaciones aceptadas en la época clásica, el delito es uno de los principales y más antiguos, pero a diferencia de los contratos es una fuente no convencional.

El castigo a los actos ilícitos constituyen en un principio fuentes de las obligaciones, ya que por ejemplo los romanos consideraron el delito como una fuente de obligación civil, sin olvidar que para los romanos primero intervenía la familia de las víctimas, para exigir una compensación pecuniaria, mientras que el Poder Público únicamente intervenía para fijar el monto de la reparación del daño, porque el poder del gens era grande.

En consecuencia los romanos conocen dos clases de delitos: los crimina pública, que violaban intereses colectivos, y los delicta privata, que solamente lesionaban derechos de los particulares. Por lo que la represión de estos delitos revolucionó desde la venganza privada, a la ley del Talión, la Composición Voluntaria, hasta llegar a la fijación de penas establecidas por la ley; ya que se entendió que los delitos privados afectaban la paz pública y que el Estado debía perseguirlo independientemente de la voluntad de las víctimas.

En realidad, los romanos más que concebir una categoría genérica y abstracta de delitos, configuraron una serie de figuras delictivas, por lo que se estableció para esa cultura que el delito nace del mundo de las obligaciones.

En una noción de tipo filosófico, varios Criminalistas han entendido al delito desde el punto de vista de su esencia (4). Sin embargo todos estos intentos han sido estériles, menciona Eugenio Cuello Calón en su libro Derecho Penal, “que existen muchas imprecisiones al respecto ya hay muchas acciones injustas y violadoras de nuestros deberes morales que no son delictuosas, así como actos violadores del derecho

(4) Desde este punto de vista, para unos el delito consiste en la violación de un deber (Rossi, Tratado de Derecho Penal, 3ª. Edición española, Madrid, 1883, Pág. 295, que define el delito como la infracción de un deber exigible en daño de la sociedad o de los individuos); para otros es la violación del derecho (Frank, Philosophie du Droit pénal, Bruselas, 1864, pag. 134, para quien el delito es la violación de un derecho fundado sobre la ley moral; Pessina cuando afirma que delito es negación del derecho, Elementos, 3ª. Edición española, págs. 95-96). Otros toman en cuenta especialmente, el elemento del perjuicio (Así Romagnosi, Genesis del diritto penale, 555, que lo define: “el acto de una persona libre e inteligente perjudicial a los demás e injusto).

que no infringen el derecho penal”. Por lo que tales definiciones resultan inútiles debido a que dichos conceptos deben estar íntimamente ligados con la vida social y jurídica de cada pueblo y época.

La escuela positiva, formula el concepto de delito natural, siendo Garofalo en su Libro “La Criminología”, en donde refiere que “el delito esta constituido por la violación, mediante acciones socialmente delictivas, de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y de probidad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad”. Tomando este concepto en un sentido formal ha sido criticado fuertemente ya que menciona una delincuencia natural, por lo que varios autores consideran que este concepto deja abierta la postura de un delincuencia artificial que comprendería delitos contra el sentimiento religioso, contra el pudor, etc.

Varios autores estiman que la verdadera noción formal del delito la suministra la ley positiva mediante la amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de ciertos actos ya que formalmente hablando el delito se caracteriza por su sanción penal, puesto que sin una ley que sancione una determinada conducta, no es posible hablar del delito.

Las nociones formales del delito no penetran en la verdadera naturaleza del mismo por no hacer referencia a su contenido; el propio Mezger elabora también una definición jurídico-substancial, al expresar que el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable.

Anteriormente, el concepto de delito emanaba de la misma ley, con una característica muy remarcada a la amenaza de la pena, por lo que se podía deducir

que lo que distinguía en el delito era su sanción penal, sin importar lo social o moralmente dañosa que fuera la conducta. Sin embargo, tal concepto no llega a satisfacer las necesidades prácticas, ya que no se encuentran inmersos los aspectos esenciales del delito (acción, antijuridicidad, tipicidad, culpabilidad, punibilidad) para que se pueda decir que hay delito.⁽⁵⁾ Y a que la reunión de estos elementos da una noción substancial del delito: acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena.

De esto se deduce que es una acción u omisión penal humana. Típica, porque la acción debe concordar con la descripción del tipo legal. Antijurídica, porque la acción se opone al orden jurídico preexistente sin que medie causa de exclusión. Culpable, porque puede imputarse al autor intencional o negligente del delito cometido, dada la relación de causalidad existentes entre el autor y su acción. Punible, porque está sancionado expresamente con una pena, señalada en el tipo penal.

Por otro lado, Olga Islas de González Mariscal, en su libro *Análisis Lógico de los Delitos contra la vida*, menciona que “El delito es un hecho y se sitúa en el mundo de la facticidad; por lo tanto, su contenido es rigurosamente fáctico. A diferencia de la norma jurídico-penal, que es general, abstracta y permanente, el delito es

5. Se ha afirmado (v. HIPPEL, 1º. Pág. 250 y 2º. Pág. 86) que esta elaboración de los elementos del delito hállese por vez primera en el penalista alemán Böhmer (siglo XVIII), que señala como caracteres del mismo la acción antijurídica, culpabilidad, y punibilidad. Más casi con dos siglos de anticipación Tiberio Deciano (*Tractus Criminalis Venecia 1551*) había formulado una definición del delito integrada por los mismos caracteres: “factum hominis vel vigente sub poena prohibitum quod nulla justa causa excusare potest”.

particular, concreto, porque es un hecho determinado; y temporal, por estar limitada su realización a un momento o lapso, también plenamente determinado”.

El Doctor Eugenio Raúl Zaffaroni (6), menciona al respecto que se han formulado conceptos unitarios y conceptos estratificados. Siendo así que para los partidarios del concepto unitario el delito es “una infracción punible”, siendo respaldado no por penalistas sino por jusfilósofos.

Ante la inutilidad de los criterios unitarios, se ha tomado las concepciones estratificadas del delito, las que han sido generalizadas en el derecho penal contemporáneo. A este respecto cabe aclarar, que es estratificado el concepto de delito, es decir que está en diferentes niveles de análisis, no así el delito. En este criterio, se menciona sus caracteres analíticamente obtenidos, formando diversos estratos o niveles, pero el delito es una unidad, no la unión de estratos.

El último texto vigente del artículo 7º, el Código Penal para el Distrito Federal de 1931, define al delito como “ la acción u omisión que sancionan las leyes penales”, entendido como el hecho punible, que contiene el conjunto de los presupuestos de la pena, es decir, el concepto está encaminado a la sanción que impone la ley, sin que se pueda observar los elementos o características del delito, por lo que existe un concepto doctrinal que denomina al delito como el acto típico, antijurídico y culpable.

6. Manual de Derecho Penal, Parte General, 4ª edición, Buenos Aires 1985.

Por otra parte, en el texto del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, no contienen un concepto de delito, sin embargo, desglosa los elementos o principios del delito en su Título Preliminar llamado De los Principios y Garantías Penales.

Así mismo, encontramos que en el artículo 1, de nominado principio de legalidad, se contemplan los elementos de acción y punibilidad.

En el artículo 2, denominado principio de tipicidad y prohibición de la aplicación retroactiva, analógica y por mayoría de razón, se contempla el elemento de antijuridicidad.

El artículo 3, denominado prohibición de la responsabilidad objetiva, contempla el elemento de culpabilidad.

El artículo 4, denominado principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material, contempla el elemento de antijuridicidad.

El artículo 5, denominado principio de culpabilidad, contempla los elementos de culpabilidad

Visto lo anterior, se estima necesario entrar al estudio de la Teoría del Delito, para explicar detalladamente cada uno de los elementos que integran esta figura jurídica.

1. Elementos positivos y negativos del Delito

El delito como figura jurídica necesita de ciertos caracteres específicos para tener la trascendencia jurídica necesaria. Así mismo, la doctrina ha lo ha definido como una conducta típica, antijurídica y culpable.

Afirmando, que el delito es una conducta humana, sin embargo, no puede decirse que todas sean delito, ya que requieren de dispositivos legales que describen tal conducta, técnicamente le llaman tipos penales individualizan la conducta haciéndolos de relevancia penal. Cuando dicha conducta se adecua al tipo penal hablamos de una conducta típica.

No obstante, la sola característica de tipicidad no llega a satisfacer la individualidad de la conducta , ya que existe casos de conductas típicas sin llegar a ser delitos por que no hay conducta (fuerza física irresistible, inconciencia) puede tomarse como ejemplo aquel sujeto que encontrándose en el anden del metro acontece un temblor y la fuerza del fenómeno lo hace aventar a otro sujeto a las vías, muriendo en el momento, por lo que el sujeto activo carece de voluntad para delinquir, cometiendo el delito de homicidio como consecuencia de un caso fortuito, es decir, a consecuencia de una fuerza física irresistible a él.

Cabe mencionar que existen conductas típicas permitidas (en el ejercicio de un derecho), pero cuando existe una conducta típica pero no permitida por la autoridad, podríamos decir que contraviene al orden jurídico. A esta contrariedad, el autor Eugenio Raúl Zaffaroni en su libro Manual de Derecho Penal; lo llama antijuridicidad.

Teniendo así, una conducta típica, antijurídica, necesitaríamos la reprochabilidad de la misma al autor, es decir, si es culpable o no. del precepto anterior surge el tercer elemento esencial del delito la culpabilidad. Y por ultimo, el Estado se da a la tarea de crear una pena o sanción a toda conducta típica, antijurídica y culpable, llamando a esta acción ejercida por la autoridad como punibilidad, requisito ultimo del delito.

A estos requisitos esenciales del delito, la doctrina los denomina aspectos positivos del delito, haciendo mención que existen los llamados aspectos negativos del delito que son precisamente la ausencia de estos elementos positivos y que son la ausencia de conducta, atipicidad, antijuridicidad, inculpabilidad e imputabilidad. Los cuales estudiaremos con detenimiento en títulos posteriores.

Para concluir se dice que “ el delito es una conducta humana individualizada mediante un dispositivo legal (tipo) que revela su prohibición (típica), que por no estar permitida por ningún precepto jurídico (causas de justificación) es contraria al orden jurídico (antijurídica) y que, por serle exigible al autor que actuase de otra manera en esta circunstancia le es reprochable (culpable) y por lo tanto, acreedor a una sanción o pena impuesta por el estado (punible)”.(7)

7. Eugenio Raúl Zaffaroni, Manual de Derecho Penal. Editorial Cárdenas , 1998. pág 343.

2. Conducta - Ausencia de Conducta

“La conducta es el comportamiento humano voluntario positivo o negativo encaminado a la producción de un resultado”. (8)

En sentido estricto es la forma en que se expresa el hombre, es decir, positivo o negativo, encaminado a un propósito, es un hacer voluntario final, el cual tiene un aspecto interno (proposición de un ser y selección de los medios) y un aspecto externo (puesta en marcha de la causalidad).

Dentro del concepto conducta comprende a la acción y a la omisión, es decir, el actuar o el abstenerse de actuar.

Cuando la omisión tiene consecuencias jurídicas es también una conducta, la cual tiene tres elementos: abstención, resultado y nexo causal.

Cuello Calón, en su libro Derecho Penal afirma que la acción en sentido estricto es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado, consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro que se produzca.

8.Fernando Castellanos, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, parte general, editorial jurídica mexicana,1959. pág.146.

Porte Petit es partidario del término conducta o hecho para denominar al objetivo del delito, dice en su libro Derecho Penal “que no es la conducta únicamente como otros lo expresan, si no también el hecho elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo”. De ahí se desprende que la conducta del hecho se componga de una conducta, un resultado y un nexo causal.

Para Cuello Calón, los elementos de la acción son un acto de voluntad y una actividad corporal. Luis Jiménez de Azúa, estima que son tres, manifestación de voluntad, resultado y relación de causalidad. Edmundo Mezger, dice que en la acción se encuentran como elementos, un querer del agente, un hacer del agente y una relación de causalidad entre el querer y el hacer.

Siguiendo la terminología de Porte Petit, la sola conducta representa el objetivo del delito, cuando por sí llena el tipo, como por ejemplo en los delitos de mera actividad los cuales carecen de un resultado material. En los delitos donde si se presenta un resultado material, la conducta puede presentarse en acción, omisión y comisión por omisión.

La conducta es sinónimo de acción, por tanto, acción es el movimiento humano corporal y voluntario, recibe el nombre de acción volitiva. Por otro lado, la acción y la comisión por omisión, ambas se conforman por inactividad voluntaria. En la omisión existe una violación de un deber jurídico de obrar, mientras que en la comisión por omisión se violan dos deberes jurídicos, uno de obrar y otro de abstenerse.

Los sujetos que intervienen en la conducta son:

Sujeto activo. El que realiza o ejecuta la conducta, pudiendo ser personas físicas o morales, sobre este respecto cabe aclarar que las personas morales en sí no pueden ser autoras de un delito, ya que actúan mediante sus representantes, gerentes, administradores, por lo que se puede concluir que no pueden ser sujetos de delinquir, ya que carecen de voluntad propia, muy independiente de los miembros.

Personas físicas. La conducta debe ser desplegada por el hombre, mismo que lo hace ser un sujeto activo en un acontecimiento ilícito, ya que él es el único ser capaz de voluntariedad.

Sujeto pasivo. Es el titular del bien jurídico lesionado o vulnerado.

En la omisión también puede presentar acción, consistentes en una inactividad del agente y una relación de causalidad entre la manifestación de voluntad y la abstención. Lo cual se traduce en una inactividad voluntaria del agente, en algo que es debido, aún teniendo la posibilidad de hacerlo, cabe destacar que para este respecto, cualquiera que sea el resultado de la omisión debe constituir una figura de delito, prevista en la ley.

Ausencia de Conducta.

Cuando un sujeto carece de actividad o ausencia de conducta estamos ante una Fuerza Física Irresistible, que es cuando un sujeto realiza una conducta de apariencia delictiva, pero no es reprochable ya que carece de voluntad, como por ejemplo es la fuerza física humana ajena al sujeto activo, la energía de la naturaleza o de animales, el hipnotismo, el sonambulismo.

Aclarando sobre este precepto que no debe confundirse la fuerza física con coacción o estado de necesidad, ya que la fuerza física proviene de un agente exterior irresistible para el sujeto activo.

También existe un estado de involuntariedad, que es un estado de incapacidad psíquica de voluntad. Puede ser de inconciencia, en el caso de un epiléptico durante la crisis, el sueño fisiológico, el hipnotismo. Todas ellas no deben ser confundidas con la inculpabilidad, puesto que es este presupuesto no se habla de una inconciencia física sino se habla desde el punto de vista de la comprensión de la antijuridicidad.

4. Tipicidad – Atipicidad

Para que una conducta sea considerada como delito, además de ser una conducta humana voluntaria, requiere que contener uno de los requisitos más importantes del delito que es la tipicidad.

Al hablar de la historia de la tipicidad, consecuentemente estamos refiriéndonos al tipo, el cual, para 1906 en Alemania, surge la doctrina de Belig que considera al tipo como el conjunto de caracteres integrantes del delito, tanto los objetivos como los subjetivos (dolo o culpa), es decir, el tipo fue considerado como una mera descripción.

