



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE**

FACULTAD DE DERECHO

**Con estudios incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México**

CLAVE: 879309



**ANALISIS JURIDICO DEL
DELITO DE DESOBEDIENCIA**

TESIS

**Que para obtener el titulo de
LICENCIADO EN DERECHO**

**Presenta:
MARCO ANTONIO LOZANO GONZALEZ.**

Asesor: Lic. Rogelio Llamas Rojas

Celaya, Gto.

Mayo 2006



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.

DEDICATORIAS

Durante mi niñez tuve un sueño, este no era como todos los demás, recuerdo lo importante y especial que me parecía, aun a pesar de mi corta edad tenía una vaga idea de lo difícil que este me resultaría, pero no por ello me doblegue. Hoy, ese sueño ya no lo es más "lo he logrado" y comprendo que aquello que me pareció inalcanzable, un problema o derrota, solamente fue una prueba de la vida que me ayudo a crecer y madurar haciéndome más fuerte, permitiéndome subir peldaños cada vez más altos y ¡vaya que hubo momentos tormentosos! lo que me hace recordar lo bien que me sentía al estar abrigado por esas personas que me dieron la fuerza y el coraje para levantarme en los tropiezos, mirar de frente y comenzar nuevamente siempre hacia el mismo objetivo.

Ese sueño, hoy es una realidad y gozo de alegría por este gran éxito que comparto no por humildad ni por agradecimiento, lo comparto por que no es solo mío, es nuestro ¡lo hemos logrado! y quiero expresar un gran reconocimiento a quienes contribuyeron en la realización de este gran sueño:

A DIOS

Gracias por darme la vida en el lugar y el momento correcto, por las personas que pusiste en mi camino y la salud que nos has brindado, por concederme el tiempo necesario para ver realizados mis sueños junto con mis seres amados pero sobre todo por la protección, seguridad y fuerza de voluntad que siempre me das.

A MI MADRE

BLANCA GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

Por ser la cómplice principal de mi proyecto de vida el cual no hubiese sido posible sin su apoyo, además del amor, la confianza, comprensión, y protección que nunca me ha faltado, en verdad esto que me brindas día a día es invaluable. La seguridad que proyecto, los conocimientos que adquiero y todos los éxitos que obtengo se los debo a ese gran corazón que llevas dentro y que se proyectan en mi como dos grandes alas que me permiten volar y llegar hasta donde yo lo deseo. Gracias por ser mi ejemplo a seguir, eres un gran orgullo para mí.

A MI ESPOSA

MARIANA MORENO GARCÍA.

Porque me permitiste un día, caminar contigo en la vida, porque me has dado tu tiempo, tu libertad, tu alegría. Gracias porque el centro de mi todo sigues siendo tu. Mi fuerza para vivir, el consuelo a mis lagrimas, el pilar de mi apoyo, la mano que me levanta, la gravedad que me hace seguir con los pies en la tierra. También gracias a Dios porque seguimos unidos, porque nos ha iluminado, por habernos dado fuerza y sabiduría para superar la adversidad y por haber recompensado cada uno de nuestros momentos difíciles. Gracias por estar junto a mi.

A MIS HIJAS.

MARY PAZ Y KEYLA MONSERRAT.

Antes de su llegada no conocía sus rostros, no conocía su voz, sin embargo en mi corazón anhelaba su llegada, fueron en muchas ocasiones el motivo para seguir viviendo, para levantarme en las caídas de mi vida, con la esperanza de que un día estarían conmigo, de que un día podría compartir con ustedes una risa, una alegría, de que un día podría abrazarlas, ese día es el presente de hoy, ustedes son el tesoro más valioso que tengo y mis esfuerzos siempre están inspirados en ustedes.

A MIS MAESTROS

A esos sabios que han sembrado en mí su sabiduría, experiencia y conocimientos. Es difícil mencionarlos a todos por lo que me limito a

agradecer a mis maestros desde preescolar hasta la universidad, por prepararme para vivir una vida en la que puedo decidir por mí misma.

Por obsequiarme la sabiduría y la razón. Maestros muchos de ustedes fueron mis modelos a seguir, su amistad, sus consejos y orientación son las que me permitieron alcanzar esta meta que siempre compartí con cada uno de ustedes.

ATENTAMENTE

MARCO ANTONIO LOZANO GONZÁLEZ

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

I.- EL ESTADO.	1
I. ELEMENTOS PREVIOS DEL ESTADO.	3
1.1 LA POBLACIÓN, LOS DIVERSOS PRINCIPIOS DE REPARTIMIENTO DE LAS POBLACIONES ENTRE LOS ESTADOS.	3
1.2 DIVERSAS CONCEPCIONES DE LA IDEA DE NACIONALIDAD.	3
1.3 CONCEPTO DE NACIÓN Y ESTADO.	5
II.- EL TERRITORIO.	6
2.1 EL TERRITORIO, ELEMENTO FÍSICO DEL ESTADO.	6
2.2 EL FIN DEL ESTADO.	7
2.3 BIEN COMÚN Y BIEN PÚBLICO.	8
2.4 DOCTRINA TOMISTA DEL BIEN COMÚN.	9
III.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ESTADO, EL ELEMENTO FORMAL, LA AUTORIDAD Ó EL PODER PÚBLICO.	10
3.1 LA AUTORIDAD O PODER PÚBLICO.	10
3.2 TAREAS DEL PODER PÚBLICO.	12
3.3 EL GOBIERNO.	12
3.4 LA FUERZA MATERIAL DEL ESTADO.	14
IV.- LA AUTORIDAD O PODER PÚBLICO.	15
4.1 LA ADMINISTRACIÓN.	15
4.2 CLASIFICACIÓN DE LOS SERVICIOS QUE ATAÑEN A LA ADMINISTRACIÓN.	16
4.3 AUTORIDAD Y PODER.	18
V.- LA SOBERANÍA DEL ESTADO.	20
5.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA SOBERANÍA.	20
5.1.1 EL PENSAMIENTO GRIEGO.	20
5.1.2 ROMA.	21
5.1.3 EDAD MEDIA Y TIEMPOS MODERNOS.	21
5.2 EN QUÉ SENTIDO ES SOBERANO EL ESTADO.	21
5.3 MANIFESTACIONES DE LA SOBERANÍA.	22
VI.- LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO.	23
6.1 LOS ÓRGANOS DEL ESTADO.	23
6.2 CLASIFICACIÓN DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO.	24

CAPÍTULO II

ACTOS PROCESALES.	26
II.- CONCEPTO DE PROCESO.	26
2.1 SIGNIFICACIÓN GRAMATICAL.	26
2.2 CONCEPTOS DOCTRINALES DEL PROCESO.	29
2.2.1 LA RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL.	32

2.2.2 SUJETOS DEL PROCESO.	36
2.3 FORMA DE LOS ACTOS PROCESALES.	43
2.3.1 LAS FORMAS DE LOS ACTOS PROCESALES.	44
2.3.2 ELEMENTOS DEL ACTO PROCESAL.	47

CAPÍTULO III

III.- MEDIOS DE APREMIO.	56
3.1 CONCEPTO DE MEDIOS DE APREMIO.	56
3.2 CORRECCIONES DISCIPLINARIAS.	63
3.3 ALGUNOS CÓDIGOS, LEYES, DECRETOS Y REGLAMENTOS QUE CONTEMPLAN LOS MEDIOS DE APREMIO Y CORRECCIONES DISCIPLINARIAS.	71
3.3.1 REGLAMENTO INTERIOR DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL ESTADO.	71
3.3.2 LEY ESTATAL DE MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN MATERIA ELECTORAL.	72
3.3.3 REGLAMENTO DE LA LEY DE LA PROCURADURÍA SOCIAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.	72
3.3.4 LEY DE JUSTICIA INDÍGENA DEL ESTADO DE QUINTANA ROO.	73
3.3.5 DECRETO QUE CREA LA PROCURADURÍA SOCIAL Y DE ATENCIÓN CIUDADANA DEL ESTADO DE COAHUILA.	74
3.3.6 CÁMARA MEXICANA DE LA INDUSTRIA DEL TRANSPORTE MARÍTIMO.	74
3.3.7 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.	75
3.3.8 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL REFORMADO.	76
3.3.9 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.	77
3.3.10 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.	78
3.3.11 LEY FEDERAL DEL TRABAJO.	79
3.4 TESIS ACERCA DE MEDIOS DE APREMIO Y CORRECCIONES DISCIPLINARIAS.	81
3.4.1 JURISPRUDENCIAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.	81
3.4.2 ARRESTO COMO MEDIDA DE APREMIO. PROCEDE EL AMPARO EN CONTRA DEL AUTO QUE APERCIBE CON SU IMPOSICIÓN, SIN NECESIDAD DE AGOTAR LOS MEDIOS ORDINARIOS DE DEFENSA.	82
3.4.3 MEDIOS DE APREMIO, APERCIBIMIENTO DE SU IMPOSICIÓN. SI ES GENÉRICO NO PUEDE CONSIDERARSE COMO ACTO DE APLICACIÓN DE LA LEY QUE LOS PREVEE.	83
3.4.4 DEMANDA DE AMPARO DIRECTO. EL INCUMPLIMIENTO DE LA AUTORIDAD RESPONSABLE DE LOS TRÁMITES A QUE LA OBLIGA LA LEY DE AMPARO, ES SANCIONABLE CON MULTA.	83
3.4.5 DEMANDA DE AMPARO DIRECTO. ;EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN DE AUTORIDAD. RESPONSABLE QUE INDEBIDAMENTE LA DESHECHA, LA TIENE POR NO INTERPUESTA O NIEGA REMITIRLA, NO PROCEDE RECURSO ALGUNO, SINO QUE EL TRIBUNAL COLEGIADO CIRCUITO DEBE REQUERIR SU ENVÍO CON LOS APERCIBIMIENTOS LEGALES.	84