Belig, en su Tratado de Derecho Penal, da los principios para cambiar el concepto de tipo, manifestando que no debe considerarse solo como una mera descripción, sino es indiciaria de la antijuridicidad, en otras palabras no toda conducta típica es antijurídica, sin embargo en toda conducta típica es indiciaria de antijuridicidad. Es así como Edmundo Mezger retoma los principios de Belig y cambia el concepto de tipo, para ahora ser considerado como la descripción de una conducta antijurídica, de donde infiere que la tipicidad es ratio essendi de la antijuridicidad.

Fernando Castellanos, en su libro Lineamientos Elementales de Derecho Penal, sobre el respecto opina que la tipicidad es un elemento esencial del delito, sin embargo, es independiente a la antijuridicidad, ya que menciona que existen conductas típicas que no son antijurídicas (causas de justificación). Y afirma que la

tipicidad, no es la ratio essendi de la antijuridicidad, sino que más bien la antijudicidad es la ratio esendi de la tipicidad.

Eugenio Zaffaroni en su libro Manual De Derecho Penal, parte General, define al tipo penal como “un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva; que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes.

Jesús Martínez Garnelo, en su libro, La Investigación Ministerial Previa, define al tipo como la descripción legal de una conducta estimada como delito, que lesiona o hace peligrar bienes jurídicos protegidos por la norma penal; es una concepción legislativa, es la descripción de una conducta dentro de los preceptos penales.

Celestino Porte Petit Candaudap ⁽⁹⁾, comenta que una vez comprobado que existe una conducta o hecho, debe investigarse haya adecuación al tipo. Por lo que es necesario determinar el papel que tiene la tipicidad en la teoría del delito, según la doctrina:

- a) La tipicidad es una característica esencial del delito.
- b) La tipicidad es un requisito del hecho, según el Derecho Positivo.
- c) La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito.
- d) La tipicidad es una condición, pero no elemento del delito.

9. Celestino Porte Petit Candaudap, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Edit. Porrúa. México 1982.

Estos son los distintos papeles que desempeña la tipicidad para diversos autores, sin embargo, Marco Antonio Díaz de León, en su libro Diccionario de Derecho Procesal Penal, menciona que “...la tipicidad consiste en una cualidad o característica de la conducta punible de ajustarse o adecuarse a la descripción formulada en los tipos de la ley penal”. La tipicidad consiste en la descripción que contienen los artículos de la Parte especial de los Códigos Penales a modo de definición de las conductas prohibidas bajo amenaza de sanción.

Al respecto la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido en una de sus jurisprudencias: “Para que una conducta humana sea punible conforme al derecho positivo, es preciso que la actividad desplegada por el sujeto activo, se subsuma en un tipo legal, esto es, que la acción sea típica, antijurídica y culpable, y que no concurra en total consumación exterior del acto injusto, una causa de justificación o excluyente de la culpabilidad. Puede una conducta humana ser típica, porque la manifestación de voluntad, o la modificación del mundo exterior, es decir, la producción del resultado lesivo, enmarquen dentro de la definición de un tipo penal, como puede ocurrir, por ejemplo, tratándose de un homicidio o fraude, pero si se demuestra que el occiso fue privado de la vida, por el sujeto activo, cuando éste era objeto de una agresión injusta, real, grave, desaparece la antijuridicidad del acto incriminado y consecuentemente al concurrir la causa justificadora de la acción, resulta no culpable, o si, tratándose del segundo de los delitos, no se satisfacen los presupuestos de tipicidad al no integrarse sus elementos constitutivos”. “La tipicidad consiste en que el comportamiento del acusado se encuentra adecuado al tipo que describe la ley penal”.

ATIPICIDAD.

La atipicidad o ausencia de tipicidad se da cuando una conducta, es considerada como dañosa socialmente y contraria a las normas penales; pero el legislador no la ha integrado, en el catalogo de figuras delictivas, es decir, que la conducta desplegada aún siendo “peligrosa a la sociedad”, dicha conducta no esta contemplada como delito en el Código Penal. Por lo que el autor de dicha conducta no puede ser procesado por la misma, por ejemplo, en el Código Penal anterior, el adulterio solo mencionaba las circunstancias de lugar (el domicilio conyugal) o las formas de ejecución del delito (con escándalo) pero no se precisaba en qué consistía la conducta delictiva, o sea, la acción punible, al respecto surgen diversas opiniones ya que el tipo carece de elementos que le permite al sujeto activo no ser procesado por caer en una conducta atípica.

La atipicidad puede provenir de la falta de la exigida referencia a las condiciones del sujeto activo, del pasivo, del objeto, del tiempo o lugar y del medio especialmente previsto, así como de la ausencia de la conducta, de los elementos normativos, que de manera taxativa ha incluido la Ley en la descripción típica, esto es para ser procesado un sujeto por una conducta delictiva debe contener todos los elementos del delito, inmersos en el tipo penal.

En la Teoría del Delito debe distinguirse lo siguiente:

1. Ausencia de tipicidad o atipicidad. Supone una conducta que no llega a ser típica, por la falta de alguno o algunos de los elementos descriptivos del tipo.
2. Ausencia de tipo (inexistencia del presupuesto general del delito). Esto presupone la ausencia total de la descripción.

Se maneja cuando unánimemente se establece que no hay delito sin tipo legal; consecuentemente, cuando el legislador no describe una conducta dentro de las leyes penales tal conducta, no es delito ; hay ausencia de tipo, ya que no existe descripción legal de una conducta considerada como delictiva , como ejemplo, esta que en algunos Estados se suprimen delitos tales como adulterio, genocidio, etc., en este ordenamiento y en el ámbito jurisdiccional de ese estado, existe ausencia del tipo de dichos delitos. Habrá ausencia de tipicidad, cuando una conducta no se adecue a la descripción legal, es decir existe tipo pero no encuadramiento de la conducta al marco legal constituido por el tipo.

Atipicidad Conglobante. Se da cuando el sujeto dispone en uso de del bien jurídico que la Ley tutela, ejemplo, la donación, el acuerdo en mantener relaciones sexuales con mayores de edad, etc. La norma no puede penar la conducta cuya realización garantiza.

Al respecto Eugenio Raúl Zaffaroni, en su libro Manual de Derecho Penal, parte General menciona que “hay quienes afirman que es lo mismo que una conducta sea típica a que sea justificada. Aparte de que hay conductas atípicas que son antijurídicas (el incumplimiento de un contrato, como ejemplo).

3. Antijuridicidad – Causas de Justificación.

El Estado como ente representativo de la sociedades crea los tipos penales, cuya función es la de descubrir de manera objetiva y concreta actos o conductas prohibitivas, por lo que cuando una conducta es típica, en primera instancia podemos decir que es antinormativa, al vulnerar los valores preponderantemente sociales, que se encuentran salvaguardados por el tipo penal, sin embargo, no se puede afirmar que una conducta típica y contraria a la norma sea antijurídica, en virtud de que el ordenamiento jurídico no sólo se compone de normas prohibitivas, sino también de normas permisivas, por tanto, se dice que la conducta es antijurídica cuando siendo típica y antinormativa no esta amparada por ninguna norma permisiva, y por tanto se dice que lo antijurídico es lo contrario a derecho.

Javier Alba Muñoz escribe que “el contenido último de la antijuridicidad que interesa al jus-penalista, es lisa y llanamente, la contradicción objetiva de los valores estatales ... en el núcleo de la antijuridicidad, como en el núcleo mismo de todo fenómeno penal, existe sólo el poder punitivo del Estado valorando el proceso material de la realización prohibida implícitamente”.⁽¹⁰⁾

Para este autor, la antijuridicidad actúa en el momento en que se contradice un mandato al poder.

10. Fernando Castellanos , Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General. Editorial Jurídica Mexicana pág. 173,174.

Según Cuello Calón, en su libro Derecho Penal, parte General, considera a “la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal. Tal juicio es de carácter objetivo, porque sólo recae sobre la acción ejecutada”.

Sebastián Soler, se afirma estar de acuerdo con Carrara en el aspecto de que no basta observar si la conducta es típica, sino que requiere verificar si el hecho constituye una violación del Derecho entendido en su totalidad, como organismo unitario. Mencionando textualmente que “Nadie ha expresado con más elegancia que Carrara ese doble aspecto de adecuación a la ley y de contradicción al Derecho, cuando dice que el delito es una disonancia armónica pues en la frase se expresa, en el modo más preciso, la doble necesidad de adecuación del hecho a la figura que lo describe y de oposición al principio que lo valora”.

Atendiendo, que la antijuridicidad comprende la conducta en una fase externa pero no en un proceso psicológico causal; ya que ello corresponde a la culpabilidad. La antijuridicidad es puramente objetiva, ya que atiende únicamente al acto, es decir a la conducta externa. Por lo que para llegar a afirmar que una conducta es antijurídica requiere de un juicio de valor, es decir, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado.

Eugenio R. Zaffaroni, en su libro Manual de Derecho Penal, parte General, menciona que la antijuridicidad no surge del derecho penal, sino de todo el orden jurídico, porque la antinormatividad puede ser neutralizada por un permiso proveniente de cualquier parte del derecho. Siendo la antijuridicidad pues, el choque de la conducta con el orden jurídico, entendido no sólo como un orden

normativo (antinormatividad), sino como un orden normativo y de preceptos permisivos.

Por lo que se dice que la antijuridicidad es la contradicción entre el hecho (conducta) del autor y el derecho, o sea, es antijurídica la conducta que infringe el mandato del orden jurídico haciendo lo prohibido o no haciendo lo impuesto (obligado) por él. Mandatos prohibidos son ataques a bienes jurídicos, imponen conductas destinadas a preservarlos en consecuencia el ataque se concreta en la omisión.

Una acción es antijurídica, cuando constituye un ataque a un bien jurídica (menoscabándolo, poniéndolo en peligro) protegido por el mandato, no se adecua a una finalidad admitida o impuesta por el derecho; en otras palabras: es antijurídico el ataque a un bien jurídico protegido, no admitido por el derecho, ejemplo: el que mata obra antijurídicamente, pero el que mata en cumplimiento de un deber no obra antijurídicamente.

A comienzos del siglo el campo jurídico era dominado por el positivismo, aunque por dos corrientes enfrentadas del mismo: por un lado el positivismo jurídico y por el otro, el positivismo sociológico. Como resultado de esta oposición, en tanto que el positivismo sociológico se concibió a la antijuridicidad material, en oposición a la formal concebida por el positivismo jurídico.

La antijuridicidad comprendida como un concepto unitario, es el resultado de un juicio substancial. Sin embargo, Franz Von Liszt elaboró una doctrina dualista. Consistente en que el acto será formalmente antijurídico cuando implique trasgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la ley) y

materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.

Cuello Calón, en su libro *Noción Jurídica del Delito* también establece una tipicidad en un doble aspecto: “la rebeldía contra la norma jurídica (antijuridicidad formal) y el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía (antijuridicidad material).

Villalobos estima que la infracción de las leyes significa una antijuridicidad formal y que el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan constituye la antijuridicidad material. Si toda sociedad se organiza formalmente es para fijar las normas necesarias para la vida del grupo y por ello el Estado proclama sus leyes en las que da forma tangible a dichas normas.

Así mismo, El Principio del Bien Jurídico y de la Antijuridicidad Material, lo contempla el Código Penal para del Distrito Federal del 2002, en su artículo 4º que dice: “Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal.”

Atendiendo al principio de la antijuridicidad material, al momento de que se afirma que sea sin justa causa, está dando pie a pensar en las causas de justificación. De lo anterior cabe destacar que el tipo penal menciona la expresión justa causa, lo que da la idea de justicia, por lo tanto se concluye que en el derecho penal las causa de justificación no son justas o injustas, son legales.

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Puede ocurrir que la conducta típica esté amparada por una oposición al derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación.

En las causas de exclusión de la antijuridicidad el agente obra en condiciones normales de imputabilidad, obra con voluntad consciente, pero su acto no es delictivo por ser justo, ajustado al derecho, la situación especial en que cometió el hecho constituye una causa de justificación de su conducta. Como consecuencia de la licitud de ésta no será posible exigirle responsabilidad alguna ni penal ni siquiera civil, pues de que obra conforme a derecho no puede decirse que ofenda o lesione intereses jurídicos ajenos.

Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito, porque en presencia de alguna de ellas faltará uno de los elementos esenciales del delito. A las causas de justificación también se les llama justificantes y causas eliminatorias de la antijuridicidad.

Raúl Carrancá y Trujillo, utiliza la denominación causas que excluyen la incriminación. Siendo este nombre el más adecuado que incluso el empleado por el legislador, porque además de que dentro de él pueden involucrarse todos los aspectos negativos del delito, se substituye la palabra circunstancias por causas.

Dado el doble carácter (material y formal) de la antijuridicidad, sólo puede ser eliminada por una declaración expresa del legislador. El Estado excluye la antijuridicidad que en condiciones ordinarias subsistiría, cuando no existe el interés

que se trata de proteger, o cuando concurriendo dos intereses jurídicamente tutelados, no pueden salvarse ambos y el Derecho opta por la conservación del más valioso.

En nuestro Código Penal las causas de justificación están en su artículo 29; confundidas con las restantes causas eximentes de la responsabilidad criminal, con las que poseen el carácter de causas de inimputabilidad y con las de exclusión de la culpabilidad. Las causas de justificación no deben ser confundidas con otras excluyentes, ya que estas recaen sobre la acción realizada, son objetivas, se refieren al hecho y no al sujeto; recaen sobre la realización externa. Las otras eximentes son de naturaleza subjetiva, miran al aspecto personal del autor. Por lo anterior se desprende que las causas de justificación son: *Legítima Defensa, Estado de Necesidad, Legítimo Ejercicio de un Derecho, Cumplimiento de un deber, (Obediencia Legítima e Impedimento Legítimo)*.

DEFENSA LEGÍTIMA.

La defensa Legítima, es considerada para Cuello Calón en su Libro Derecho Penal, como “como la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesiona bienes jurídicos del agresor”. Para Franz Von Liszt en su libro Tratado de Derecho Penal, dice que se legitima la defensa necesaria para repeler una agresión actual y contraria al Derecho mediante una agresión contra el atacante. Jiménez de Azúa, en el Libro La Ley y el Delito, la legítima defensa es la repulsa de una agresión antijurídica, actual e inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios.

Desde el derecho romano se reputó la defensa legítima como causa eximente de pena, la cual se fundaba según Cicerón (en Pro Milone) en una non scripta sed nata lex y se proclamó la máxima vim vi repellere licet dique jus natura comparatur (Todas las leyes y todos los derechos permiten repeler la fuerza con la fuerza). Actualmente, la defensa legítima la fundamenta la escuela Clásica que descubre tal fundamento en la necesidad. Ante la imposibilidad momentánea en que el Estado se encuentra de evitar la agresión injusta y de proteger al injustamente atacado, es justo y lícito que éste se defienda. La defensa privada, según esta teoría, viene a ser un sustitutivo de la defensa pública cuando la necesidad lo exige.

También la escuela positiva reconoce la juridicidad y la justicia de la defensa legítima, la cual representa el ejercicio de un derecho, y es justa porque como el agresor muestra su temibilidad todo cuanto se haga para rechazarle constituye un acto de justicia social.

Fernando Castellanos, en su Libro Lineamientos elementales de Derecho Penal, menciona que la fundamentación de la Defensa Legítima se halla en la preponderancia de intereses , pero no porque se considere de mayor importancia el interés del agredido que el del injusto agresor, sino en virtud de que existe para el Estado una preponderancia indiscutible en el interés de mantener incólmes los derechos y bienes jurídicos que forman el orden social, sobre la posibilidad de que cause daño al agresor de esos derechos y, por tanto, transformador del orden público, de la paz pública y de cuanto constituye la médula, el fin y la razón de ser del propio Estado, con el propósito de paralizar su ataque.

En el Artículo 29 fracción IV el código Penal para el Distrito Federal, define a la Defensa Legítima como: “Se repela una agresión real, actual o inminente y sin

derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista la necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

Se presupone que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.”

Para la legislación y doctrinas científicas exigen como condición de legitimidad de la defensa la concurrencia de determinados requisitos:

Una Agresión debe ser:

ACTUAL. Contemporánea del acto de defensa que esté aconteciendo. Porque la respuesta a la agresión debe darse en el mismo momento en que ésta se da, no hay momento de reflexión ni pasado ni futuro.

VIOLENTA. Impetuosa, atacante. La violencia puede ser física o moral. (Fuerza en personas o cosas y amagos o amenazas). Porque se suscita de manera brutal, enérgica, utilizando la fuerza física o moral.

SIN DERECHO. Antijurídica, ilícita, contraria a normas objetivas del Derecho. Si la agresión es justa, la reacción no puede quedar legitimada, es decir trae consigo aquello contrario a la ley; esto es, de manera ilícita.

PELIGRO INMINENTE. Peligro es la posibilidad de daño o mal. Inminente es lo más próximo, inmediato, actual. El peligro inminente debe ser consecuencia de la agresión, esto es que el riesgo sea inmediato y que atañe una causa directa que menoscabe un bien jurídico.

La agresión debe recaer en ciertos bienes jurídicos:

LA PROPIA PERSONA. Los ataques a la persona pueden ser en su vida, integridad corporal y en su libertad física o sexual.

EL HONOR. La ley confunde el concepto de honor con el de reputación. El homicidio o las lesiones a los adulterios no constituyen defensa legítima del honor.

LOS BIENES. Todos los de naturaleza patrimonial, corpórea o incorpórea y los derechos subjetivos susceptibles de agresión.

OTRA PERSONA O SUS BIENES. Defensa de terceros o de sus bienes. Los bienes pueden pertenecer a personas físicas o a personas morales.

Necesidad de la reacción defensiva:

No es legítima la defensa cuando el agredido provocó la agresión dando causa inmediata y suficiente para ella. No es legítima cuando el agredido previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por medios legales.

Exceso en la Defensa

Es la utilización de medios desproporcionados para repeler la agresión, o el daño causado por el agresor fuere fácilmente reparado posteriormente por medios legales o si dicho daño fuere de notoria insignificancia en relación con el acusado por la defensa se sanciona como delito culposo.

Hay exceso si se prueba que no hubo la necesidad racional del medio empleado. Lo cual se sanciona como delito culposo.

La defensa Legítima no opera en el caso de riñas porque los oponentes se encuentran inmersos en una situación antijurídica, ilícita y para que surta efecto la legítima defensa es necesario una conducta lícita frente a una injusta, ello no integra la causa de justificación puesto que si el agredido fue el que provocó la agresión rompe con la causa de justificación, puesto que la acción inmediata y suficiente para tal agresión (provocación) contradice a los elementos que exige ésta.

No pueden coexistir dos legítimas defensas (legítima defensa recíproca), en virtud de la necesidad de que una agresión sea injusta y la reacción a esta sea legítima; de tal forma que cuando el agresor repele la defensa esta resistiendo una conducta legítima.

Puede darse de manera propia o de terceros según la doctrina Argentina:

PROPIA. Puede defenderse cualquier bien jurídico. Debe mediar agresión legítima, es decir, provocación suficiente para que el titular del bien agredido se vea en la necesidad de salvaguardar ese bien jurídico.

DE TERCEROS. Tiene los mismos requisitos que la defensa propia, diferenciándose sólo en que si el defendido ha provocado la agresión, el tercero que le defiende no debe haber participado en la misma, aunque la conozca.

ESTADO DE NECESIDAD

Es la situación en que se encuentra un sujeto en la que como medio necesario para evitar la pérdida de bienes propios (o de un tercero en determinados casos), ataca un bien jurídico extraño de menor cantidad que el que trata de salvar. Actúa en estado de necesidad el que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño. El autor debe manifestarse con el fin de evitar el mal mayor, para que el bien jurídico, de un tercero o del que actúa, incluso del mismo afectado; para establecer el mal menor se toma en consideración la jerarquía de los bienes jurídicos; la magnitud de la lesión amenazada y el grado de proximidad del peligro. Los tratadistas clásicos, especialmente los italianos, por regla general, no empleaban esta designación, *estado de necesidad*, de origen germánico (Notstand), ni lo estudiaban como una causa específica de exención de la responsabilidad, sino que lo consideraban como un caso de fuerza mayor y por tanto, como una causa de exención de la responsabilidad, por carencia de voluntad libre. Cuello Calón en su libro Derecho Penal, menciona que el Estado de Necesidad es “una situación de peligro actual inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede ser evitada mediante la lesión de bienes, también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona”.

Por su parte, Von Liszt en su *Lerhbuch* afirma que el estado de necesidad “es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos (11).

11. Tratado de Derecho Penal II, Reus Madrid 1927.

Para precisar la naturaleza jurídica del estado de necesidad debe distinguirse dos grandes grupos:

A) Aquellos casos en los que los bienes o derechos en conflicto son de diversa clase y distinto valor (por ejemplo que intervengan en conflicto bienes y vidas humanas), o cuando el conflicto tiene lugar entre bienes de igual clase pero de diferente valor. En estos casos se declara la impunidad del acto necesario, porque en un conflicto de bienes que no pueden coexistir deben salvarse los más importantes, aún a costa del sacrificio de los menos valiosos, por la persona en cuyo beneficio se haya realizado el mal debe quedar naturalmente obligada a la reparación del daño causado.

En este primer caso el estado de necesidad tiene el carácter de una verdadera causa de justificación, el hecho pierde su carácter antijurídico, ya que aún, la conducta desplegada culposa de un sujeto, haya desencadenado el estado de necesidad, el acto realizado es justo a causa de la desproporción de los bienes en conflicto, además de no poder ser reprochable a dicho sujeto.

B) Cuando los bienes en conflicto son de igual valor, especialmente cuando son vidas humanas. El que para salvar su vida causa la muerte de otro no ejecuta un hecho justo porque sacrifica el derecho de un tercero que no puede ser inculpado pues nada hizo para provocar la situación de necesidad. Aquí, Cuello Calón, menciona que no hay causa de justificación sino una causa de exclusión de pena, dando como razón que no son hechos justos, ni injustos, ni ilícitos, ni permitidos, se haya fuera del derecho penal, hay que aceptarlos como un hecho que la fatalidad acarrea, como una desgracia inevitable.

Los requisitos generales para que se de la exención de responsabilidad son:

a) Amenaza de un mal o peligro grave y actual o inminente, es decir que estos amenacen importantes bienes jurídicos (la vida, la integridad corporal, en algunas legislaciones incluyen hasta la amenaza de los bienes patrimoniales).

b) Que dicho mal o peligro sea injusto, es decir, que la ley no obligue al sacrificio a someterse a dicho mal. (Ejemplo el médico no puede alegar el peligro de contagio en el ejercicio de sus funciones).

c) Imposibilidad de evitar el mal por otro medio que no sea el sacrificio del bien ajeno, ya que si existiera otro modo menos perjudicial el estado de necesidad desaparece.

d) Que el necesitado no haya dado lugar con su conducta intencional a surgimiento del estado de necesidad.

La falta de alguno de estos requisitos provoca exceso en el estado de necesidad, lo que da origen a circunstancia que modifica la culpabilidad.

En el estado de necesidad como causa de justificación, es indudable que ante el conflicto de bienes que no pueden coexistir, el Estado opte por la salvación de uno de ellos; se integra la justificación, porque sólo entonces el atacante obra con derecho, jurídicamente.

Existen varias opiniones, respecto de la fundamentación del estado de necesidad. Para la Escuela Positiva, siguiendo un criterio subjetivo, afirma que el acto ejecutado en estado de necesidad no revela temibilidad en su autor si se

atiende al móvil, que no se manifiesta como antisocial, por lo que debe quedar impune.

Hegel adopta posición distinta y encuentra la fundamentación de esta causa de justificación en el plano objetivo, al decir que el sujeto reafirma con su actuar un derecho superior como lo es el de la propia vida. No permitirle poner a salvo su vida, cuando ésta se encuentra en peligro, es pretender la negación de todos sus derechos.

El Código Penal vigente, en su artículo 29, establece en su fracción V que: *“(Estado de necesidad). Se obre por la necesidad de salvar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, siempre que el peligro no sea evitable por otro medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo ”.*

La ley, dice que el peligro debe ser real, actual o inminente. Real, ya que si se trata de conjeturas imaginarias, es indudable que no puede configurarse la eximente. Como ya explicamos anteriormente inminente es lo que está muy próximo o cercano.

Como se ve el Código permite no sólo la defensa de bienes jurídicos propios sino también la tutela de intereses jurídicos ajenos. A esto se deja abierta la posibilidad, en los casos de que los bienes jurídicos sean de igual valor no se percibe claramente el fundamento de la exención, sin embargo, el texto legal no permite duda alguna, debe estimarse comprendida en la eximente.

Otro requisito que exige el Código es que *no sea ocasionado dolosamente por el sujeto*, de modo que aún cuando la situación de necesidad provenga de un acto imprudente o negligente del agente, y con mayor razón cuando fuere provocada por éste de modo fortuito, podrá éste beneficiar la eximente. Así los actos dolosos o intencionales excluyen la eximente, los meramente culposos o fortuitos no la eliminan. Por ejemplo, el que intencionalmente incendia la casa no podrá invocarla si para salvarse sacrifica una vida ajena, mientras que el que por imprudencia causa el incendio podrá alegar el estado de necesidad.

Por otro lado, también exige que *el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo*, es decir, que necesitado no tenga oficio o cargo, obligación de sacrificarse. Si la ley impusiere al necesitado someterse al mal o peligro, entonces no podrá alegar la existencia de esta eximente. Por ejemplo, el soldado, en peligro que están obligados a sacrificar su vida, no podrá invocar para salvarla esta eximente.

LEGITIMO EJERCICIO DE UN DERECHO Y CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.

Son aquellos casos en que media una prohibición. Son causas de justificación que emergen de cualquier de cualquier parte del orden jurídico.

La ejecución de actos ordenados o permitidos por la ley se considera unánimemente como una causa justificante. El que ejecuta lo que la ley ordena o permite no realiza ningún acto antijurídico, su conducta es completamente lícita y no puede serle imputado delito alguno.

En nuestro Código Penal vigente para el Distrito Federal, establece en su fracción VI del artículo 29, como causa de exclusión: (Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho). La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo.

Dentro de esta hipótesis pueden comprender, como formas específicas, las lesiones y el homicidio cometidos en los deportes o como consecuencia de tratamientos médicos quirúrgicos.

En el caso de los deportes, sólo se puede fundar la justificación en la ausencia de antijuridicidad del acto (salvo situaciones de imprudencia o dolo las cuales están sujetas a pruebas), por el reconocimiento que de estos deportes hace el Estado, en las autorizaciones que concede para su práctica y en el fomento que les otorga por su enseñanza en algunos institutos oficiales. Se trata de una verdadera causa de justificación, porque los deportistas actúan en ejercicio de un derecho concedido por el Estado.

Los tratamientos médicos-quirúrgicos pueden provocar las lesiones y aún homicidio, los cuales se justifican por el reconocimiento que el Estado hace de las actividades médicas y por preponderancia que el mismo Estado, a través de la ley hace respecto de determinados bienes, esto es, que se justifican tales de quien sin poseer el cargo ejerce la autoridad pública en virtud de una autorización legal (detención del autor de un delito en flagrancia), autorizada por la ley procesal para cualquier ciudadano.

Fernando Castellanos, en su Libro Derecho Penal comenta sobre las lesiones inferidas en el ejercicio del derecho de corregir, el cual estuvo reglamentado en el Código Penal anterior, en el artículo 294 en relación con el 289; establece que las lesiones inferidas por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela y en el ejercicio del derecho de corregir, no serán punibles si fueren de las comprendidas en la parte primera del artículo 289 (que tarden en sanar menos de quince días y que no pongan en peligro la vida), y además el autor no abusare de su derecho, corrigiendo con crueldad o con innecesaria frecuencia. Al respecto Fernando Castellanos, menciona que es una verdadera causa de justificación, ya que se actúa en ejercicio de un derecho. Sobre la naturaleza de esta eximente existen diversos criterios; para algunos se trata de una verdadera excusa absolutoria. Pero el autor afirma que constituye una justificante porque la conducta, en el caso, se ajusta a derecho, ya que se encuentra regulado por el Código Civil del Distrito Federal y Territorio Federales en su artículos 422 y 423, impone a quienes ejercen la patria potestad o la tutela, la obligación de educar y corregir a sus hijos o pupilos.

OBEDIENCIA LEGÍTIMA E IMPEDIMENTO LEGÍTIMO.

Para algunos autores también son contemplados la obediencia legítima y el impedimento legítimo como causas de justificación. Como es el caso de Jesús Martínez Garnelo en su Libro La Investigación Ministerial Previa, menciona que la obediencia legítima como justificante, es también una hipótesis. Para ser tomada como excluyente se debe a que en primer lugar existe la obligación de obedecer a una jerarquía y en segundo lugar que el mandato ofrezca apariencia de licitud, por lo que ello dejaría al agente en la creencia de actuar en licitud.

En cuanto el impedimento legítimo, Martínez Garnelo menciona que el extraño activo realiza siempre una conducta omisiva que atiende a un interés preponderante superior, tal es el caso de la negativa a declarar por razones de secreto profesional.

6. Imputabilidad – Causas de inimputabilidad.

La imputabilidad es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mental en el autor, en el momento típico penal, que lo capacitan para responder del mismo, es decir, la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho penal. Max Ernesto Mayer (12), afirma que la imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente. Es decir, realizar actor referidos al Derecho Penal que traiga consigo las consecuencias penales de la infracción.

Será imputable, dice Carrancá y Trujillo en su Libro Derecho Penal Mexicano, que es todo aquél que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana.

Mientras algunos autores separan la imputabilidad de la culpabilidad, Fernando Castellanos estima que la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad; sobre esto hace mención en su Libro Lineamientos Elementales del Derecho Penal, que “ para que un sujeto sea culpable, precisa que antes que sea imputable, porque si en la culpabilidad, intervienen el conocimiento y la voluntad se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades; para que el individuo conozca

12. Max Ernasto Mayer, Derecho Penal.

la licitud de lo que hace y quiera realizarlo, es indispensable que sea capaz de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la

capacidad (intelectual y volitiva), constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad ”. Es por eso que la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el Derecho Penal), considero se le debe considerar como el presupuesto de la culpabilidad y no como elemento del delito.