3.4.6 CATEO. EL ESTABLECIDO EN MATERIA CIVIL ENCUENTRA SUSTENTO EN EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL Y DEBE SATISFACER LOS REQUISITOS QUE ESTABLECE EL DIVERSO 16 DEL PROPIO ORDENAMIENTO (LEGISLACIONES CIVILES PROCESALES DE LOS ESTADOS DE MICHOACÁN Y COAHUILA.	85
3.4.7 MEDIDAS DE APREMIO, PARA SU APLICACIÓN EN EL JUICIO MERCANTÍL, DEBE ACUDIRSE SUPLETORIAMENTE A LA LEGISLACIÓN COMÚN.	86
3.4.8 ENCONTRA DE SU IMPOSICIÓN (APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA Y CODIFICACIONES SIMILARES.	87
3.4.9 MEDIOS DE APREMIO. EL ARTÍCULO 371 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO, NO ES DE APLICACIÓN SUPLETORIA PARA QUE EL TRIBUNAL FEDERAL DE CONCILIACIÓN Y DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO DISPOSICIÓN EXPRESA EN ESE SENTIDO.	88
3.4.10 MEDIDAS DE APREMIO, PROCEDE SU APLICACIÓN CONTRA QUIENES, SEAN EL PARTES O NO, DESOBEDEZCAN CUALQUIER MANDATO LEGÍTIMO DICTADO EN JUICIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).	89
3.4.11 ARRESTO, MEDIDA DE APREMIO. PROCEDE SU SUPLENCIA DE LA QUEJA EN EL JUICIO DE AMPARO, CUANDO SE RECLAMA LA MISMA.	89
3.4.12 MEDIDAS DE APREMIO. LAS PARTES NO PUEDEN COMPELER EL JUZGADOR PARA APLICARLAS.	90
3.4.13 MEDIOS DE APREMIO. SU FINALIDAD CONSISTENTE EN HACER CUMPLIR LAS DETERMINACIONES DE LA AUTORIDAD JUDICIAL.	90
3.4.14 MEDIOS DE APREMIO. SU FINALIDAD CONSISTE EN HACER CUMPLIR LAS DETERMINACIONES DE LA AUTORIDAD JUDICIAL.	91
3.4.15 ARRESTO COMO MEDIDA DE APREMIO. SU DURACIÓN DEBE DETERMINARSE DE MANERA RAZONADA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ).	92
3.4.16 REVOCACIÓN, RECURSO DE SANCIONES Y CORRECCIONES DICIPLINARIAS (LEY ORGÁNICA MUNICIPAL DEL ESTADO DE PUEBLA).	92
3.4.17 CORRECCIÓN DISCIPLINARIA. FACULTAD DE LOS TRIBUNALES COLEGIALES DE IMPONER A QUIEN SE CONDUCE CON FALTA DE RESPETO HACIA UNA AUTORIDAD RESPONSABLE.	94
3.5 LA VÍA DE APREMIO.	94

CAPÍTULO IV

4.- EL DELITO.	99
4.1 CONCEPTO DE DELITO.	99
4.2 ELEMENTOS DEL DELITO.	104
4.2.1 ACCIÓN U OMISIÓN.	105
4.2.2 AUSENCIA DE CONDUCTA O DE HECHO	108
4.2.3 TIPICIDAD.	109
4.2.4 ATIPICIDAD.	111
4.2.5 ANTIJURIDICIDAD.	112
4.2.6 CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.	113

4.2.7 IMPUTABILIDAD.	117
4.2.8 INIMPUTABILIDAD.	118
4.2.9 CULPABILIDAD.	119
4.2.10 INCULPABILIDAD.	120
4.2.11 PUNIBILIDAD.	121
4.2.12 EXCUSAS ABSOLUTORIAS.	122
4.3 EL SUJETO DEL DELITO.	123
4.3.1 SUJETO ACTIVO, COMO SUJETO DEL DELITO.	123
4.3.2 EL SUJETO PASIVO DEL DELITO.	125
4.4 EL DELITO COMO ACCIÓN Y COMO OMISIÓN.	126
4.4.1 LA ACCIÓN Y SUS ELEMENTOS.	126
4.4.2 EL DELITO COMO OMISIÓN.	129
4.4.3 LA OMISIÓN IMPROPIA O COMISIÓN POR OMISIÓN.	130
4.5 EL DOLO.	132
4.5.1 CONCEPTO DE DOLO.	135
4.5.2 CLASES DE DOLO EN EL DERECHO PENAL MEXICANO Y SUS CONCEPTOS.	135
4.5.2.1 DOLO DIRECTO.	135
4.5.2.2 DOLO INDIRECTO.	136
4.5.2.3 DOLO EVENTUAL.	137
4.5.3 CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS.	138

CAPÍTULO V

5.- EL DELITO DE DESOBEDIENCIA.	146
5.1 DEFINICIÓN DEL DELITO DE DESOBEDIENCIA.	146
5.1.1 ELEMENTOS DEL DELITO DE DESOBEDIENCIA.	147
5.1.2 CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL DELITO.	147
5.2 HUBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL DELITO DE DESOBEDIENCIA.	148
5.2.1 SU UBICACIÓN SISTEMÁTICA.	148
5.2.2 DESOBEDIENCIA Y RESISTENCIA DE PARTICULARES.	149
5.3 CAUSAS DE EXCLUSIÓN EN EL DELITO DE DESOBEDIENCIA.	151
5.3.1 ATENTADOS CONTRA LA AUTORIDAD.	154
5.4 OTRO CASO DE DESOBEDIENCIA.	158
5.4.1 TESIS DEL DELITO DE DESOBEDIENCIA.	160
5.5 EL GARANTISMO PENAL FRENTE EL DELITO DE DESOBEDIENCIA.	168
5.6 EL MODELO GARANTISTA.	170
5.6.1 LA EPISTEMOLOGÍA GARANTISTA.	170
5.6.2 CONVENCIONALISMO PENAL Y ESTRICTA LEGALIDAD.	171
5.7 EL PROBLEMA DEL GARANTISMO PENAL.	172
5.8 PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 255 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN EL ESTADO DE GUANAJUATO.	176
CONCLUSIONES	
BIBLIOGRAFÍA	

INTRODUCCIÓN

El derecho penal en su intento para salvaguardar al hombre en su integridad y familia principalmente, así como en sus propiedades, posesiones y derechos, constituye la esencia del orden jurídico existente en la humanidad; para lograrlo identifica a través de la punición de acciones, aquellas que son perniciosas para la colectividad, imponiendo a los autores, de los hechos criminosos penas privativas de libertad y pecuniarias, con el propósito de resguardar los principios universales de bienestar, bondad, equidad y poder, dentro de este orden de ideas es preciso recordar que la persona humana es el único ser capaz de someterse a los preceptos penales, por tener la capacidad intelectual para discernir entre lo bueno y la malo, pensar siquiera que el individuo al desplegar la acción delictiva intencionalmente, actúa solo de manera física, resulta destinado, ya que aunada a su voluntad, intervienen la moral y el aspecto jurídico.