La imputabilidad tiene dos elementos: intelectual y volitivo. Intelectual, se refiere a la composición del alcance de los actos que uno realiza. Volitivo, el querer y desear un resultado.

Generalmente, la imputabilidad está determinada por un mínimo físico representado por la edad y otro psíquico, consistente en la salud mental. Se trata de dos elementos de tipo psicológico salud y desarrollo mental; por un lado el desarrollo mental se relaciona con la edad, es decir, es imputable aquella persona que tenga desarrollada la mente y que no padezca ninguna anomalía psicológica que los imposibilite para entender y querer.

Es responsable el individuo que a causa de la ejecución de un hecho punible debe responder de él, así que la responsabilidad es el deber jurídico que incumbe al individuo imputable de dar cuanta del hecho realizado y de sufrir sus consecuencias jurídicas. Por tanto, mientras la imputabilidad es una posibilidad, la responsabilidad representa una realidad, todos los que no sean locos, ni sordomudos, ni menores, son imputables, pero sólo son responsables cuando habiendo ejecutado un hecho punible estén obligados a responder por el. Mientras que el estado imputable es anterior a la comisión del hecho, la responsabilidad nace en el momento de su perpetración.

Por lo que se puede definir a la responsabilidad como deber jurídico en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho

realizado. La responsabilidad resulta, una relación entre el sujeto y el Estado, por lo que éste declara que aquél obró culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias que su conducta señala la ley.

Para los libero-arbitristas, para que el individuo sea responsable se requiere que al tiempo de la acción, posea discernimiento y conciencia de sus actos; que goce de la facultad de elección entre los diversos motivos de conducta (libre albedrío). En tales condiciones la responsabilidad penal es consecuencia de la responsabilidad moral.

Mientras que para los deterministas, no existe el libre arbitrio, la conducta está por completo sometida a influencias, resultantes de la herencia psicológica, fisiológica y del medio ambiente. En otras palabras, la responsabilidad ya no es moral sino social. El hombre es responsable por el hecho de vivir en sociedad.

Se habla de imputabilidad disminuida cuando los sujetos que presentan las características de los inimputables no las posea con plenitud, es la capacidad de culpabilidad menguada en el autor, pero sin que haya desaparecido del todo, lo anterior con el fin de que el juez imponga también penas menguadas de acuerdo a las partes generales de la individualización.

Soler, la ubica como la situación en que por insuficiencia de las facultades, alteraciones morbosas de ellas, o perturbación de la conciencia se hallara gravemente disminuida en el momento del hecho la capacidad del agente para comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones (aquí entran los menores de 16 años y mayores de 18 que actúan en estado de omisión violenta).

El momento de la imputabilidad, es el momento en que manifiesta su voluntad en el mundo exterior. Puede ocurrir que el mismo sujeto se haya colocado voluntariamente en la situación de inimputabilidad y estando ya en ella realice la acción típica.

Sobre esto la Suprema Corte de Justicia ha resuelto (13) que aunque se pruebe que el sujeto se hallaba, al realizar la conducta, en un estado de inconsciencia de sus actos, voluntariamente procurado, no se elimina la responsabilidad.

13. Amparo Directo 58/57, J. Félix Vázquez Sánchez.. “ Si en autos no se ha probado que el quejoso hubiera estado 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 que invoca. Como tampoco se ha probado que el estado de embriaguez en que dice haberse encontrado el quejoso, fuera completo, 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 ”.

Causas de Inimputabilidad.

Es la incapacidad del sujeto para entender y querer un resultado en materia penal, o sea para ser culpable, para saber lo que hace y conocerlo como contrario a derecho y dirigir sus acciones de acuerdo con ese conocimiento.

Es quien no posee las facultades necesarias para conocer su hecho en la forma y extensión reguladas por la ley para que su conducta sea presupuesto de punibilidad, por lo que se encuentra en la responsabilidad de dirigir sus actos hacia el actuar ilícito, por no haber tenido la capacidad para conocer o no poder dirigirla ni con conocimiento de lo que hace.

Raúl Zaffaroni, en su Libro Manual de Derecho Penal Parte General, lo ubica como la incapacidad de dirigir las acciones como hipótesis de ausencia de conducta, que es totalmente independiente de la capacidad de conocimiento del carácter de la conducta, de la incapacidad de dirigir las acciones conforme a la comprensión de la antijuridicidad.

Como la imputabilidad es soporte básico de la culpabilidad, sin aquélla no existe ésta y sin culpabilidad no puede configurarse el delito; luego la imputabilidad es indispensable para que la figura se forme. La inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad, las cuales serán todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

Los actos de un alienado, aún cuando sean típicamente antijurídicos, no constituyen delito por falta del elemento subjetivo de culpabilidad; que todo demente se halla por lo mismo, exento de responsabilidad penal; y que solo cabe aplicarle medidas de seguridad y no penas.

En nuestro Código Penal vigente, con evidente ausencia de sistemática, están reunidas todas las causas que eximen de pena, no obstante haber entre ellas eximentes de diversa índole y naturaleza, las causas de inimputabilidad, las de exclusión de la culpabilidad y las de justificación, cada uno de cuyos grupos posee una propia autonomía. Por consiguiente, conforme al artículo 29, fracción VII menciona: “*(inimputabilidad y acción libre en su causa. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retrasado, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación.*

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código”.

Causas de inimputabilidad:

Inmadurez. (Minoría de edad). Fernando Castellanos, en su Libro de Lineamientos Elementales de Derecho Penal, considera dentro de este punto a los menores, ya que menciona que comúnmente se afirma que los menores de 18 años son inimputables (por debajo de esta edad se considera *iuris et de iure*) y por lo mismo, cuando realizan actos típicos del Derecho penal no se configura los delitos respectivos. Lo que ocurre es que la ley fija como límite los 18 años, por considerar que los menores de esa edad constituyen una material dócil susceptible de corrección; dedicándoseles tan sólo medidas correctivas y educadoras, en una palabra, medidas tutelares.

Las medidas para los menores pueden ser: reclusión a domicilio, en escuelas, en hogar honrado, patronato o instituciones similares, en establecimiento médico o de educación técnica o correccional, y otras.

Trastorno mental, debe entenderse toda perturbación pasajera de las facultades psíquicas. El trastorno debe ser de carácter patológico y transitorio, ya que nuestra ley pretende solucionar de manera diversa los actos de enajenados mentales permanentes. Dentro de estas se encuentran:

- Trastorno mental transitorio. Estado de inconsciencia (cuando llega ésta a ser absoluta), anula totalmente la voluntad, desaparece la acción.

Estado de grave perturbación de la conciencia, incapacita al autor para comprender y dirigir las acciones, ejemplo: estados de delirio febril, intoxicaciones etílicas, drogas, etc. En el caso de sugestiones hipnóticas, éstas no alcanzan el grado de anular totalmente la voluntad equiparando a la bis absoluta, ciertas etapas de sueño y algunas consecuencias de trastornos efectivos.

- Disminución de la capacidad mental (insuficiencia de facultades y alteraciones morbosas). Cuando la capacidad mental que el sujeto posee, se encuentra apartada de tal modo que no le permite comprender y dirigir sus acciones.

- Insuficiencia de las facultades, ejemplo: oligofrenias (idiocias, imbecilidad, debilidad mental), aquí también se ubica la sordomudez siempre que haya

repercutido en el desarrollo mental del individuo teniendo como consecuencia aquella disminución.

- Alteraciones morbosas, las causas de desarrollo mental anómalo ya se deba a enfermedades mentales, ejemplo: psicosis; ya prevenga de trastornos mentales de otro orden (neurosis psicopáticas).

- Desarrollo intelectual retardado, padecer el inculpado al cometer la infracción desarrollo intelectual retardado que le impida conocer el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo a esa comprensión. Es un disminución de las facultades de entender cabalmente los fenómenos, de conducirse con un mínimo de inteligencia. Aquí también opera la sordomudez, ésta debe ser congénita y producir un estado de incomprensión. Si éste sabe escribir y leer y tiene desarrollo intelectual, entonces no es inimputable.

7. Culpabilidad – Causas de Inculpabilidad.

Culpabilidad. Elemento subjetivo del delito que comprende el juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley.

Eugenio Raúl Zaffaroni ⁽¹⁴⁾, comenta: “El Derecho Penal no sanciona porque una conducta típica sea contraria al orden jurídico, sino que requiere que, además le sea reprochable a su autor”.

Desde el punto normativo, la culpabilidad es la reprochabilidad de un injusto a un autor la que sólo es posible cuando revela que el autor ha obrado con una disposición que es fundamento de la culpabilidad.

La culpabilidad reviste dos formas: el dolo (intención) y la culpa (negligencia).

Es el juicio que se le hace al autor de una conducta antijurídica, por tanto para que proceda habrá que analizar si dicho sujeto es imputable, ya que éste es un presupuesto de la culpabilidad. Dicha conducta (acción u omisión) de conformidad con el artículo 18 del Código Penal vigente, ya que solamente puede realizarse de manera dolosa o culposa.

14. Teoría del Delito, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1973, pág. 505.

Una conducta será delictuosa no sólo cuando sea típica y antijurídica, sino además culpable. Por otra parte, se considera culpable la conducta, según Cuello

Calón en su Libro Derecho Penal, cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada

“Al llegar a la culpabilidad – dice Jiménez de Azúa -, es donde el intérprete ha de exterminar la finura de sus armas para que quede lo más ceñido posible, en el proceso de subsunción, el juicio de reproche por el acto concreto que el sujeto perpetró” (15).

Porte Pettit, en su Libro Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, asegura que la culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto como resultado de su acto. La anterior posición es válida para la culpabilidad a título doloso, pero no comprende los delitos culposos o no intencionales, ya que en estos por su naturaleza no es posible que exista el querer del resultado.

Para Villalobos, “la culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacida del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa” (16).

15. Jiménez de Azúa. La Ley y el Delito, Caracas 1945.

16. Noción Jurídica del Delito, pág. 118.

Atendiendo a la naturaleza jurídica de la culpabilidad, existen dos doctrinas:

a) Teoría Psicologista o Psicológica de la Culpabilidad. Para esta doctrina la culpabilidad esta basada en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad, ya supuesta; la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual-volitivo que se desarrolla en el autor.

A lo que Porte Petit menciona “Lo cierto es que la culpabilidad con base psicológica, consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado; lo que quiere decir, que contiene dos elementos: uno volitivo, o como lo llama Jiménez de Azúa, emocional; y por otro intelectual. El primero indica la suma de dos quererres: de la conducta y del resultado; y el segundo, el intelectual, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta” (17).

En otras palabras, en esta doctrina la culpabilidad es considerada como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho punible, y como tal, supone el análisis del psiquismo del autor, con el objeto de investigar concretamente cuál ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al resultado objetivamente delictuoso.

17. Porte Petit, Importancia de la Dogmática Jurídica Penal, pág. 49.

b) Teoría normativa o normativista de la culpabilidad. Para esta doctrina, el ser de la culpabilidad es un juicio de reproche; para que una conducta sea culpable, precisa que un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le pueda exigir el

orden normativo otra conducta diversa a la realizada. Así la culpabilidad surge de la ponderación de dos términos : por una vertiente, una situación real, una conducta dolosa o culposa que el autor pudo haber evitado; y por la otra parte, un elemento normativo que le exigía una conducta conforme al derecho; es decir, el deber ser jurídico.

Para el psicologismo, la culpabilidad radica en el hecho psicológico causal del resultado; para el normativismo, es el juicio de reproche a una motivación del sujeto.

La culpabilidad reviste dos formas: dolo y culpa, según que el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o que cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia.

Por otro lado existen delitos en el que pueden incurrir o mezclarse las dos formas de culpabilidad, hablando de la preterintencionalidad, la cual no es considerada como un tercer elemento de la culpabilidad, ya que si se puede decir que más que delitos preterintencionales, se trata de delitos con resultado preterintencional, porque su efecto sobrepasa el límite que el autor se proponía.

DOLO. Se define como el actuar consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

Para Eugenio Cuello Calón, en su Libro Derecho Penal, el dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso.

Luis Jiménez de Asúa, en el Libro La Ley y el Delito, lo define como la producción de un resultado antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias del hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.

El dolo contiene dos elementos: un elemento ético o intelectual y otro volitivo o psicológico. El elemento ético o intelectual, está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber, es decir, para actuar dolosamente, el sujeto debe saber que es lo que hace y los elementos que caracterizan su acción, como acción típica; por otro lado, el elemento volitivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto; en la volición del hecho típico, en otras palabras para actuar dolosamente no basta con el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es necesario, además querer realizarlos. Este querer no se confunde con los deseos o con los móviles del sujeto.

Dentro de las conductas dolosas se clasifican en:

- Dolo directo. Es aquél en que el sujeto se representa el resultado y lo quiere. Hay voluntariedad de la conducta y querer el resultado. Cuello Calón en su Libro Derecho Penal, dice que el dolo directo se da cuando el resultado corresponde a la intención del agente. En el Artículo 18 es su párrafo segundo del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, nos define lo que es el dolo al manifestar “*Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico... quiere... su realización*”. Es decir aquí el sujeto conoce los elementos objetivos del delito, elemento cognoscitivo del dolo y quiere su realización, elemento volitivo del dolo.

- Dolo eventual. Existe cuando el agente se representa como posible un resultado delictuoso, y no obstante tal representación, no enuncia 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. Villalobos en el Libro Noción Jurídica del Delito, define al dolo eventual, cuando el agente se propone en evento determinado previendo, la posibilidad de otros daños mayores, a pesar de lo cual no retrocede en su propósito inicial.

Esta clase de dolo se caracteriza por la eventualidad o incertidumbre que hay respecto a la producción de los resultados previstos, pero no queridos directamente, como ejemplo, el hecho consistente en mutilar a los niños para deformarlos a fin de que tengan éxito en la mendicidad. En el artículo 18 del nuevo Código Penal, nos define lo que es el dolo eventual, en su párrafo segundo al manifestar: “*Obra dolosamente el que... previendo como posible el resultado típico... acepta su realización*”. Es decir aquí el sujeto conoce los elementos del hecho típico,

elemento cognoscitivo del dolo y prevé como posible el resultado típico descrito por la ley, y no obstante haber previsto ese resultado acepta la realización del hecho típico, elemento volitivo del dolo.

CULPA. Existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.

Edmundo Mezger dice ⁽¹⁸⁾, “que actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever”.

Luis Carlos Pérez ⁽¹⁹⁾, comenta: “Generalmente considerada, la culpa representa la otra forma de actividad síquica en personas normales, en la cual, a diferencia del dolo, el agente ocasiona un daño o de peligro no querido por él, que es efecto únicamente de su imprevisión, negligencia, impericia, o de una simple violación de reglamento; pero en esencia, la culpa es imprevisión de las consecuencias previsibles”.

Dentro de los elementos de la culpa, tenemos como primer elemento a la conducta humana por ser necesaria para la existencia del delito, es decir, un actuar voluntario (positivo o negativo); por otro lado el segundo elemento es la conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado; y como tercer elemento que los resultados del acto sean previsibles y evitables así como

18. Edmundo Mezger. Tratado de Derecho Penal.

19. Tratado de Derecho Penal. Editorial Temis Bogotá, 1967, T.I, pág. 558.

que se encuentren tipificados penalmente; por último el cuarto elemento precisa una relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado que no se quiso.

La culpa suele dividirse en consciente e inconsciente. La culpa consciente existe cuando el agente se representa como posible que de su acto se originen consecuencias perjudiciales, pero no los toma en cuenta confiando en que no se producirán. La culpa es inconsciente cuando falta en el agente la representación de las posibles consecuencias de su conducta. La culpa consciente marca la frontera con el dolo eventual.

En cuanto a la intensidad de la culpa Cuello Calón (20) destaca tres grados: “culpa lata, levis y levísima, graduación que proviene del derecho romano. Es lata la culpa cuando el evento dañoso hubiera podido preverse por todos los hombres; levis cuando su previsión sólo fuere dable a los hombres diligentes, y levísima cuando el resultado hubiera podido preverse únicamente mediante el empleo de una diligencia extraordinaria y no común. Algunos consideran que esta última no es punible”.

Causas de Inculpabilidad. La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad, esta definición es tautológica. El penalista Jiménez de Azua, consecuente con su concepción normativista de la culpabilidad, sostiene (21), “que la inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto en el juicio del reproche”.

20. Cuello Calón. Derecho Penal. 9ª. Edición. Edit. Porrúa. Pág. 397.

21. La Ley y el Delito pág. 480, Caracas, 1945.

La inculpabilidad opera siempre que se hallan ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad. Pero al hablar de la inculpabilidad en particular, o de las causas que excluyen la culpabilidad, se hace referencia a una supuesta conducta típica y antijurídica de un sujeto imputable.

El problema de la inculpabilidad escribe Fernández Doblado (22) “representa el examen último del aspecto negativo del delito. Así solamente puede obrar a favor de la conducta de un sujeto una causa de inculpabilidad, cuando previamente no medió en lo externo una de justificación, ni en lo interno una de inimputabilidad”.

En México, los Profesores Porte Petit, Pavón Vasconcelos y Alba Muñoz, entre otros, sostienen que llenan el campo de las inculpabilidades el error y la no exigibilidad de otra conducta.

- El error y la ignorancia. El error es un vicio psicológico que consiste en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad. Tanto el error como la ignorancia pueden constituir causas de inculpabilidad, si producen en el autor desconocimiento o un conocimiento equivocado sobre la antijuricidad de su conducta, porque obrar en tales condiciones revela falta de malicia de oposición subjetiva con el Derecho. Mientras en el error se tiene una falsa apreciación de la realidad, en la ignorancia hay ausencia de conocimiento; en el error se conoce, pero se conoce mal; la ignorancia es una laguna de nuestro entendimiento, porque nada se conoce, ni erróneamente ni certeramente.

22. Culpabilidad y Error, pág 49, México 1950.

El error se divide en error de hecho y de Derecho. El hecho se clasifica en esencial y accidental; el accidental abarca la aberratio ictus, la aberratio in persona y la aberratio delicti.

El error de Derecho no produce efectos de eximente, porque el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación. La ignorancia de las leyes a nadie aprovecha.

El error esencial de hecho para que tenga efectos eximentes afirma Porte Petit (23) “debe ser invencible; de lo contrario deja subsistente la culpa.” Error esencial, nos dice Vannini, es el que, recayendo sobre un extremo esencial del delito, impide al agente conocer, advertir la relación del hecho que él realiza con el hecho formulado en forma abstracta en el precepto penal.

En concreto, en el error esencial el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, es decir que hay desconocimiento de la antijuridicidad de su conducta y por ello constituye el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo.

-Error Accidental. El error es accidental si no recae sobre circunstancias esenciales del hecho, sino secundarias.

El error en el golpe (*aberratio ictus*), se da cuando el resultado no es precisamente el querido, pero a él equivalente, como por ejemplo Carlos dispara en contra de Arturo a quien no confunde, pero por error en la puntería mata a Roberto. La *aberratio in persona* se da cuando el error versa sobre la persona objeto del delito, como ejemplo Alejandro queriendo disparar sobre Raúl, confunde a éste por las circunstancias de la noche y priva de la vida a Humberto, a quien no se proponía matar. La *aberratio in delicti* existe si se ocasiona un suceso diferente al deseado.

- Obediencia Jerárquica. En ella cabe distinguir diversas situaciones:

Primera. Si el inferior tiene poder de inspección sobre la orden superior y conoce la licitud del mandato, su actuación será delictuosa.

Segunda. Si el inferior posee el poder de inspección, pero desconoce la licitud del mandato y ese desconocimiento es esencial e insuperable, invencible se configurará una inculpabilidad a virtud de un error esencial de hecho.

Tercero. Si el inferior, conociendo la licitud del mandato y pudiendo rehusarse a obedecerlo, no lo hace ante la amenaza de sufrir graves consecuencias, se integrará una inculpabilidad en vista de la coacción sobre el elemento volitivo o emocional.

Cuarto. Cuando el subordinado carece del poder de inspección y legalmente tiene el deber de obedecer, sugeriría la única hipótesis de la obediencia jerárquica constitutiva de una verdadera causa de justificación y no de una no exigibilidad de otra conducta.

- Las Eximentes Putativas. Se entienden como aquellas situaciones en las que el agente, por error esencial de hecho insuperable, cree fundadamente, al realizar un hecho típico del Derecho Penal, amparado por una justificante.

También se admiten eximentes supra-legales (excepto las que excluyen la antijuricidad); en consecuencia, existen causas de inculpabilidad aún cuando no estén expresamente reglamentadas en la ley, con tal que se desprendan dogmáticamente, esto es, que puedan extraerse del Ordenamiento positivo. Es decir, si el sujeto realiza una conducta típica desconoce la significación de su acto y ese desconocimiento es a virtud de un error esencial e insuperable, o poseyendo esa conciencia ejerce una conducta o hecho con voluntad coaccionada, estará ausente la culpabilidad y por ende un elemento esencial del delito. En este caso se hallan las eximentes putativas ya que a pesar de que nuestra ley no las reglamenta de modo específico, es posible desprenderlas de los preceptos de la legislación represiva.

- Legítima Defensa Putativa. También llamada Legítima defensa putativa o imaginaria, por que su esencia radica en la creencia, por parte del sujeto de que su actitud es legítima mediante la que repele, conforme a la permisión legal, una injusta agresión. Existe legítima defensa putativa si el sujeto cree por un error esencial de hecho, fundadamente, que se encuentra ante una situación que es necesario repeler mediante la defensa legítima, sin que en la realidad exista una injusta agresión. Para Jiménez de Asúa (24), la defensa putativa se da cuando “el sujeto reacciona en la creencia de que existe un ataque injusto y en realidad se halla ante un simulacro”.

24. La Ley y el Delito, pág. 507, Caracas, 1945.

En la legítima defensa putativa la culpabilidad está ausente porque falta el elemento moral del delito, en función del error esencial de hecho. La conducta de agente es antijurídica porque, por hipótesis, no existe la causa real motivadora de una justificación, que en el caso sería la agresión actual violenta, injusta; en tales condiciones no puede quedar legitimada por ser objetivamente contraria a Derecho; pero no es culpable por ausencia de la rebeldía subjetiva con el Ordenamiento Jurídico.

- Legítima Defensa Putativa Recíproca. Técnicamente no hay inconveniente para admitir la legítima defensa recíproca, aún cuando es excepcional que dos personas al mismo tiempo y por error esencial, se crean fundadamente víctimas de una injusta agresión. En este caso la inculpabilidad operaría para las dos partes, por hallarse ambos sujetos ante un error de hecho, invencible, con la convicción de obrar, respectivamente, en legítima defensa, sin que en la realidad existan las agresiones simultáneas.

- Legítima Defensa Real contra la Putativa. Si el sujeto que erróneamente cree obrar en legítima defensa, con el propósito de repeler la imaginaria agresión, acomete efectivamente contra el que considera su injusto atacante, éste puede, a su vez, reaccionar contra la acometida cierta, la cual, si bien inculpable, es evidentemente antijurídica; por eso en su contra puede oponerse la legítima defensa real, atento el carácter objetivo de las causas de justificación. A uno de los protagonistas le beneficiaría una causa de inculpabilidad y al otro una justificante.

- Delito putativo. Es la contrapartida de la defensa putativa ya que en él se cree obrar antijurídicamente, en tanto que en la defensa imaginaria se supone actuar jurídicamente.

- Estado de Necesidad Putativo. Al igual que en todos los casos de inculpabilidad por error esencial de hecho, éste debe ser invencible y fundado en razones suficientes. Precisa además la comprobación de que, si hubiera existido tiempo y manera de salir del error, el agente lo hubiera intentado. La base para la solución de los problemas que pueden plantearse, debe darla el análisis de la culpabilidad para poder precisar si el error puede ser capaz de eliminar el elemento intelectual, por falta de conocimiento del agente sobre la antijuridicidad de su conducta.

- Deber y Derecho Legales Putativos. Puede pensarse en la posibilidad de que una conducta sea contraria al orden jurídico y sin embargo su autor suponga, por error, pero fundamentalmente que actúa en el ejercicio de un derecho que no existe, o en el cumplimiento de un deber que en el caso no concurre. Si el error reúne las condiciones ya antes señaladas, no habrá delito por ausencia de culpabilidad. Tal sería el caso del funcionario o policía que ignorando que ha sido cesado, considere cumplir con su deber al realizar los actos correspondientes a una autoridad que ya no tiene.

- La no Exigibilidad de otra Conducta. Se afirma en la moderna doctrina que la no exigibilidad de otra conducta es una causa eliminadora de la culpabilidad, juntamente con el error esencial de hecho. A lo que opina Ignacio Villalobos (25) “La no exigibilidad de otra conducta debemos considerarla como un grado de inclinación al hecho prohibido, en que no se pierde la conciencia ni la capacidad de determinación, por tanto sólo atañe a la equidad o a la conveniencia política y puede motivar un perdón o una excusa, pero no una desintegración del delito por eliminación de alguno de sus elementos”.

Por otra parte Fernando Castellanos ⁽²⁶⁾ menciona que “la culpabilidad desaparece cuando se anule alguno de sus dos elementos o que ambos estén ausentes, de lo que se infiere que las causas de inculpabilidad serían aquellas capaces de efectuar el conocimiento o el elemento volitivo; en consecuencia, las inculpabilidades están constituidas por el error esencial de hecho y la coacción sobre la voluntad”. Hecha la aclaración de que la no exigibilidad de otra conducta representa, para unos, una causa de inculpabilidad y para otros la motivación de una excusa que dejando subsistente el carácter delictivo del acto excluye la pena, a continuación mencionaremos algunas formas específicas de esa no exigibilidad:

Temor Fundado. Puede considerarse esta excluyente como una causa de inculpabilidad por coacción sobre la voluntad, siempre y cuando no la anule en el sujeto, sino que le conserve las facultades del juicio y decisión, de tal manera que pueda determinarse en presencia de una seria amenaza.

Encubrimiento de Parientes y Allegados. Se advierten dos tendencias sobre esta eximente: la que considera que es una causa de inculpabilidad y la que ve en ella una excusa absolutoria. Ambas, sin embargo, sostienen que se trata de una no exigibilidad de otra conducta; pero la no exigibilidad anula para unos la culpabilidad, mientras para otros, la punibilidad.

Estado de Necesidad tratándose de Bienes de la misma Entidad. Es la conducta del que sacrifica un bien para salvar otro del mismo rango, es delictuosa, pero debe operar en su favor un perdón o una excusa, puesto que el Poder Público no puede exigirle otro modo de obrar.

26. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág 273.

8. Punibilidad – Excusas Absolutorias.

La punibilidad es uno de los caracteres mas destacados del delito. Como ya se menciono para que una acción constituya un delito, además de los requisitos de antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad, debe reunir el de su punibilidad, siendo éste de todos ellos, el de mayor relieve penal. Una acción puede ser antijurídica y culpable, y sin embargo, no es delictuosa, podrá constituir una infracción de carácter civil o administrativo, más para que constituya un hecho delictuoso, un delito es preciso que su ejecución se halle conminada por la ley con una pena que sea punible. Por tanto realmente la punibilidad no es más que un elemento del tipo delictivo.

Generalmente, para que un hecho sea constitutivo de delito basta que sea antijurídico, típico e imputable a intención o negligencia.

Esto es lo normal, sin embargo, en ciertos casos, la ley no se conforma con la concurrencia de estos elementos básicos de punibilidad, sino que exige además, como requisito para que el hecho en cuestión sea punible, la concurrencia de determinadas circunstancias ajenas o exteriores al delito, e independientes de la voluntad del agente. Éstas son las denominadas condiciones objetivas de punibilidad.

En nuestro derecho son poco frecuentes los casos en los que la punibilidad de un hecho dependa de la concurrencia de condiciones de esta clase, como por ejemplo se halla fuera de Código Penal tratándose de delitos cometidos en el extranjero por un español contra un extranjero, cuando aquél haya de ser juzgado

en España, en cuyo caso se exige por la Ley Orgánica del Poder Judicial que el hecho en cuestión sea delito en el país donde se perpetró, aquí la condición de punibilidad es la inculpación del hecho por la ley extranjera.

En estos casos, cuya punibilidad está condicionada por la concurrencia de alguna circunstancia, deben tenerse en cuenta las condiciones siguientes:

A) La culpabilidad del agente (intención o negligencia) se refiere exclusivamente al hecho en cuestión, no a las condiciones objetivas de punibilidad.

B) El hecho no es punible mientras no se realice la condición de punibilidad.

Excusas Absolutorias.

En función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena; constituyen el aspecto negativo de la punibilidad. Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o de equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito (conducta, antijuridicidad y culpabilidad), permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición.

Las llamadas Excusas Absolutorias mediante su concurrencia hechos definidos por la ley como delitos quedan impunes. Se diferencian de las causas de justificación en que el acto ejecutado es antijurídico, ilícito y de las causas de inimputabilidad en que el agente es imputable, y sin embargo, no obstante ser el

hecho culpable y antijurídico, no se castiga. La excusa absolutoria es, en realidad un perdón legal.

Una de las excusas absolutorias hállase en los preceptos comunes a la rebelión y a la sedición. Se dispone que los rebeldes y sediciosos se disolvieran antes de ser intimidados a ello o a consecuencia de las intimidaciones realizada, quedarán exentos de toda pena.

También se ha considerado como excusa absolutoria exentos de las penas impuestas a los encubridores los que sean de sus cónyuges, ascendentes, descendentes, hermanos legítimos, naturales o adoptivos o afines en los mismos grados. Para otros autores, en este caso no concurren las características de la excusa absolutoria, pues aquí se trata de una causa de exclusión de la culpabilidad determinada por el influjo avasallador que sobre la conducta tienen los lazos de la sangre.

2.9. Elementos Positivos del delito de abuso de autoridad, previsto en el artículo 262, Fracción segunda del Código Penal para el Distrito Federal.

CONCEPTO

Gramaticalmente, abusar significa usar mal, injusta, impropia o indebidamente una cosa. Asimismo, autoridad es la potestad, facultad; el poder que tiene una persona sobre otra que le está subordinada; aquella persona revestida de algún poder, mandato o magistratura; o el crédito que por su mérito se le da a una persona.