La persona al poseer inteligencia y así mismo voluntad, es capaz de crear y procurar armonía en la convivencia social pero también puede quebrantar todos los derechos y obligaciones instituidos para preservar el orden social, debido de su libre albedrío para actuar o no, violentando las normas penales que nuestra legislación contempla y que rigen a nuestra sociedad, obviamente en esta entidad federativa así entonces las normas jurídicas que al ser producidas por el poder legislativo, a plasmado en ellas hipótesis delictivas dentro de un ordenamiento penal, para someter bajo su imperio a aquellos sujetos que transgreden nuestro régimen legal establecido.

Entonces, si el fin inmediato de nuestra legislación descansa en la justicia, comprendida esta, como el equilibrio existente entre los actos del hombre y su regulación jurídica resumido ello en dar a cada quien lo que le corresponde, se cumplirá con el objeto primordial del derecho penal, y en el caso en concreto si con el tema que como postulante expongo respecto del análisis jurídico del delito de DESOBEDIENCIA, se cumplirá adecuadamente con la administración de justicia pues podría dar cabal cumplimiento a su misión de dar a cada quien lo que le corresponde. Pues si viene cierto el legislador dentro de las normas jurídicas establecidas en nuestra legislación penal regula la conducta consistente en la omisión del agente activo cuando a este se le instruye para que de cumplimiento a un mandato emitido a por una autoridad, estableciendo la penalidad sobre la omisión en que incurra el subordinado.

Mas sin embargo hoy en día la administración de justicia y quienes la imparten han visto la necesidad de que el legislador implemente otras medidas legales para efecto de que las personas físicas puedan cumplir los mandatos emitidos por la autoridad, pues si bien es cierto a un y cuando ya existe regulación respecto de

la omisión en que incurren quienes agotados los medios de apremio establecidos por la ley no cumplan con el mandato que emite la autoridad se les condenara por tal omisión, pero sancionado que fue el agente activo del delito, el mandato de autoridad queda sin cumplir, caso en el que como ya se mencionó, la autoridad únicamente sanciona al agente activo por tal omisión mas no hay manera de obligarlo a cumplir con el mandato, quedando inconclusa la administración de justicia y la victima queda desprotegida, así entonces es menester imponer o bien una mayor penalidad a quien incurra en la omisión de dar cumplimiento a un mandato de autoridad ó en materia penal que es lo que nos ocupa considerar al agente activo omiso como participe del hecho criminoso en su carácter de cómplice.

Ante esta guisa de ideas la administración de justicia cumpliría con su cometido de dar a cada quien lo que le corresponde sin violentar las garantías constitucionales del gobernado pues serviría incluso y primordialmente para obtener la convivencia de los individuos en sociedad frente a las infracciones penales cometidas por las personas pertenecientes a ellas, pues el estado tiene el poder punitivo para establecer las penas y sanciones justas, aplicables a los hombres que ejecutan conductas delictivas que provocan la infracción del sistema jurídico establecido. Sin embargó desde la antigüedad el hombre a través de su historia a cometido hechos ilícitos a pesar de ser condenado por la justicia legal y esta situación se presenta debido a que en muchas ocasiones para la realización del delito, basta un poco de presura e irreflexión cobijadas por la expectativa de impunidad pues la amenaza de sufrir un castigo, por mas severo que sea en ocasiones resulta inútil al abrigar la esperanza de evadir la sanción, así entonces, la finalidad de lo que como postulante expongo es liberarnos de todo deseo de venganza, hacernos tolerantes ante las ofensas y alentarnos con la confianza de vivir seguros en la sociedad en la que vivimos.

Este breve panorama general del ilícito de DESOBEDIENCIA y de las consecuencias que conlleva la omisión del agente activo de no dar cumplimiento al mandato emitido por la autoridad, en donde la administración de justicia no cumple su misión, espero sirva de base para que el legislador en este delito en particular que es célula importante del derecho penal, analice la justa dimensión del estudio que se realiza y comprenda que dicho precepto penal es de gran incurrancia en el mundo fáctico, analizando sus elementos y la relación que guardan con los aspectos internos y externos del hombre, apoye para que la administración de justicia cumpla con su misión y que lo es la que en multicitadas ocasiones se ha mencionado”*dar a cada quien lo que le corresponde*”.

CAPITULO PRIMERO

EL ESTADO

Es necesario para comprender el presente trabajo de tesis hacer mención que la sociedad en la que vivimos se rige por leyes, normas, decretos, etc., que el mismo Estado impone para efecto de que nosotros los gobernados que vivimos en una población nos apeguemos a ellas y así preservar el bien publico temporal que al Estado importa, por ello la necesidad de hablar de el Estado, realizar un análisis minucioso de lo que comprende la teoría del estado, pues el Estado es una sociedad humana, establecida en el territorio que le corresponde, estructurada y regida por un orden jurídico, creado definido y sancionado por un poder soberano.

Así entonces, me permito citar a continuación al autor *Francisco Porrúa Pérez en su obra teoría del estado, editorial Porrúa vigésimo séptima edición México 1994* pues si bien es cierto la teoría del estado recibe de la sociología las aportaciones de esta disciplina cuya misión específica consiste en estudiar científicamente la sociedad humana, sin embargo considerando el grupo humano desde un punto de vista general en relación con la naturaleza del estado que llega a integrar con sus relaciones, es importante efectuar reflexiones que nos permitan estudiarla desde los puntos de vista de interés para el análisis de las notas o elementos del estado. Pues el estado tiene dentro de su seno una serie de grupos que tienen que ser reconocidos necesariamente por la autoridad política, para que pueda desarrollar su actividad en el sentido de coordinar sus esfuerzos para lograr el bienestar general.

Pero al lado de esa esfera de derechos del hombre, derechos de la persona humana, derechos de las asociaciones existe una serie correlativa de deberes de las personas, derechos de las asociaciones respecto del estado, respecto de la humanidad en que vive, tiene indudablemente una serie de deberes respecto de la comunidad política. Tiene una serie de deberes en sentido individual, y tiene una serie de deberes en sentido social o en sentido político, hablamos de la existencia natural de los partidos políticos y de los derechos del hombre a participar en esos partidos políticos, concomitantemente existe el deber ineludible de participar en las tareas del gobierno y en las tareas de la administración y en las tareas militares, el hombre, individualmente, considerado y formado también en las asociaciones esta obligado fiscalmente respecto del estado, ha ayudar a la comunidad en la medida de sus posibilidades económicas para lograr el desenvolvimiento general, el hombre además y las asociaciones tienen el deber ineludible de acatar orden jurídico cuando éste se encuentra rectamente establecido por el estado, existe la obligación de someterse a las ordenes de la autoridad regular, se hace la salvedad de que cuando el orden jurídico positivo contravenga las prescripciones

del orden jurídico natural prevalecen estas y no solo tienen derecho el hombre de no acatar esas disposiciones sino incluso está obligado a no someterse a las ordenes injustas contrarias a la moral u opresoras o parciales.

La comunidad política tiene a cambio de esos deberes la obligación fundamental de realizar el bien público que se obtiene por parte del estado por medio de la creación del clima social de justicia y de paz por medio de la creación del derecho y en especial por medio del juego cada vez más amplio de la que se ha llamado en nuestros días por todos los sectores justicia social y que corresponde a la vieja idea, en su contenido de la justicia distributiva, justicia distributiva que tiene en cuenta la igualdad que existe en sentido metafísico, en los seres humanos pero que toma en cuenta fundamentalmente, para que tenga ejercicio, la desigualdad individual que también en múltiples aspectos, encontramos en la persona humana para protegerlos por medio de la legislación. La presencia de los sectores económica más débiles, la presencia de los que no tienen bienes de fortuna y se encuentran desamparados frente a los que si tienen, la presencia de sectores que necesitan forzosamente la intervención de la autoridad política que tiene en su misión el lograr la justicia distributiva en todo su alcance, en todo su esplendor.

La legislación social, como estatuto dinámico de los trabajadores, como estatuto dinámico protector de las clases desheredadas, es la forma más amplia, la forma más eficaz que puede emplear el Estado para lograr el reino de esa justicia distributiva. La distribución defectuosa de la riqueza, la necesaria distribución equitativa de la misma para que abarque a sectores de la población cada vez más amplios para que no exista lo que se ha dicho, un hogar sin pan, un hogar sin lumbre, una persona sin habitación, tiene que ser lograda por la misión fundamental del Estado, de dedicar su actividad al bienestar general, de tratar de igualar en forma cada vez más sensible, el nivel económico de la población de dedicar su esfuerzo a intervenir para atenuar las desigualdades en la distribución de la riqueza.