El Maestro Díaz de León, en el Código Penal Federal con Comentarios lo define como “aquel delito que comete el servidor público que actúa extralimitado se actividad a la competencia que tiene asignada por la ley, o bien que incumple con lo previsto con sus deberes o atribuciones que tenga establecida también por la ley”.

La Enciclopedia Ameba lo define como: “Mal uso que hace un magistrado u otro funcionario público de su autoridad o facultades”.

NATURALEZA JURIDICA

La naturaleza jurídica del delito de abuso de autoridad, consiste primeramente, en que el hecho delictivo debe ser cometido por una persona con la calidad de servidor público.

A lo que el Poder Judicial de la Federación asevera:

ABUSO DE AUTORIDAD, DELITO DE. La comisión del delito de abuso de autoridad se comprobó si consta en autos que al ocurrir los hechos el acusado vestía el uniforme propio de su cargo de policía, y dentro de sus funciones ejerció violencia sobre el ofendido, sin existir prueba alguna para legitimar ese comportamiento. (Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época. Volumen LXI. Página 9).

Precedentes: Amparo Directo 2510/60. Salvador Guzmán Guzmán. 9 de Julio de 1962. Unanimidad de 4 votos. Ponente Juan José González Bustamante.

CLASIFICACIÓN DEL DELITO

A) *En función de su Gravedad.* El abuso de autoridad, considerado desde el punto de vista de la clasificación bipartita, es un delito, porque es sancionado por la autoridad jurisdiccional y no la administrativa, como es el caso de las faltas.

B) *En Orden a la Conducta del Agente.*

Es un ilícito de acción, porque para su perpetración se requiere de movimientos, de actitud, ya sea material o corporal; por medio de la cual se llega a la conclusión típica del hecho.

C) *Por el Resultado.*

Es un ilícito de efectuación material, ya que contrariamente a los delitos formales, se requiere de la efectuación de algún resultado, en este caso será la no aplicación de una ley, decreto o reglamento.

D) *Por el Daño que Causan.*

Es de lesión porque se causa un menoscabo al bien jurídicamente tutelado.

E) *Por su Duración.*

Es instantáneo, porque para cometerse, se necesita de la realización de una sola conducta, a través de la cual se configura el tipo penal.

F) *Por el Elemento Interno.*

Es doloso, porque se requiere de la plena voluntad del sujeto activo en la ejecución del hecho criminoso.

G) *En Función a su Estructura.*

Es simple, porque se construye sobre un bien jurídicamente tutelado.

H) *En Función al Número de Actos.*

Es unisubsistente, en cuanto a la necesidad de uno solo acto para su tipificación; no se puede fraccionar en varios hechos, el agente lleva a cabo su propósito ilícito con la ejecución de un solo movimiento.

I) *Por su Forma de Persecución.*

Es perseguible de oficio, porque el Ministerio Público tiene la obligación de perseguirlos, aún en contra de la voluntad del ofendido, sin que opere el perdón de la víctima.

J) *En Relación al Número de Sujetos.*

Será unisubjetivo el abuso de autoridad, ya que para su realización basta con la participación de un único sujeto para la configuración del tipo penal.

K) *En Función de su Materia.*

1. Federal. El abuso de autoridad, será federal cuando el agente sea de esta jurisdicción; es decir, cuando lo ejecute un autoridad de fuero federal, le corresponderá ser sancionado de acuerdo a las normas de esta misma jurisdicción.

2. Común. También tendrá relevancia en cuanto a la materia de fuero común cuando el agente del delito sea de esta clase, donde se aplicará el Código Penal del Estado correspondiente, o del Distrito Federal.

IMPUTABILIDAD E IMPUTABILIDAD

A) Imputabilidad

La imputabilidad, es el presupuesto del delito; ésta se concibe como la capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal.

B) Acciones libres en su causa.

Las acciones libres en su causa se dan cuando el agente en el momento de ejecutar el delito, se encuentra en un estado de inimputabilidad, el cual ha sido previsto y deseado, por él mismo, para llegar al resultado presentado.

C) Inimputabilidad.

Es el aspecto negativo de la imputabilidad, la conocemos como la falta de capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal.

Por lo tanto en el delito en cuestión, podemos destacar:

a) Trastorno Mental Transitorio.

Este se presenta cuando el sujeto, por un determinado tiempo sufre una distorsión mental, que lo lleve a actuar sin voluntad

b) Medio Grave.

El medio grave es aquella circunstancia subjetiva, por medio del cual el sujeto actúa de manera distinta a su cotidiano actuar, produciendo un resultado típico.

LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA

a) Clasificación.

Es de acción el delito de abuso de autoridad, ya que el agente despliega una conducta consistente en actos materiales o corporales, en virtud de los cuales impide la ejecución de una ley, decreto o reglamento, el cobro de un impuesto o el cumplimiento de una resolución judicial, pidiendo el auxilio a la fuerza pública o la emplee con ese objeto.

El Jurista Fontán Balestra observa lo siguiente: “El abuso puede también materializarse a través de una omisión, consistente en no ejecutar las leyes cuyo cumplimiento incumbiere al funcionario. Aparece aquí expresamente señalada la relación funcional del acto de ejecutar las leyes”²⁷.

27. FONTAN BALESTRA CARLOS, Tratado de Derecho Penal. Parte Especial, Tomo VII, 2ª. ed; Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires Argentina,1983,p 264.

b) Sujetos

1. Sujeto Activo. El sujeto activo es quien comete el delito, será la seguridad pública.

2. Sujeto Pasivo. Es la administración pública, el estado propiamente o en su defecto la persona física afectada.

3. Ofendido. Podemos considerar como ofendidos, a la colectividad.

C) Objetos del Delito

1. Objeto Jurídico. Es el bien jurídicamente tutelado, éste será la seguridad pública.

Algunos autores como Díaz de León, opinan que el objeto jurídico es la correcta administración del servicio y de función pública.

2. Objeto material. Es la persona o cosa que recibe directamente la acción de abuso de autoridad. Es el caso de abuso de autoridad el objeto material es la Ley, decreto o reglamento, el impuesto o el cumplimiento de una resolución judicial.

AUSENCIA DE CONDUCTA

Como ya lo reitere anteriormente, la ausencia de conducta es el aspecto negativo de la conducta es el aspecto negativo de la conducta, cuyo concepto es el de la ausencia del comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminando de una resolución judicial.

a) Fuerza mayor.

En el abuso de autoridad se puede dar la situación que por una fuerza proveniente de la naturaleza, impida que el individuo actúe por su propia voluntad, ésta también se denomina Vis Maior.

b) Hipnotismo.

Bajo hipnotismo algún sujeto puede llegar a cometer un abuso de autoridad. Como debemos recordar el hipnotismo es la colocación de un sujeto en un estado de letargo, quedando su voluntad sujeta al albedrío de quien lo ha colocado en este estado. El agente actúa sin conciencia ni voluntad, por lo cuál debe de considerarse la existencia de una ausencia de conducta.

TIPICIDAD Y ATIPICIDAD

La tipicidad, es la adecuación de la conducta al tipo penal. De no existir esta adecuación, no habrá configuración del delito.

El Poder Judicial de la Federación, señala:

ABUSO DE AUTORIDAD, DELITO DE, Se tipifica el abuso de autoridad, por el uso injusto, impropio o indebido de las facultades y atribuciones que constituyen el poder público, a través de sus agentes inmediatos o subalternos. (Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Seminario Judicial de la Federación. 5ª Época. Tomo XCVIII. Página 1152).

PRECEDENTES: Conde Cadena Manuel, Pág. 1152. Tomo XCVIII. 11 de Noviembre de 1948. Cinco Votos.

a) Clasificación del Tipo Penal:

1. Por su Composición. El abuso de autoridad es un tipo normal porque se encuentra colmado con elementos exclusivamente objetivos y la ausencia de subjetivos.

2. Por su ordenación metodológica. Será fundamental debido a que la conducta ilícita se encuentra basada sobre un bien jurídicamente tutelado y por lo tanto posee independencia.

3. Por su autonomía. Es autónomo el tipo en estudio, pues para su configuración no se necesita la presentación de algún otro tipo penal.

4. Por su formulación. Es amplio, en virtud de que en su descripción se plasma una sola hipótesis de ejecución, en donde caben todos los demás modos de realización.

5. Por el daño que causa. Es un delito de lesión, porque de perpetrarse se ocasiona un menoscabo en el bien jurídicamente tutelado por la norma.

ATIPICIDAD.

Este es el aspecto negativo de la atipicidad y se concibe como la falta de adecuación de la conducta al tipo penal.

Ausencia de calidad exigida por la ley en cuanto al sujeto activo.- Cuando el agente de la conducta ilícita no sea funcionario público, será atípica la figura del abuso de autoridad.

El Poder Judicial de la Federación, nos indica:

ABUSO DE AUTORIDAD. CUANDO NO SE CONFIGURA EL DELITO ES. No puede tenerse por comprobado el cuerpo del delito de abuso de autoridad si no se demuestra plenamente que al realizarse los hechos en el acusado concurriera la calidad específica requerida por el tipo para el sujeto activo, consistente en ser servidor público. En efecto, aún cuando en sus declaraciones el acusado se atribuya el carácter de “Encargado de la Plaza de Investigaciones Políticas y Sociales”, su solo dicho no basta para tener por acreditada su calidad, si no se exhibe algún otro elemento de convicción apto para corroborar su aseveración, siendo insuficiente para ello que su coacusado se refiere a él como “el Comandante”, ya que dada la imprecisión del dato, el mismo no puede servir de base para realizar el análisis correspondiente de los diversos elementos típicos del delito de abuso de autoridad

imputado. (Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Seminario Judicial de la Federación. 7^a. Época. Volumen 217-228. Pág. 9).

PRECEDENTES: Amparo Directo 7774/86. Eduardo Antonio D'elia Ramos (Relacionado con el Amparo Directo 5076/86). 3 de Septiembre de 1987.5 votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos.

ABUSO DE AUTORIDAD DELITO DE, NO CONFIGURADO. (LEGISLACIÓN MILITAR). El Artículo 293 del Código castrense, dice: “comete el delito de abuso de autoridad el militar que trata a un inferior de un modo contrario a las prescripciones legales...”, y agrega: “este delito puede cometerse dentro y fuera del servicio”. Ahora bien, esta última parte debe entenderse así cuando por las circunstancias subsista todavía la jerarquía entre superior e inferior, pero cuando esta situación desaparece, ya puede cometerse el delito, pues no es posible pensar en jerarquía superior e inferior, como ocurre en un caso en que el inculcado y el ofendido participen en un juego de fútbol. Por otra parte, las actividades consistentes en jugar al balompié no se encuentran clasificadas en el reglamento para el servicio interior de los cuerpos de la tropa (Artículo 38), puesto que no se trata de un servicio de armas, económicos o especiales, lo que significa que no se puede cumplir el objeto de cuidar la disciplina, el orden y la seguridad; coordinar los diversos actos que se desarrollen en el seno de la corporación, ni establecer el enlace entre el comandante y las unidades orgánicas que constituyen el cuerpo y con los comandantes subalternos, según lo establece el Artículo 36 del cuerpo legal en cita. En tales condiciones, debe considerarse que los hechos se sucedieron entre miembros del ejército que prácticamente se encontraban Francis y en tal virtud no se estaba en condiciones de ejercer autoridad el inculcado sobre el ofendido, por lo que no se surten los elementos materiales del delito.

(Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 7ª. Época. Volumen 87. Página 13.)

PRECEDENTES: Amparo Directo 4638/75 José Aarón Guillermo Rosillo Bernal. 8 de Marzo de 1976 Unanimidad de 4 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

ANTI JURIDICIDAD

La antijuridicidad se encuentra presente en el delito que estamos analizando, porque la conducta desplegada en el mismo es contraria a derecho.

a) Causas de Justificación.

Estado de Necesidad.- Este se presenta en el abuso de autoridad, cuando ante un peligro presente, el cual amenaza con dañar a dos bienes jurídicamente tutelados, el agente decide sacrificar el de menor valía, para salvaguardar al de mayor valía, por ejemplo: cuando el servidor público impide la ejecución de una ley, decreto o reglamento, el cobro de un impuesto o el cumplimiento de una resolución judicial, en virtud del cual se protege el bien jurídicamente tutelado de mayor envergadura, como puede ser la vida de un grupo de personas.

CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD

Culpabilidad. Es el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto.

Dolo.- El abuso de autoridad es de naturaleza eminentemente dolosa, debido a que el agente al usar indebidamente la fuerza pública o impedir la ejecución de una ley, decreto o reglamento, debe desear el resultado típico conscientemente.

El Poder Judicial de la Nación nos indica:

ABUSO DE AUTORIDAD. SU CONFIGURACION REQUIERE DE LA COMPROBACIÓN PLENA DE UN DOLO ESPECÍFICO. La integración del delito de abuso de autoridad, exige la demostración plena de un dolo específico en la actuación del servidor público que en razón de sus funciones y extendiéndose en su ejercicio realice dolosamente un hecho arbitrario o indebido, sin que en el evento, tenga la aplicación la presunción juris tantum de dolo, de modo tal, que corresponde al agente del Ministerio público demostrar la intención del agente, de excederse en sus funciones para realizar un hecho arbitrario o indebido, y al juzgador analizar si se actualiza o no tal dolo. (Tercer Tribunal colegiado del Segundo Circuito. Semanario Judicial de la Federación. 8ª. Época. Tomo XI. Marzo. Tesis II. 3º. 200 P. Pág. 195).

PRECEDENTES: Amparo en revisión 149/92. Juan Zermeño Jiménez. 6 de Noviembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo. Secretaría: María Concepción Alonso Flores.

a) Inculpabilidad

Es el aspecto negativo de la culpabilidad; definiéndose como la falta del nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto.

El error.

En nuestro derecho penal mexicano, únicamente se considera como causa de inculpabilidad al error invencible, humanamente imprevisible.

Eximentes putativas

Se distinguen como aquellas circunstancias que impiden al agente del abuso de autoridad, conocer la realidad, por causas ajenas a su voluntad, al atentar contra el factor intelectual del sujeto que cree haber actuado bajo la protección de una causa de justificación. Es decir, el agente piensa estar actuando bajo la protección de una causa de justificación cuando en realidad no sucede así.

Condiciones Objetivas de Punibilidad y su Ausencia

PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS

A) Punibilidad

La punibilidad se encuentra en el Artículo 262 fracción II del Código Penal para el Distrito Federal, señalando como pena de uno a seis años de prisión y de cien a quinientos días multa.

El Poder Judicial de la Federación, argumenta:

ABUSO DE AUTORIDAD. Se justifica la formal prisión de quienes con el carácter de agentes del Departamento de Investigaciones no prestaron el auxilio solicitado por los ofendidos, agredidos por personas en grupo, para procurar su identificación y castigo, pretextando no tener órdenes al respecto y no encontrarse claramente establecida la intervención de los señalados como agresores, y más aún cuando estos no se retiraban del lugar en que ocurrieron los hechos. (Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito. Semanario Judicial de la Federación. 7ª. Época. Volumen 103-108. Pág. 18)

PRECEDENTES: Amparo en revisión 137/77. Rafael Antonio Núñez y coagraviados. 30 de septiembre de 1977. Unanimidad de votos. Ponente: Federico Taboada Andraca.