Esto se logra, además de la legislación social por medio de la asistencia pública es deber del Estado crear las instituciones de beneficencia que suplan los infortunios del hombre en los avatares de la vida. Encierra dentro de sí un amplio sentido de justicia social cuya misión específica tiene que ser obtenida por el Estado, esa parte de asistencia es subsidiaria por parte del Estado, subsidiaria de la libre iniciativa, la libertad del hombre puede crear instituciones protectoras de los desamparados y esas instituciones no deben ser perseguidas por el Estado, sino fortalecidas, protegidas, deben ser objeto de un amparo protección cada vez más amplios por parte de la autoridad política.

I.- ELEMENTOS PREVIOS DEL ESTADO

1.1.- LA POBLACION, LOS DIVERSOS PRINCIPIOS DE REPARTIMIENTO DE LAS POBLACIONES ENTRE LOS ESTADOS

*1 Una primera reflexión sobre la población de los Estados nos permite darnos cuenta que se agrupan en muy diversa cantidad en los mismos, que igualmente tienen muy diversas condiciones geográficas de extensión, localización en el globo terrestre, etc. Y es que como explica Dabin, la población se encuentra repartida entre los diversos Estados que existen en la superficie terrestre, es decir no existe un Estado que abarque toda la población mundial. Pero si tratamos de averiguar las causas de esa división ¿Qué criterio seguiremos para explicar el reparto de la población en diversos Estados existentes?

Además, y éste es el segundo criterio, podemos explicar su pertenencia a diferentes estados tomando en cuenta sus características.

Es decir, agruparemos aquellas poblaciones que presentan características homogéneas; una misma raza, o una misma lengua, por ejemplo.

Por último, y éste es el criterio generalmente seguido, una clasificación mixta. Se toma en cuenta la población de un mismo territorio y se ve, además, si presentan homogeneidad de características los habitantes de un territorio para explicar que formen un Estado diferente.

1. 2.- DIVERSAS CONCEPCIONES DE LA IDEA DE NACIONALIDAD.

La nacionalidad es un concepto que se emplea también como criterio racional o natural de reparto de la población.

Tomando en cuenta este criterio se agruparían los hombres de acuerdo con la diversa nacionalidad que tienen.

Pero se presenta el problema de determinar en qué consiste la nacionalidad, pues no existe un criterio uniforme, sino que hay diversas corrientes doctrinales que tratan de explicarlo, de acuerdo con distintos puntos de vista.

*1.- Porrúa Pérez Francisco, teoría del estado vigésimo séptima edición editorial Porrúa México 1994 Págs. 269,

Obtener un concepto preciso de aquello en que consiste la nacionalidad es muy importante por que una corriente doctrinal considera que la población del Estado no debe comprender más que a los nacionales, y si es posible, a todos los nacionales. Es el concepto que afirma que la nación debe coincidir con el Estado. Este principio con ciertas divergencias, es reconocido por las democracias occidentales.

Por otra parte, existe la posición política opuesta, de entender a la población como una clase especial. Esta concepción afirma que la clase proletaria, como instrumento de la revolución para llegar a la sociedad sin clases, es la que integra el Estado. Es la concepción Marxista, sustentada por el Estado soviético, hasta antes de su desaparición.

¿En que consiste la nacionalidad? Para llegar a establecerlo debemos partir del análisis de otros conceptos. Debemos analizar los conceptos de sociedad, pueblo y nación, y en esta forma podemos llegar a explicar en que consiste la nacionalidad.

De acuerdo con el profesor Alejandro Groppali, sociedad es el término o concepto más amplio de los que hemos enunciado. Los otros serán formas concretas o conceptos concretos de sociedades. La sociedad, dice Groppali, es la unión de los hombres basada en los distintos lazos de la solidaridad. Pueblo y nación son conceptos particulares de la sociedad examinada desde puntos de vista especiales. Pero ambos conceptos tienen como género supremo, dentro del cual están contenidos, la sociedad.

En cuanto al concepto de población, vemos que se utiliza para designar un conjunto de hombres en un sentido aritmético. Se dice que la población es el número de habitantes de un Estado.

Pueblo es más restringido; se usa este vocablo para designar aquella parte de la población que tiene derechos civiles y políticos plenos, es decir, el concepto de pueblo tienen una característica distintiva: el tener este ingrediente jurídico. Este concepto de pueblo referido a ese matiz jurídico, lo encontramos ya desde el Derecho romano. El pueblo romano estaba integrado por los ciudadanos romanos; y así encontramos la expresión: “El pueblo romano y el senado romano.”

De acuerdo con Manzini, la nación es una sociedad natural de hombres con unidad de territorio, de costumbres y de lengua y de una vida y conciencia comunes.

Pero tenemos que distinguir entre nacionalidad y nación. La primera conduce a la integración de la nación. Pero ¿Qué cosa es la nacionalidad?

La nacionalidad es un determinado carácter o conjunto de características que afectan a un grupo de individuos haciéndolos afines, es decir, dándoles homogeneidad, y por ello la nacionalidad aproxima a los individuos que tienen esas características afines y los distingue de los grupos extranjeros que tienen los signos peculiares.

Naturalmente que en la existencia de esas ciertas características que determinan la nacionalidad concurren una serie de elementos. No existe una opinión uniforme para clasificarlos, para decirles que uno de ellos sea el que marque aun grupo con ese carácter de nacionalidad. Pero se conceptúan como elementos de caracterización nacional: la lengua, la religión, las costumbre, la vida en común.

Del examen de estos elementos desprendemos la existencia de los mismos de ingredientes materiales e ingredientes espirituales. Vemos que se trata de factores de diversa índole.

Dentro de los elementos materiales encontramos fundamentalmente los factores racionales y lingüísticos. Pero, además, dentro de ellos existe también el elemento geográfico, el hecho de vivir dentro de un mismo territorio. Dentro de los elementos espirituales encontramos el deseo del vivir colectivo, fundado y precisado en esa adhesión al pasado histórico y las condiciones políticas que de buen o mal grado condicionan la vida del Estado. La nacionalidad no solo es cuestión de ser, sino también de voluntad.

1. 3.- CONCEPTO DE NACIÓN Y ESTADO.

La nación significa la suma de individuos más bien la serie generaciones sucesivas marcadas con el mismo carácter nacional, surge inmediatamente el problema del dualismo de la nación y el Estado, es el problema de determinar si la nación constituye una persona moral o entidad diferente del Estado, hay pensadores que contestan afirmativamente este interrogante que dicen que la nación constituye una persona moral diferente del Estado, sin embargo, la afirmación de esta corriente doctrinal es objetable, en efecto, un grupo social por tener características comunes (homogeneidad) puede presentar perfiles distintivos; pero si se examina, en la realidad se observa que al tratar de agruparlo como una nación, se hace una abstracción de las particularidades afines de esos individuos, y entonces, en virtud de esa hipóstasis, se crea algo diferente de los individuos que lo componen, entonces se habla de un ser que este como algo diferente de los individuos que lo componen, pero la nación no es una persona moral diferente de los hombre que se encuentran formándola, la nación no s sino una abstracción de las características especiales que distinguen a un grupo de hombres.

Sabemos que el Estado si es una entidad con personalidad moral, real y jurídica diferente de los individuos que forman parte de la población que se encuentra en su base, en el mismo sentido que hemos objetado a la nación como una persona moral específica, podemos objetar a los que elevan el concepto de pueblo a una categoría personal, simplemente se trata de ficciones dañina y equivocadas, la realidad es la existencia de una sociedad humana como elemento del Estado, siendo este que es esa misma sociedad con características específicas el que tiene personalidad.

II. EL TERRITORIO

*2 En el análisis respecto de las notas que integran la naturaleza del Estado figura en segundo lugar la parte de la superficie terrestre que forma el asiento natural de la sociedad humana en que consiste el Estado, el estudio físico concreto de ese territorio constituye el objeto de disciplinas científicas particulares como son la geografía, geología, etc. La teoría del Estado lo estudia científicamente como lugar donde reside la población estatal relacionándolo con la misma e investigando la situación que guarda respecto de la naturaleza de la entidad política.

2.1.- EL TERRITORIO, ELEMENTO FÍSICO DEL ESTADO.

Existen agrupaciones humanas en las que el territorio no es de importancia primordial; por ejemplo: la iglesia, las organizaciones internacionales, etc. Pero tratándose del Estado, el territorio es un elemento de primer orden, colocado al lado del elemento humano en cuanto a que su presencia es imprescindible para que surja y se conserve el Estado. Los hombres llamados a componer el Estado, deben estar permanentemente establecidos en su suelo que se llama patria; que deriva de dos vocablos latinos terra patrum (tierra de los padres), la formación estatal misma supone un territorio, sin existencia del territorio no podía haber Estado.

Así pues, podemos decir que el territorio es un elemento necesario para su vida del Estado, este hecho se expresa por Jellinek diciendo que el Estado es una corporación territorial, la extensión del territorio del Estado no tiene trascendencia decisiva en lo que se refiere a los principios de la doctrina política, lo importante es que exista en ese territorio, la mayor o menor extensión territorial y la abundancia o escasez de bienes materiales en el Estado, determinarán su mayor o menor extensión e incluso tendrá repercusión en lo que se refiere a las formas del Estado en su mayor o menor riqueza y poderío pero no son esenciales a la existencia del Estado en determinada cantidad, el Estado es una agrupación política no una expresión

*2.- Porrúa Pérez Francisco Op. cit. supra 1 Pág. 277.

geográfica o económica, el territorio comprende a demás de la superficie terrestre, el subsuelo, la atmósfera y el mar territorial, comprendiendo en el mismo la plataforma continental.

El territorio tiene dos funciones, una negativa y otra positiva, la función negativa en cuanto circunscribe, en virtud de las fronteras, los límites de la actividad estatal y pone en dique a la actividad de los Estados extranjeros dentro del territorio nacional, estos límites se encuentran establecidos por el Derecho internacional, el Estado fija sus límites con una autonomía sujeta naturalmente a las contingencias históricas y a la convivencia con los otros Estados, pero la función del territorio no se circunscribe a estos límites, a esta función negativa se le añade una función positiva que consiste en constituir el asiento físico de su población, la fuente fundamental de los recursos naturales que la misma necesita y el espacio geográfico donde tiene vigor el orden jurídico que emana de la soberanía del Estado

El Estado dentro de su territorio está capacitado para legislar a los habitantes que se encuentren dentro del mismo, pues el dominio de un espacio determinado le permite controlar a la población y le permite considerar a esa población como población del mismo Estado, el Estado que pierde su territorio desaparece, pues ya no tiene espacio donde hace valer su poder, donde desarrollar su misión, del territorio depende también su independencia frente al extranjero, por tanto, el Estado tiene un derecho sobre su territorio.

2.2.- EL FIN DEL ESTADO.

*3 Habiendo examinado los elementos previos del Estado, es decir, el elemento humano y el territorio de los cuales uno de ellos, la sociedad humana es, además de elemento previo, elemento constitutivo y el otro, el territorio, es elemento previo pero solo en el sentido de condición para la existencia de la comunidad política, así entonces es conveniente hacer el análisis de otros elementos constitutivos del mismo que forman parte del Estado al igual que la sociedad humana, la sociedad humana que se encuentra en la base del Estado se caracteriza y distingue de otras agrupaciones humanas distintas de la sociedad política, por la presencia en la misma de los otros elementos constitutivos, uno de ellos es el fin específico que persigue en virtud de su actividad. Este fin, es el *bien público* de los hombres que forman su población; el estado es una estructura social que alberga dentro de sí a otras agrupaciones sociales de grado inferior, la familia, las sociedades civiles y mercantiles, las universidades, los sindicatos, etc., no colocándose sobre ellas como una súper estructura, sino complementándolas, sin destruirlas ni absorberlas. Esta función del Estado es de respeto y de complemento no de destrucción ni de reemplazo.

Por otra parte, en el Estado participan también lo gobernados de la misma manera activa que los gobernantes, pues hemos visto que el Estado surge de la actividad de los seres humanos que se encuentran en su base, hombres agrupados políticamente. Todos pues colaboran aunque no en un plano de igualdad, hay un grupo que dirige en virtud de lo que se llama *imperium*, y dispone de fuerza para ejecutar sus ordenes(*potestas*).

Descubrimos en esta forma la existencia de otro de los elementos constitutivos del Estado: *La autoridad o poder* que aún cuando reside y deriva de toda la sociedad estatal, su ejercicio compete a un grupo específico de hombres que lo ejercen, así establecemos que esos elementos específicos del Estado, que lo distinguen de otras agrupaciones humanas, son el *fin propio* del Estado, la *autoridad* o poder que lo caracteriza y el orden jurídico. Esos elementos de una manera formal, existen en toda sociedad, pero en su aspecto intrínseco revisten caracteres especiales que los distinguen y que en esta forma diferencian al Estado de las otras agrupaciones humanas, la autoridad tiene su fuerza característica en el Estado, por que es soberana y *el fin perseguido por él mismo también se distingue de los otros fines perseguidos por otras agrupaciones humanas*.

“El bien público en su totalidad solo se persigue por el Estado como ingrediente específico de su esencia”. Por lo que entonces es conveniente hablar del elemento teleológico o espiritual, del fin que persigue el Estado, este fin es el *bien público temporal*, el Estado como ente cultural, tiene por objeto la obtención de un fin, los hombres que componen el Estado, los gobernantes y los gobernados al agruparse formando la sociedad estatal persiguen un fin, el Estado encierra en si actividad una intención que es la determinante y el motor de toda estructura, el fin del Estado será el que determine las atribuciones, la competencia material de los diferentes órganos del Estado y en función de esa competencia se crearan esos órganos, en este fin esta la razón ultima del Estado y su diferencia específica con otras sociedades.

2.3.- BIEN COMÚN Y BIEN PÚBLICO.- *Por ello, para precisar en lo que consiste ese fin, debemos distinguir entre “bien común” fin de toda sociedad y “bien público” fin específico de la sociedad estatal*. Siempre que los hombres se agrupan socialmente, para la obtención de un fin que beneficia a todos, ese fin, al perseguirse precisamente para beneficiar a un conjunto de hombre, es un bien común. La sociedad mercantil persigue un fin de lucro para todos los miembros que la componen, Ese sin, consiste en los beneficios económicos, es el bien común de los que integran esa sociedad. El sindicato persigue el bien

*3.- Porrúa Pérez Francisco Op. cit. supra 1 Pág., 283.

común de sus afiliados, consistente, ese bien común, en el mejoramiento de las condiciones de trabajo de los que componen ese sindicato, la agrupación religiosa persigue también un bien común, consistente en el perfeccionamiento espiritual de sus miembros, y así todas las agrupaciones humanas se dirigen hacia un fin que consiste en obtener el bien común para sus integrantes.

El Estado también persigue un bien común, un bien que beneficie por entero a todos los que lo componen. Pero por ser una sociedad mas amplia, una primera distinción del bien común puede ser esta. *Bien común particular o bien común público*, según que se relaciones de manera inmediata con intereses particulares o con interés público. *El bien común perseguido pro el Estado es el bien público* . El fin perseguido por particulares puede ser egoísta; por ejemplo: el bien común lucrativo y el bien común particular también puede ser altruista; por ejemplo cuando se trata de una sociedad de beneficencia, el fin del interés publico no implica que sea altruista, pues esta destinado a aprovechar a los particulares, miembros del grupo político, pero además puede ser también altruista por cuanto puede redundar en beneficio de una clase especial y no ser lucrativo, sino cultural o de otra índole. Carré de Malberg y Jése utilizan un criterio formalista para establecer la distinción entre el internes o bien particular y el interés o bien público y dicen que interés público es aquel cuya satisfacción queda a cargo del Estado y particular el que no tiene esa característica.

El bien particular es el que persigue cada individuo o grupo en concreto; no cae su obtención en forma directa dentro de la esfera de competencia del Estado; es algo que concierne a cada individuo o grupo. El papel del Estado es complementar la indigencia social del hombre, pero no reemplazarlo completamente. El individuo tiene que actuar en forma directa para alcanzar su fin, siendo auxiliado para esa obtención para el Estado, cuya actuación en vista del bien común se reflejara en forma indirecta en los esfuerzos de los individuos para alcanzar su bien particular. La conocida máxima religiosa “ayúdate, que Dios te ayudara” opera también en a actividad de los individuos o de los grupos en busca de su bien particular; la actividad del Estado, de acuerdo con su naturaleza, será ayudar al individuo o al grupo; pero estos tienen que actuar, tienen que obrar tratando de dirigirse en forma particular, por su propio esfuerzo, para la obtención de los bienes particulares que necesiten. Es por eso que no podemos conseguir un Estado aislado culturalmente que no necesite de las creaciones de la cultura que se originen en otros Estado.

2.4.- DOCTRINA TOMISTA DEL BIEN COMUN.