B) Excusas absolutorias

No se presentan.

VIDA DEL DELITO

A) Fase interna.

La fase interna del abuso de autoridad se desarrolla en la mente del sujeto activo y por lo mismo no es sancionada por las leyes penales. Primeramente el agente concibe la idea de ejecutar el abuso de autoridad, la delibera, y finalmente decide consumarla.

B) Fase externa

En esta etapa el sujeto activo exterioriza su idea de delinquir, a otras persona, prepara todos los actos necesarios para lograr el propicio término del delito y por último lo consuma.

C) Ejecución

Consumación.- La consumación se presentará en el momento en que el servidor público impide la ejecución de una ley, decreto o reglamento, el cobro de un impuesto o el cumplimiento de una resolución, pide auxilio a la fuerza pública o la emplee con ese objeto.

El delito de Abuso de autoridad en nuestro Código Penal actual para el Distrito Federal lo enuncia de la siguiente forma: *“Se le impondrán de uno a seis años de prisión y de cien a quinientos días multa al que en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas:*

II. Use ilegalmente la fuerza pública.”

Para ello ejemplificaríamos este delito de la siguiente forma: si decimos que Ángel Carrasco delegado de Benito Juárez organiza un evento al cual acuden personas que no son simpatizantes a su partido y Ángel Carrasco manda a golpearlos obligándolos a retirarse.

Del anterior ejemplo decimos que se despliega una conducta en forma de acción, es decir Ángel usa ilegalmente la fuerza pública, es decir manda a golpear y obligarlos a retirarse del lugar.

Atendiendo al texto literal del delito de Abuso de Autoridad antes mencionado con relación al ejemplo se adecua perfectamente ya que Ángel es Servidor Público, está en ejercicio de sus funciones, y por último usa ilegalmente la fuerza pública, por lo tanto se puede hablar que existe tipicidad.

Existe una evidente antijuridicidad, atendiendo que es contrario a Derecho, ya que no se respetaron los derechos que los ciudadanos tienen de inconformarse, de acuerdo al Artículo 6º Constitucional.

Si bien podemos ver que Ángel como sujeto activo en el delito al tener la salud mental y el justo conocimiento de su actuar, es decir tiene la capacidad de razonar su conducta, por tanto se puede afirmar que Ángel es imputable en relación al acto delictivo.

Podemos hablar de la existencia del dolo en este delito, toda vez que Ángel al actuar en ejercicio de sus funciones y teniendo en conocimiento los límites de las mismas ejerce en forma dolosa un abuso en contra de los manifestantes al evitar problemas políticos.

Una vez acreditados todos los elementos del tipo, podemos afirmar que Ángel Carrasco, toda vez que en ejercicio de sus funciones utiliza ilegalmente la fuerza pública por lo que es acreedor a una punibilidad establecida por el Estado que en este caso es de uno a seis años de prisión y de cien a quinientos días multa.

CAPITULO TERCERO
***LA TENTATIVA EN EL TIPO DE ABUSO DE AUTORIDAD
PREVISTO EN EL ARTICULO 262 DEL CODIGO PENAL PARA EL
DISTRITO FEDERAL.***

ITER CRIMINIS

El delito se desplaza a lo largo del tiempo, desde que apunta como idea o intención en la mente, hasta que se termina; recorre un camino desde su iniciación hasta su total agotamiento. A este camino se le llama *iter criminis*, es decir, *camino del crimen*.

El delito nace como idea en la mente del hombre, pero aparece externamente después de un proceso interior, más o menos prolongado. A la trayectoria que el delito desplaza desde su iniciación hasta que está a punto de exteriorizarse se le llama *fase interna*. Con la manifestación principia la *fase externa*, la cual termina con la consumación.

La fase interna abarca tres etapas o periodos:

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

Deliberación. Consiste en la meditación sobre la idea criminosa, en una ponderación entre el pro y el contra. Si la idea resulta rechazada, es anulada en la mente misma, pero puede ocurrir que salga triunfante. En la deliberación hay una

lucha entre la idea criminosa y las fuerzas morales, religiosas y sociales inhibitorias; por eso se dice que consiste en el “proceso psíquico de lucha entre la idea criminosa y aquellos factores de carácter moral o utilitario que pugnan contra ella”(28).

Resolución. A esta etapa corresponde la intención y voluntad de delinquir. El sujeto, después de pensar lo que va a hacer, se decide a llevar a la práctica su propósito de cometer el delito; pero su voluntad, aunque firme, no ha salido al exterior, sólo existe como propósito en la mente.

La Fase externa comprende desde el instante en que el delito se hace manifiesto y termina con la consumación. La fase externa abarca:

Manifestación. La idea criminosa aflora al exterior, surge ya en el mundo de relación, pero simplemente como idea o como pensamiento exteriorizado, antes existente sólo en la mente del sujeto.

Preparación. Los actos preparatorios se producen después de la manifestación y antes de la ejecución.

Dice Jiménez de Asúa que los actos preparatorios no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero se refieren a él en la intención del agente.

(28) Pavón Vasconcelos, “La Tentativa”, Criminalia, pág 123, México, 1959.

Sebastián Soler los define como aquellas actividades que por sí mismas son insuficientes para mostrar su vinculación con el propósito de ejecutar un delito determinado y para poner en peligro efectivo un bien jurídico dado.

Ejecución. El momento pleno de ejecución del delito puede ofrecer dos diversos aspectos: tentativa y consumación. Se llama consumación a la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal.

2. CONCEPTO DE TENTATIVA

Cuando habiendo dado comienzo a la ejecución del delito se interrumpe ésta por causas ajenas a la voluntad del agente surge la figura jurídica de la tentativa.

Soler dice que la tentativa estriba en iniciar la acción principal en la que el delito consiste. Para Jiménez de Asúa define la tentativa como la ejecución incompleta de un delito.

Para la existencia de la tentativa deben concurrir tres elementos:

- a) Intención de cometer un delito determinado.
- b) Que haya un principio de ejecución del delito, es decir, que hayan comenzado a ejecutarse los actos propios y característicos del delito.
- c) Que la ejecución se interrumpa por causas independientes de la voluntad del agente.

Es precisa la intención de cometer un delito determinado, sin intención no hay delito a base de dolo. El conocimiento de dicha intención servirá para precisar el verdadero carácter del hecho en el caso de que el acto ejecutado pueda ser manifestado de intenciones diversas, por ejemplo, en el caso de lesiones será necesario conocer si el agente sólo tenía intención de lesionar, en cuyo caso hay un delito consumado, o si tenía intención de matar y entonces existirá un tentativa. Basta el dolo eventual.

El principio de ejecución de los actos característicos del delito es el elemento típico de la tentativa. No basta querer un delito, ni tener intención de ejecutarlo,

pues las meras intenciones están fuera del campo del derecho penal, es preciso que hayan empezado a ejecutarse actos dirigidos directamente a la perpetración del delito.

Cuando los hechos ejecutados no revistan este carácter, nos encontramos ante meros actos preparatorios, no ante un verdadero principio de ejecución, que no existe mientras no se produzcan actos encaminados de modo directo contra una norma penal determinada. Sin embargo, en la llamada tentativa acabada (delito frustrado) no sólo hay un principio de ejecución, sino ejecución de todos los actos que integran materialmente el delito, aun cuando el resultado dañoso no llegue a producirse.

La ejecución del delito debe interrumpirse por causas ajenas a la voluntad del agente, por ejemplo, la llegada de personas que sorprenden al ladrón. Mas si el agente interrumpe voluntariamente la ejecución del delito, no hay tentativa punible y sólo responderá de los hechos que haya ejecutado en el curso de su acción.

En los delitos culposos no se concibe la tentativa, pues siendo la intención elemento integrante de ésta no es posible su existencia en aquellas infracciones cuya característica esencial es la ausencia de voluntad intencional.

3. Tentativa acabada

Se habla de tentativa acabada o delito frustrado, cuando el agente emplea todos los medios para cometer el delito y ejecuta los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad. El delito frustrado se realiza subjetiva pero no objetivamente, por ejemplo como cuando alguien administra veneno en cantidad suficiente para causar la muerte, pero ésta no ocurre por causas ajenas a la voluntad del agente, tal como la inesperada intervención del médico. Es decir, hay delito frustrado cuando el agente ejecuta todos los actos propios y característicos del delito de modo que éste queda materialmente ejecutado, pero sin que el resultado responda a la intención de aquél por causas independientes de su voluntad.

En la tentativa acabada no es posible el desistimiento y tan sólo podrá hablarse de arrepentimiento activo, pues no cabe desistirse de lo que ya se ha ejecutado. Según los criminalistas debe ser castigado con mayor rigor el delito frustrado que la tentativa, pues en aquél el agente hizo cuando le era posible para que el delito se realizase, mientras que en la tentativa quedan aún algunos actos por ejecutar y hay que tener presente, como dice Rossi: “el último momento que quedaba por recorrer en el camino del delito, porque no hay seguridad de que el delincuente hubiese persistido hasta el fin en su intención criminal”⁽²⁹⁾.

(29) Tratado de Derecho Penal , Madrid, 1883, pág 387.

Para su existencia deben concurrir tres requisitos:

a) que el culpable haya practicado todos los actos constitutivos del delito. Para eso será preciso formar una definición del mismo o determinar los actos que lo integran, sin esto no es posible saber si el culpable llevó o no a cabo la ejecución de los actos constitutivos del delito. Pero tal indagación presupone otra de mayor importancia, silenciada en el texto de la ley, pero puesta de relieve por la jurisprudencia, la relativa a penetrar el propósito del culpable para conocer el fin inmediato a que su acción se dirigía, pues sin intención de consumir el hecho punible no hay delito frustrado (30).

Por consiguiente, no es posible afirmar su existencia si no se conoce el delito que el culpable se proponía ejecutar.

b) que el delito no se produzca a pesar de haberse realizado todos los actos materiales de ejecución, no obstante haber ejecutado cuanto era necesario para la consumación del delito .

c) que la realización del propósito del culpable provenga de causa independiente de su voluntad. Realmente si el culpable practicó todos los actos de ejecución que deberían producir el delito, si hizo cuanto pudo para su realización, es imposible, o al menos muy difícil, que el resultado no se obtenga por causa que dependa de su voluntad.

(30) La intención de consumir la infracción es elemento del delito frustrado, 20 marzo 1934, para apreciar como frustrado un delito es de indispensable esclarecimiento la intención del reo 28 octubre 1890.

Tentativa inacabada.

En la tentativa inacabada o delito intentado, se ejecutan los actos en caminados a la producción del resultado, pero se omite alguno de ellos y por eso el evento no surge; hay una incompleta ejecución. Se dice que el delito intentado no se consuma ni subjetiva, ni objetivamente. Por lo tanto, si el delito no se consuma por causas dependientes de la voluntad, no será sancionable.

La tentativa inacabada sólo será punible si el acto indispensable para la consumación plena del delito se omitió por causas ajenas al querer del sujeto. Por lo que en esta especie de tentativa cabe el desistimiento.

1. La tentativa en el delito de abuso de autoridad previsto en el artículo 262 del Código Penal para el Distrito Federal.

De acuerdo al estudio anterior de la tentativa decimos que en el caso del delito de abuso de autoridad puede ser aplicada la tentativa.

Tentativa.- Se presenta tanto la tentativa acabada como la inacabada, en el tipo penal en análisis:

A) Tentativa acabada.- Esta se presenta cuando el agente a pesar de haber preparado todos los actos necesarios para la consumación del delito, por una causa ajena a él no llega a realizarse el mismo.

Verbigracia, cuando el servidor público ha efectuado todos los actos para usar ilegalmente la fuerza pública o impedir la ejecución de una ley, pero momentos antes de consumar el delito es destituido de su cargo, siendo imposible la consumación del abuso de autoridad.

B) Tentativa inacabada.- En el abuso de autoridad se presentará la tentativa inacabada cuando el agente ha omitido algún acto necesario para la consumación del ilícito. Por ejemplo, cuando para impedir la ejecución de una Ley, el funcionario público imita pedir auxilio a la fuerza pública.

Verbigracia, en el caso de que un juez ha dado una sentencia a favor de Juan en relación al desalojo de un predio, el cual acude con Federico Actuario adscrito al juzgado con policías para el desalojo del predio siendo que el juez no ha dictado la ejecución de la sentencia, por lo que acuden Juan y Federico al desalojo del predio, pero se dan cuenta que los habitantes del se encuentran amparados, no se concretiza el delito, sin embargo Federico como servidor público , en ejercicio de sus funciones utiliza ilegalmente la fuerza pública, atendiendo al artículo 20 del Código Penal para el Distrito Federal.

CAPITULO CUARTO

EL CONCURSO DE DELITOS EN EL TIPO DE ABUSO DE AUTORIDAD

4.1. Concepto de Concurso.

En ocasiones un mismo sujeto es autor de varios delitos; a tal situación se le da el nombre de concurso, sin duda porque en la misma persona concurren varias autorías delictivas.

A veces el delito es único, consecuencia de una sola conducta; pero pueden ser múltiples las lesiones jurídicas, bien como unidad en la acción o mediante varias acciones; finalmente, con varias actuaciones del mismo sujeto se produce una única violación al orden jurídico.

Cuando un sujeto con una misma conducta o varias conductas desplegadas concurre en varios delitos, procesalmente se hace atribuible a la acumulación de pena o penas que corresponden a su aplicación, pues en este sujeto se encuentra la pluralidad de delitos cometidos por el mismo y debido a ello son aplicables una o varias sanciones, haciéndose existente un concurso de delitos ya que son aplicables varias normas y penas a una misma persona responsable, otorgando así en facultad de la autoridad Judicial el análisis sobre la pena o penas que corresponden hacerle aplicar.

Para que sea concurso de delitos el sujeto activo o agente delictivo al cual se le atribuye la comisión de varios delitos, es necesario que ejecute una o varias conductas para tener múltiples resultados, puede ser cuando externa una sola conducta y a consecuencia de ello, obtiene una pluralidad de delitos o bien, que

para obtener un grupo de resultados delictivos el agente exteriorice varias conductas, muy independiente del número de las conductas realizadas por el agente este debe producir varios resultados delictivos, mismos que deberán producir lesiones jurídicas que activen a la autoridad, ya que para el concurso de delitos es necesaria la existencia de varios delitos en los que compete la aplicación de un cúmulo de sanciones o penas.

Cabe mencionar que el artículo 28 del Código Penal para el Distrito Federal contempla el concurso de delitos enunciando la conducta humana para constituir el delito en acción u omisión, excluyendo su existencia cuando hay un delito continuado ya que en esa situación el sujeto viola un mismo precepto legal, y por otra parte también remite la punibilidad del concurso al artículo 79 del mismo Código con el objeto de que la autoridad Judicial tenga mayor eficacia para la aplicación de las sanciones.

4.2. Formas de concurso.

Para el Derecho Penal sólo hay dos formas en las que se puede manifestar el concurso de delitos, si proviene de varias conductas ejecutadas por el mismo sujeto haremos referencia al concurso real o material, pero si con una sola conducta ejecutada se producen varios resultados delictivos estaremos ante un concurso ideal o formal de delitos. Solo se contemplan estas dos vías para concurrir pues en ambas existe un solo agente delictivo con una o varias conductas a las que corresponden los resultados de los delitos ocasionados.