Santo Tomas afirma que el orden a que esta sujeto el universo, como todo orden tiene un sentido, ese sentido lo es proporcionado por la finalidad que se persigue en esa ordenación, la conformidad o adecuación

entre el orden de los seres y su actividad y el fin que persiguen en la misma, se llama bien, el bien en consecuencia es un predicado del ser, cuando este realiza su actividad, orientándola rectamente hacia el fin que corresponde a su naturaleza, lograr el fin propuesto por la misma realidad es obtener el perfeccionamiento, la plenitud cabal del ser.

El Estado ente de la realidad tiene también un fin que realizar, ese fin consiste para santo Tomas en que los hombres no sólo vivan sino que vivan bien. *Quotd homines non solum vivant set quotd bene vivant*, para Santo Tomas el fin que corresponde a la naturaleza del Estado, adecuado a su realidad, es lograr con su actividad el bien común del mismo que se refleja de manera necesaria en el bien particular de todos los hombres que en conjunto integran el Estado y su perfeccionamiento se reflejará en el perfeccionamiento de todos los seres humanos en particular.

La sociedad política necesita en primer término existir y conservarse. La tendencia a esa existencia y conservación da lugar a una primera clasificación del bien: *bien común colectivo*. Pero la existencia y conservación de la sociedad política, debe entenderse que tiene la misión de realizar el bien de todos y cada uno de los hombres que la componen. A esa nueva dirección del bien, la llama Santo Tomas bien común distributivo, el primero de los bienes comunes, el colectivo se logra por medio de la justicia conmutativa; el segundo, o bien común distributivo, por la justicia distributiva también llamada justicia social.

Esta justicia social es la que sirve de fundamento a la actividad intervencionista del Estado para proteger a los desposeídos. En ella se inspiran los principios de la doctrina social del cristianismo preconizando la creación de estatutos imperativos protectores de los trabajadores, de asistencia social a cargo de la comunidad política y de recta ordenación de la convivencia en beneficio general.

III.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ESTADO, EL ELEMENTO FORMAL: LA AUTORIDAD O PODER PÚBLICO.

3.1.- LA AUTORIDAD O PODER PÚBLICO.

*4Habiendo analizado el elemento constitutivo en el Estado que denominamos teleológico, o sea el elemento correspondiente a la finalidad propia del mismo que es el bien público, con las características que le atribuimos, es necesario mencionar otro de los elementos constitutivos del Estado que es la autoridad o poder.

Vimos que el bien público temporal solo puede lograrse por medio de la actividad reunida de todos los individuos y todos los grupos que integran el Estado, actividad que debe ser coordinada por el Estado para que no sea desviada y pueda conseguir el objetivo al cual debe orientarse, objetivo que agrupa a todos los individuos sin excepción, hombres, mujeres, adultos, niños, etc. Es decir, todos los individuos que forman el elemento humano del Estado, todos ellos deben concurrir para realizar la tarea indispensable común dirigida a conseguir la satisfacción de las necesidades propias e individuales y concomitantemente el bien común.

Sin embargo, *esta sociedad universal y necesaria, el Estado no podría existir y alcanzar sus fines sin la existencia en el mismo de un poder, es decir, de la autoridad.* En esta forma establecemos la necesidad de una institución gobernante en el Estado y afirmamos que la cooperación libre de los individuos es una mera ilusión.

La misma coordinadora del Estado implica que éste pueda imponer obligatoriamente sus decisiones; para ello, necesita poder. La realización del bien público postula la necesidad de una autoridad. El bien público en sus manifestaciones de orden y armonía y de suplencia a la actividad particular, reclama la existencia de la autoridad.

El bien público requiere una división del trabajo entre dos grupos: uno de ellos determinará cuales son las exigencias del bien público, cual debe ser su contenido y después de ello decidirá e impondrá su voluntad con el objeto de realizarlo. El otro grupo realizará las actividades correspondientes a su libertad regulada por el orden y las directrices que le son señaladas. Es la distinción entre gobernantes y gobernados. De esta manera la noción misma del Estado y especialmente el fin que este persigue, excluye un régimen de igualdad entre los asociados, y por tanto, debe el Estado tener autoridad y poder para imponer una cierta conducta, con el objeto de no caer en la anarquía y en la imposibilidad de conseguir el bien publico, no se llega al orden por vía de dispersión y de desorden. El orden implica una determinada convergencia de acción como necesidad impuesta por la autoridad, existe así entonces la necesidad de una autoridad que coordine toda la actividad económica para que esta se mantenga en los contornos a que puede llegar la libertad sin que resulte nociva, esta doctrina preconizada por el Marxismo, ha conducido a la creación de sistemas políticos monstruosos y totalmente divergentes de esos mismos principios. El Estado Soviético trato de llevar a efecto los postulados del Marxismo, sin embargo, la tiranía soviética fue la mas autoritaria en posición política. La actitud política y abertura de Yeltsin la término.

*4.- Porrúa Pérez Francisco Op. cit. supra 1 Pág. 297

3.2.- TAREAS DEL PODER PÚBLICO.

Una vez que hemos fijado la necesidad de la existencia de la autoridad, debemos hablar de su tarea, de su actividad ¿En que consiste gobernar al Estado?. En el plano internacional, la autoridad representa al Estado; pero la función primordial de la autoridad se enfoca no hacia el plano internacional sino al aspecto interno, hacia el gobierno del propio Estado.

La autoridad por definición esta capacitada para dar ordenes, el orden y su causa eficiente, la coordinación, son elementos primarios del bien público que no podrían obtenerse sin el concurso de los habitantes del Estado, la autoridad tiene que definir las actividades positivas y negativas susceptibles de llegar al fin propio del Estado, *pero una orden que no pueda imponerse es una orden dada en el vacío*, carece de efectividad, por ello es lógico que la autoridad llamada a mandar tenga el derecho de obligar a la obediencia de sus ordenes y en esto consiste a la primera tarea en que se manifiesta la autoridad.

Este aspecto consiste en formular mandatos exigiendo que se realicen o no actividades en tal o cual sentido, para la conservación del Estado y para el logro de sus fines.

El segundo aspecto formal o segunda tarea de la autoridad, aparece cuando esta organiza los servicios públicos destinados a ayudar o suplir la actividad de los particulares en vista de la obtención del bien público.

La primera tarea es el gobierno, propiamente dicho, la segunda es la administración, el gobierno es la dirección general de las actividades de los ciudadanos en vista del bien público en todos sus aspectos, la administración es la función organizadora de los servicios públicos de dirección, ayuda y suplencia de la actividad de los particulares.

Estas dos tareas se implican mutuamente. El gobierno es imposible sin la administración y esta requiere un gobierno que asuma la dirección de los servicios públicos en que consiste.

3.3.- EL GOBIERNO.

El gobierno es esencialmente la acción por la cual la autoridad impone una línea de conducta, un precepto, a individuos humanos. Los gobernados son los habitantes del estado, nacionales y extranjeros, que se encuentran en el territorio estatal. La actividad de la autoridad en su aspecto de gobierno es dar ordenes,

puede también proceder por vía de sugerencias, pero solo supletoriamente. Su misión principal es ordenar. Naturalmente que esas órdenes no deben ser arbitrarias, sino que han de dirigirse hacia la consecución del bien público.

El campo propio de esas órdenes se extiende a todas las materias que hemos visto que integran el bien público, materias que de cerca o de lejos, en el orden de los fines o de los medios, se refieren al bien público temporal.

Se trata de relacionar los individuos entre sí y a estos con los órganos del Estado, o bien, de relaciones entre los distintos sectores del gobierno. El ordenar cubre normalmente todo el campo delimitado por los fines de la agrupación política. Estas órdenes de la autoridad, pueden revestir diferentes características. A veces son generales, dictadas *a priori*, para todos o para determinado grupo, en forma abstracta. Estamos en presencia entonces de leyes, reglamentos, jurisprudencia y, en forma supletoria de las costumbres y la doctrina. Pero los mandatos también pueden ser particulares; el gobierno puede y tomar una decisión en vista de un caso concreto, entonces, estamos frente a las sentencias, las concesiones administrativas y en general los actos administrativos en sentido estricto.

Las leyes, entre otras particularidades, revisten el carácter de ser imperativas y supletorias. Por tanto, observamos que este primer aspecto o primera tarea de la autoridad se confunde con la misión del Derecho Positivo en sentido amplio y que comprende reglas generales y funciones concretas o administrativas. La autoridad *esta en la aptitud de crear el Derecho Positivo*.

Vemos que el Derecho en esta forma nace del aspecto de la actividad de la autoridad que hemos considerado como gobierno, esta función de elaboración del Derecho en su aspecto formal por medio de las órdenes que dicte el Estado se ve condicionada por la orientación hacia la consecución del bien público.

El Estado se ve precisado a fijarse en la necesidad de buscar el fundamento de sus decisiones en las normas que rigen la conducta humana, especialmente desde el punto de vista moral. La autoridad no podrá hacer que reinen el orden y la paz, sino comienza por concebir las relaciones de los hombres entre sí sobre las bases de justicia y de caridad definidas por la moral social. Esto es, *la fuente material del Derecho Positivo debe ser siempre el derecho natural entendiendo a este como el recto ordenamiento de la conducta de los hombres que deriva de su peculiar naturaleza individual y social*. La autoridad, por razones técnicas y políticas, podrá o no, reproducir todas las normas del Derecho Natural en normas de Derecho positivo, pero este, no deberá nunca contradecir al derecho natural, y si esto ocurre, los particulares podrán justificadamente abstenerse de acatar la norma positiva.

3.4.- LA FUERZA MATERIAL DEL ESTADO.

Vamos a ocuparnos ahora del papel que representa la fuerza material del Estado, como el fin del Estado es la obtención del bien público temporal, la autoridad tiene no solo el derecho sino el deber ineludible de velar por el cumplimiento de sus mandatos, haciendo uso de las manifestaciones materiales de su poder, las ejecuciones forzosas, los embargos y las medidas de seguridad impuestos por el Estado o quienes no respeten sus decisiones, son los casos mas típicos de esas manifestaciones materiales del poder.

Quien dice autoridad, dice poder. Sin duda, la doctrina alemana clásica se equivocaba cuando confundía al Estado con el poder material. Pero también es cierto que para poder gobernar, la autoridad necesita de la fuerza material que le permita llevar a efecto obligatoriamente en sus decisiones.

Pero esa fuerza debe estar encaminada hacia los fines del Estado que en su aspecto de autoridad debe dictar órdenes en vista del bien público. La fuerza no es la justificación ni la realidad del poder, que es de esencia espiritual, pero si es su auxiliar indispensable. En consecuencia, el gobierno que por principio o por debilidad no haga uso de la fuerza, *faltara a su deber*. Si por debilidad o por principio, el Estado no logra que existan ese orden y armonía necesarios para el bien público a que destina su actividad, entonces *desvirtúa su propia esencia*.

En consecuencia también el gobierno esta obligado a armarse, de tal suerte que ningún partido, grupo o individuo este en posibilidad de combatir con el Estado, la fuerza en el Estado no solo sirve para asegurar el cumplimiento de sus ordenes, es también la condición de la libertad de las decisiones de sus gobernantes. El gobierno será débil mientras no disponga de una fuerza capaz de vencer todos los obstáculos que puedan surgir en su interior, la debilidad es una falta y siempre un vicio, las demás fuerzas sociales deben ser mas débiles que las del Estado, que debe mantenerlas en su justo desenvolvimiento.

Pero, no obstante la existencia de esa fuerza, existe también la necesidad de otro elemento: *La libre adhesión de los ciudadanos, siendo esta adhesión la base fundamental en que descansa la autoridad*. La fuerza por sí sola, especialmente la fuerza militar, no basta para fundar de hecho, y menos para justificar, la autoridad del Estado y de los gobernantes.

El ejército es necesario para proporcionar la fuerza material indispensable para la existencia y desarrollo del Estado, pero la experiencia enseña que *ningún gobierno se hace respetar por el solo prestigio de la fuerza*. Si la masa del pueblo se niega a obedecer, ni la mayor fuerza puede obligarla a nada. Un Estado esta condenado a la desaparición cuando no goza de la adhesión, gustosa o resignada, de los ciudadanos. Esta adhesión nace de la confianza de la simpatía o de la autoridad en sentido psicológico.

Por ello, conviene organizar al gobierno de manera que se permita el juego de esos dos factores: La competencia técnica y el valor moral de los que gobiernan, pero la fuerza debe detener la indisciplina, sino se refrena conduce a la anarquía y a la desaparición del Estado mismo.

IV.- LA AUTORIDAD O PODER PÚBLICO

4.1.- LA ADMINISTRACIÓN.

Analizamos ya el aspecto formal de la autoridad que se manifiesta concretamente en las decisiones de carácter general creadoras del Derecho Positivo y decisiones de carácter particular, tomadas en vista de casos concretos que la autoridad resuelve dirigiendo la marcha del Estado, este aspecto es el gobierno, y el otro aspecto de la autoridad es la *administración*.

La autoridad, llamada aun papel principal en la actividad política, no se limita al gobierno (aspecto formal); no se concreta a dirigir en vista de los fines sociales la actividad de los ciudadanos, sino que también se manifiesta por medio de la administración, administrar es proveer, por medio de servicios, a la satisfacción de los intereses que se consideran incluidos en la esfera del Estado y del bien público, la autoridad en el aspecto de administración tiene diversas tareas que realizar.

En primer termino, debe hacer la selección de los intereses que merecen ser administrados, delimitar el campo en el que habrá de desarrollar su función de administración. Seleccionado este campo fijados aquellos intereses que merezcan ser administrados debe organizar los servicios encargados de administrar esos intereses, estimulándolos y controlándolos en sus funciones. La administración se enfoca hacia la protección de intereses, es un gran intermedio entre el gobierno y los gobernados, la actividad de la administración se dirige hacia las cosas. El gobierno, en cambio, se dirige en forma directa hacia las personas. Los servicios están en si mismos constituidos por las actividades coordinadas de determinados hombres, que son los funcionarios obligados a obedecer los mandatos de los superiores y en ultimo termino de su jefe supremo.

No obstante, ese deber de obediencia, los funcionarios se distinguen del común de los ciudadanos. Con esto se entiende el gobierno en forma directa, a través de sus mandatos y disposiciones particulares. Pero tratándose de la administración, una vez que se designa a los funcionarios, el servicio público que se les encomienda camina por si mismo en virtud del estatuto que los rige.

4.2.- CLASIFICACIÓN DE LOS SERVICIOS QUE ATAÑEN A LA ADMINISTRACIÓN.

La administración al desarrollar su actividad, crea una serie de servicios y vigila y dirige su actividad. Los servicios se dividen o clasifican en varias categorías:

En primer termino los servicios de gobierno propiamente dichos, o jurídicos que consisten en dar órdenes y hacer reinar el derecho, no es contradictorio después de haber distinguido entre administración y gobierno, hablar ahora de un administración el gobierno. Como toda idea destinada a ser realizada en la practica, el gobierno en si reclama servicios encargados de administrarlo.

Los gobernantes dictan las leyes, pronuncian las sentencias, dan órdenes. Pero dadas a conocer esas ordenes, tienen que ser ejecutadas, tienen que ser llevadas a una ejecución practica y concreta. Las leyes tienen que aplicarse; las sentencias ejecutarse. En teoría, los mismos gobernantes que dictan las órdenes podrían aplicarlas; pero tradicionalmente se ha dividido el trabajo. *La ejecución de las leyes se efectúa por la otra faceta del poder, que hemos denominado administración.* En su manifestación externa, el poder aparece dividido *formalmente de acuerdo con las diferentes funciones a realizar, según los servicios a que se enfoque.*

El servicio legislativo se encomienda al órgano de este nombre y este es auxiliado por otras instituciones, como las barras de abogados, colegios de abogados, etc. El servicio judicial se encomienda a otros grupos de funcionarios, y los servicios administrativos se encomiendan al ejecutivo y los órganos de que este se compone, en apoyo de la ejecución de las funciones de la autoridad en todas sus facetas, en caso de oposición de los gobernados, se recurre a la fuerza publica, militar o policíaca.

Hubo épocas en que el poder era un verdadero derecho subjetivo de los titulares del mismo. Pero en el Estado moderno, que se da en el mundo occidental a partir del renacimiento, el poder de la autoridad no es absoluto, sino que esta condicionado al fin que tiende a realizar. El Estado tiene el derecho y el deber de ser poderoso; tiene el derecho y el deber de mandar, y por su parte, los gobernados tienen el deber o obedecer. Pero este poder y este derecho de mandar no pueden ser usados por sus titulares sino para el bien público. Quedan así *imperium* y *potestas* condicionados y ordenados al fin de la cosa pública: El bien común.

Pero gobernantes y gobernados forman conjuntamente la sociedad política, el Estado. Ninguno de ellos es un elemento exterior a la comunidad estatal, los gobernantes no forman una categoría o clase exterior al Estado; son los coasociados de los gobernados, sociedad y autoridad, quienes tienen un lugar en el interior del estado y están llamados a trabajar en una obra común. Unos tienen el poder; los otros obedecen. *El Estado es una agrupación jerarquizada*: Los gobernantes trazan las directivas, los gobernados ajustan a ellas su conducta. Y ambos deben coordinarse en vista del logro de sus fines esenciales.