4.2.1. Concurso ideal o formal.

Unidad de acción y pluralidad de resultados, en este caso aparece el concurso ideal o formal, si con una sola actuación se infringen varias disposiciones penales. En el concurso ideal o formal y atendiendo a una objetiva valoración de la conducta del sujeto, se advierte una doble o múltiple infracción; es decir, por medio de una sola acción u omisión del agente se llenan dos o más tipos legales y por lo mismo se producen diversas lesiones jurídicas, afectándose, consecuentemente, varios intereses tutelados jurídicamente.

Se pueden citar varios ejemplos de éste tipo de concurso: tal sería el caso del individuo que con un disparo de arma de fuego mata a su adversario, lesiona a un transeúnte y daña la ajena propiedad.

El concurso ideal también se conoce como el nombre de acumulación formal o ideal. González de la Vega aclara que “nuestro Código no le llama acumulación ideal, probablemente para que no se confunda con la acumulación real o concurso material, reservando la palabra acumulación sólo para este último”⁽³¹⁾

Para efectos de punibilidad en este concurso al igual que en el real o material es necesario que no se haya pronunciado con anterioridad una sentencia irrevocable o que no este prescrita la acción para perseguirlos, pues de lo contrario se estaría violentando las garantías que se le otorgan a toda persona en el artículo 23 constitucional al mencionar la improcedencia de juzgar al agente dos veces por el mismo delito.

2.2. Concurso real o material.

Pluralidad de acciones y de resultados se da si un sujeto comete varios delitos mediante actuaciones independientes, sin que haya recaído una sentencia por alguno de ellos, se estará en el caso del llamado concurso material o real, el cual se configura lo mismo tratándose de delitos (dos o tres homicidios), que con relación a tipos diversos (homicidios, lesiones, robo, cometidos por un mismo sujeto).

(31) Código Penal Comentado, pág. 129. México, 1939.

4.3. El concurso en el delito de abuso de autoridad.

A) Ideal

El concurso ideal se presenta cuando con una sola acción se producen dos o más resultados típicos. Verbigracia, cuando el funcionario público al impedir la ejecución de una Ley, empleando la fuerza pública con ese objeto, además de consumir el abuso de autoridad, también se comete el delito de lesiones a los ciudadanos.

B) Material

Este tipo de concurso se presenta cuando con distintas acciones se ejecutan diversos ilícitos. Por ejemplo, cuando además de cometer el abuso de autoridad, robe un automóvil al momento de huir.

ACUMULACIÓN

A) Material.- Este tipo de acumulación consiste en sumar las sanciones correspondientes a cada uno de los delitos ejecutados por el agente, imponiéndose el resultado de la adicción como pena.

B) Absorción.- Mediante esta acumulación consiste en sumar las sanciones correspondientes al delito mayor absorberá las sanciones de los demás delitos cometidos, y con ella, se punirá al sujeto activo del delito.

C) Acumulación jurídica

Mediante la acumulación jurídica, la sanción que se le impondrá al agente de diversos delitos, consistirá en adicionar a la pena del delito mayor – proporcionalmente-, el resto de las sanciones correspondientes a los demás ilícitos ejecutados por el mismo agente.

En el caso del concurso en el delito de abuso de autoridad se puede dar por ejemplo cuando un Agente del Ministerio Público encargado de una investigación manda a un Policía Judicial a presentar a dos presuntos partícipes del delito, con la orden de presentarlos y obligarlos a confesar y por consecuencia muere uno y el otro se encuentra gravemente lesionado. En este supuesto, se cometen varias acciones y por consecuencia variedad de resultados conjuntado no solo delito de abuso de autoridad, sino también el delito de privación de la vida y lesiones.

Por lo tanto aquí el servidor público es culpable y procesado por los delitos de abuso de autoridad, homicidio y lesiones.

CAPITULO QUINTO
LA PARTICIPACIÓN EN EL TIPO DE ABUSO DE AUTORIDAD PREVISTO
EN EL ARTICULO 262 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO
FEDERAL

5.1. Concepto de la participación.

A veces la naturaleza misma de determinados delitos requiere que haya pluralidad de sujetos, como en el adulterio, en que la intervención de dos personas es una condición indispensable para que el tipo se configure. En la mayoría de los casos, el delito es el resultado de la actividad de un individuo; sin embargo, en la práctica ocurre que varios hombres conjuntamente realizan un mismo delito, es entonces cuando se habla de la participación.

Consiste en la “voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad”⁽³²⁾.

(32) Al respecto Pavón Vasconcelos escribe: “Así como se reconoce que el hombre con su conducta, puede vulnerar varias normas dando origen al concurso de delitos, igualmente se acepta que varios hombres, con su actividad pueden infringir una sola norma; en el primer caso hay pluralidad de delitos; en el segundo, unidad en el delito con concurso de autores. La Participación, Ccriminalia, pág. 178, abril 1959.

Pavón Vasconcelos, después de referirse, diferenciándolos, a los delitos monosubjetivos y plurisubjetivos, afirma que “debe separarse el concurso necesario, así llamando en virtud de que la exigencia del tipo precisa la participación de varias personas, sin cuyo presupuesto el delito no existe, del llamado concurso eventual en el cual, sin existir la exigencia aludida, la intervención de varios sujetos hace nacer el concurso en el delito, al que se denomina participación propia”⁽³³⁾.

La participación precisa de varios sujetos que encaminen su conducta hacia la realización de un delito, el que se produce como consecuencia de su intervención.

(33)La Participación, Criminalia pág, 179, abril 1959.

5.2. Teorías de la participación.

Normalmente se distinguen como teorías fundamentadoras de la participación:

a) El de la *causalidad*. Esta teoría identifica la participación con el problema de la causalidad, ya que la intervención activa de varias personas, sea directa o indirecta en la producción del delito, coloca su particular actuar en el rango de condiciones que, en su conjunto, producen el resultado típico. Para esta postura, dentro del conjunto de condiciones productoras del resultado, la actividad del autor constituye la causa eficiente de éste, destacando de la de los partícipes por cuanto a su eficacia causal.

b) El de la *accesoriedad*. Esta teoría, partiendo de la concepción monista o unitaria enfoca el problema de la participación como concurso de sujetos en un delito único; pretende encontrar al autor en quien ejecuta los actos descritos por el tipo penal; los demás actos ejecutados por distintos sujetos, están en relación accesoria con aquél, que es el principal, pero quedan unidos a él en virtud del querer común, del propósito idéntico. Para esta teoría, no puede concebirse la participación con relevancia de autonomía; lo accesorio adquiere importancia en cuanto se adhiere al hecho realizado por el autor del delito; de ahí que autores son los que participan en la comisión de los actos ejecutivos; partícipes los que se adhieren mediante actos diversos a la actividad de aquéllos. Tal enlace, mediante el cual se identifican los actos accesorios al principal, no se puede ser sino de naturaleza psíquica y consiste precisamente en la identidad de la intención. De acuerdo con la tesis de la accesoriedad, será autor el que realiza la acción principal, que se identifica con la descrita en el tipo pena; los partícipes verifican actos de naturaleza accesoria que se ligan con la conducta principal mediante el querer común o propósito colectivo.

c) El de la *autonomía*, según la cual todos los partícipes realizan una causa eficiente productora del resultado y por lo tanto, todos deben ser responsables sin distinguir entre autores y cómplices, lo que equivale a sostener la pluralidad de sujetos en la actividad delictuosa, pero sin establecer distinciones ni grados de responsabilidad.

Franco Guzmán al tratar sobre este tema, lo hace con referencia a las dos concepciones que se han elaborado: la unitaria o monística y la pluralística y después de analizar las diversas teorías que se agrupan en ellas, expresa “Al tratar de encontrar la naturaleza del concurso de personas en el delito, nosotros hemos elaborado una teoría basada en la accesoriedad, pero con las siguientes variantes: ante todo debe distinguirse entre autores y partícipes; los autores son aquellos que han observado objetivamente los actos realizados y examinado subjetivamente la intención asumida, deben considerarse causa con relación al resultado”. Agrega que, por consiguiente, su punto de vista resume las dos teorías tradicionales, a de la accesoriedad y la de la causalidad y que sólo utilizando tales conceptos se puede resolver el problema de la naturaleza de la participación.

5.3. La participación en el delito de abuso de autoridad.

Apegados al texto literal del artículo 22 del Código Penal para el Distrito Federal nos enuncia las autorías y partícipes en el delito los cuales se pueden dar en el delito de abuso de autoridad. Por ejemplo: en el supuesto del Agente del Ministerio Público que tiene a cargo una investigación de despojo, Juan quien es denunciante ofrece a Pedro Agente del Ministerio Público un inmueble a cambio, Pedro teniendo la aprobación de Francisco responsable de la Agencia el cual promete ayudarlo y respaldarlo en caso de que salgan mal las cosas, por lo tanto Pedro manda una patrulla con policías a amedrentar a los habitantes para que desocupen el inmueble, al resistirse los habitantes hay lesionados y dos personas mueren, Pedro al percatarse de lo ocurrido huye pidiéndole a Francisco ayuda.

En este ejemplo podemos deducir que el autor intelectual se trata de Juan quien es el que fragua el delito, Pedro quien es autor material del delito, y como cómplice A Francisco quien a sabiendas de penetrarse el delito presta ayuda al autor material. En el delito de abuso de autoridad podemos afirmar que se pueden dar todas las formas de participación y autoría previstas en el Código Penal, por lo que se desprende la interrogante de acuerdo a este ejemplo a Juan quien es autor intelectual del delito se le procesaría por el delito de abuso de autoridad, atendiendo que el legislador consideró erróneamente quitarle la calidad específica al sujeto activo que es servidor público, entendiéndose literalmente que cualquier persona en ejercicio de sus funciones puede caer en grado de partícipe o autor intelectual cometer el delito ya que se trata de una ley penal y no admite obviar el tipo penal para una exacta tipicidad.

CONCLUSIONES

Como resultado de la investigación anterior, puedo concluir que en el delito de abuso de autoridad previsto en el artículo 262 de Código Penal para el Distrito Federal, el legislador suprime la calidad específica del sujeto activo, siendo que se trata de un delito por su propia naturaleza dirigido para servidores públicos, por lo cual es incongruente que el legislador sin explicación quite determinada calidad, mientras en los demás delitos previstos en el capítulo de servidores públicos si se encuentra tal calidad específica.

Por lo tanto, considero que si bien es cierto no se le podría juzgar a un particular por el delito de abuso de autoridad, pero también caeríamos en la disyuntiva de juzgar a alguien tomando en consideración el texto literal del tipo penal y si este es omiso en la calidad específica, como se daría la exacta tipicidad del tipo con la conducta.

Por otro lado no debemos olvidar ni desmeritar los principios de derecho los cuales nos mencionan que tratándose de leyes penales debe ser una aplicación o adecuación exacta entre la conducta y el tipo penal, ya que por su importancia no puede un juez obviar con respecto a ningún elemento constitutivo del delito.

Por último y para reafirmar mi aseveración se encuentra el delito de abuso de autoridad previsto en el artículo 215 del Código Penal Federal en el cual el legislador si cree importante la calidad específica del sujeto activo mencionando que “Cometen el delito de abuso de autoridad *los servidores públicos* ..”, de lo anterior se desprende la interrogante hacia los legisladores el porque en el fuero Común se le suprimió tan importante calidad al sujeto activo y en el fuero federal si se encuentre dicha calidad.

PROPUESTAS

PRIMERO.- Entendiéndose “Al que” como calidad indeterminada para el sujeto activo, es decir un particular no existe al integrar el delito no existe una exacta adecuación entre conducta y tipo penal. Recordando que para que exista un delito debe contener necesariamente una conducta típica, antijurídica y culpable; por lo tanto no existe una exacta tipicidad, desprendiéndose la necesidad de nuevamente incorporar al texto legal la calidad específica del servidor público.

SEGUNDO.- Desprendiéndose de la importancia de la calidad específica del sujeto activo propongo se conmine a los legisladores que realice la modificación del texto legal, con apego a los principios generales de derecho, nunca olvidando que el Estado, tiene tres órganos jurisdiccionales con funciones perfectamente delineados y limitados, por lo que ningún órgano puede invadir el ámbito del otro, por lo tanto el órgano judicial encargado de impartir justicia no puede invadir la esfera del Poder Legislativo al modificar u obviar un tipo penal. Por lo anterior, debe conminarse a los legisladores a realizar sus reformas con apego a estricto derecho.

BIBLIOGRAFÍA

1. Bacigalupo Enrique, Delito y Punibilidad. Editorial Civitas. Madrid España 1983.
2. Bettiol Giuseppe, Derecho Penal Parte General. Editorial Temis, Bogotá Colombia.
3. Carrancá y Trujillo Raúl, Código Penal Mexicano Parte General, Editorial Porrúa S.A. México 1983.
4. Carrancá y Trujillo Raúl, Código Penal Mexicano Parte General, Editorial Porrúa S.A. México 1972.
5. Cuello Calón, Derecho Penal Parte General. Editorial Boch, Barcelona España 1975.
6. Cuello Calón, Derecho Penal tomo I. Editorial Nacional S.A. México 1953.
7. González de la Vega Francisco, Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa 20ª Edición 1992.
8. Islas de González Mariscal Olga, Lógica del Tipo en el Derecho Penal. Editorial Jurídica Mexicana. México 1979.
9. Jakobs Gunther, Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teorías de la Imputación. Ediciones Jurídicas S.A. Madrid España 1995.
10. Jiménez de Asúa Luis. Tratado de Derecho Penal Tomo 3º, Buenos Aires Argentina 1951.
11. Jiménez de Asúa Luis. Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito, Editorial Sudamericana, Impreso en Argentina Buenos Aires 1967.
12. Jiménez Huerta Mariano, Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, México Distrito Federal, 1993, 14ª Edición Tomo 4.

13. Moreno Antonio de P. Derecho Penal. Editorial Porrúa S.A. México 1968.
14. Muñoz Conde Francisco, Teoría del Delito. Editorial Temis, Madrid España 1985, Novena edición.
15. Orellana Wiarco Octavio. Teoría del Delito. Editorial Porrúa S.A México 1997, 10ª Edición.
16. Osorio y Nieto César Augusto. Síntesis de Derecho Penal, Parte General. Editorial Trillas, México 1984.
17. Palacios J. Ramón. La Tentativa. Imprenta Universitaria, México 1955.
18. Pavón Vasconcelos Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa S.A. México 1982.
19. Porte Petit Celestino. Inimputabilidad e inculpabilidad como aspectos negativos del delito. Editorial Porrúa S.A. México 1971.
20. Porte Petit Celestino. Programa de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Porrúa S.A. México 1982.
21. Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa S.A. México 1981.

LEGISLACIÓN

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa, México Distrito Federal 2004.
2. Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California sobre delitos del fuero común, y para toda la República sobre delitos contra la Federación. Imprenta del Gobierno del Gobierno en Palacio, México 1871.
3. Código Penal para el Distrito y Territorios Federales. Edición Oficial, Secretaria de Gobernación, Talleres Gráficos de la Nación , México 1929.
4. Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal. Talleres Gráficos de la Nación , México 1931.
5. Nuevo Código Penal para el Distrito Federal 2003. Editorial Sista, México 2003.
6. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Editorial Alco, México 2003.