La consecuencia del carácter funcional de los derechos de la autoridad, que están al servicio del bien público, es la exclusión de toda política partidista. En efecto, el gobernante no debe utilizar su función para provecho propio, sino que su actividad ha de encausarse hacia la consecución del bien común, por ello se establece como postulado que todos los servicios públicos deben ser gratuitos. La práctica de los señores de la edad media de cobrar los servicios, es nociva por el interés personal que despierta en los funcionarios. A parte de que así únicamente una persona que tuviera posibilidades económicas podría utilizar el servicio público en su provecho. Además, en esta forma los gobernantes no tienen derecho de limitar sus servicios, abiertamente o no, en provecho de una clase o de una región.

Maurice Hauriou dice que no se debe gobernar para el partido *si se llega al poder por medio del partido, debe gobernarse, no en interés de ese partido, sino en vista del bien público. La autoridad debe gobernar para todos, sin distinción de ideas ni de situación económica y social. Solo así podrá realizar su fin y encausar la actividad de todos hacia el bien común.* Hauriou define el poder con las siguientes características:

El poder es una libre energía que gracias a su superioridad asume la empresa de gobierno de un grupo humano por la creación continua del orden y del derecho; en la anterior definición encontramos notas distintivas del poder político que lo caracteriza y lo distinguen de otras fuerzas sociales:

a) afirmamos que el poder es una libre energía dotada de superioridad; es decir, que el poder es a la vez libertad, energía y superioridad. La libertad aparece, se manifiesta, *en la soberanía del Estado, que consiste en la autonomía del mismo*. Dijimos también que el poder es una energía, puesto que tiene fuerza con determinada naturaleza que consiste, no en ser desorbitada e irrefrenada, sino una fuerza sujeta al derecho, pero fuerza al fin y al cabo. Y por último la superioridad es una noción cualitativa que representa la jerarquía superior del poder del Estado. El poder puede existir en distintas formas, dentro de los grupos sociales; cuando se trata del poder del Estado, es un poder superior a todos los demás que pueden existir dentro de la sociedad estatal.

b) El poder, con las características que hemos asignado, asume la empresa del gobierno de un grupo humano. El poder supone la existencia de un grupo humano, grupo humano que es precisamente la fuente u origen de esa energía y en el cual reside, en consecuencia, el poder como nota correspondiente a su naturaleza, así lo fundamental es que exista un núcleo humano grande o pequeño, y el gobierno de este grupo es el fin del poder. El poder se mueve por la ambición y el espíritu de empresa para realizar el bien común, y sirve de criterio para medirlo más que su gobierno actual, la empresa que busque realizar; esa empresa es el criterio con que debemos clasificarlo. Al ser una energía de empresa el poder es un elemento aglutinante; es un factor de sociedad. La sociedad reposa en la obediencia al poder tanto como en los sentimientos que surgen directamente de los individuos o de los contratos.

c) El poder gobierna por la creación continua del orden y del derecho, debemos atribuir al poder: La libertad. Es una libertad que gobierna a otras libertades. Pero sabiendo siempre que la libertad en todos sus aspectos para ser rectamente entendida debe someterse al orden, el poder definirá ese orden al crear las normas del derecho positivo que han de ser acatadas por todos, lo que es precisamente su validez universal, y por otra parte, los gobernados no acataran las decisiones del poder que no se ajustan al orden jurídico.

Todo el poder que quiera durar está obligado a crear un orden de cosas y un derecho positivo pero teniendo en cuenta que ese orden de cosas y ese orden positivo, para que tenga validez, no deben apartarse del derecho natural, hasta el punto de que si se apartan de este, puede justificarse la rebeldía de los ciudadanos.

4.3.- AUTORIDAD Y PODER.

Los romanos juristas por excelencia, derivaron su eficacia en el conocimiento del derecho de la observación reflexiva de los fenómenos sociológicos, por ser el campo propio del nacimiento y aplicación de las normas jurídicas.

Por ello haciendo uso de su genio lingüístico, expresaron en máximas o aforismos, una gran cantidad de principios jurídicos y sociológicos que aun tienen validez y la conservaran siempre por ser intrínsecamente exacta y en consecuencia inmutables.

Uno de esos principios consiste en afirmar: *Ubi homo ibi societas, ubi societas ibi jus, es decir:* “donde existe el hombre se encuentra la sociedad, donde se encuentra la sociedad aparece el derecho”.

Pero el Derecho y la sociedad a su vez, suponen la existencia no únicamente de un grupo humano, sino un conjunto de seres de esta especie donde existe lo que Leon Duguit llama “Un proceso de diferenciación entre gobernantes gobernados” lo que equivale a decir que hay una distinción jerárquica en todo conglomerado social: Los que mandan y los que obedecen.

Para mandar hay que tener autoridad o poder, la palabra autoridad tiene un significado de jerarquía, de superioridad, pero la superioridad en que consiste la autoridad puede derivar de diversas circunstancias intrínsecas o extrínsecas a quien es titular de esa autoridad, pero hay otro sentido de autoridad y es el que implica la referencia al poder política. Los gobernantes de un Estado son llamados autoridades, independientemente de su valor personal intrínseco, es pues en este caso una asignación de carácter extrínseco la que les confiere el título de autoridades que deriva de que son titulares del poder público.

Esa autoridad quien tiene facultades para dar ordenes legitima o bien, para ser considerado como modelo o arquetipo de valor, desde el punto de vista ético solo es realmente autoridad quien intrínsecamente posee cualidades para hacerlo, es decir, solo son autoridad de quienes tienen el ejercicio legitimo del poder y cuando dicho ejercicio se efectúa para el único fin respecto del cual ha sido instituido ese poder, el bien publico.

Así que tratándose del Estado, la situación ideal es que el poder público se encuentre siempre revestido de la cualidad jerárquica de la autoridad. Que le corresponde, en el campo de la ética, disponiendo además de la suficiente fuerza material o poder en sentido estricto para hacer respetar sus decisiones como autoridad.

Al examinar el Estado como unidad desde el punto de vista sintético, advertimos que se trata de una sociedad humana, que encierra dentro de si muchos otros grupos humanos que le están subordinados, advertimos con claridad que es la agrupación humana de mayor jerarquía en el orden temporal, esa jerarquía superior tiene validez no solo respecto de los grupos sociales que están colocados en el interior del Estado, sino respecto de los grupos externos al mismo en el sentido de que estos no pueden inmiscuirse en los asuntos internos del Estado, esa especial jerarquía obedece a una nota característica del Estado que es la soberanía.

V.- LA SOBERANÍA DEL ESTADO.

5.1.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA SOBERANÍA.- *5Al estudiar uno de los elementos constitutivos del Estado, al examinar el poder tenemos que tomar en consideración uno de sus atributos; uno de los atributos del poder que es la soberanía, en un principio la soberanía es una concepción de índole política que mas tarde evoluciona en un concepto de índole jurídica.

La soberanía como concepto surgió, no en virtud de razonamientos de gabinete, de especulación teórica o abstracta, sino motivada por la necesidad de explicar acontecimientos históricos. La historia misma de las comunidades políticas hizo nacer determinadas situaciones que para ser explicadas, tuvieron que motivar razonamientos que dieron origen al concepto de soberanía.

5.1.1.- EL PENSAMIENTO GRIEGO.- La autarquía, el bastarse asimismo sin depender de los demás, es lo que especifica al estado para la doctrina de Aristóteles, este pensador solo exige, para que exista el Estado, la independencia potencial y activa respecto del exterior, independencia que se funda, tal vez, no tanto en su naturaleza de poder Supremo, cuanto en la situación que le es propia al estado de ser en si mismo suficiente para satisfacer todas sus necesidades.

En esta forma, la autarquía no es una categoría jurídica, sino ética, por que se trata de la condición fundamental de la que depende la realización de los fines del Estado o la realización de la vida perfecta, la antigua polis posee la cualidad moral de aislarse del mundo, por que tiene dentro de sui todos los elementos para satisfacer las necesidades de los individuos que la forman. La polis no necesita del mundo bárbaro, ni de sus hermanas las otras ciudades griegas.

Pero este concepto de autarquía no se refiere para nada a la libre determinación del Estado, en su conducta, en su derecho, en su gobierno o administración, ni es su política interior y exterior, no toca para nada el aspecto de poder del que se deriva el concepto de soberanía.

Esa doctrina de la autarquía fue llevada a su extremo por los cínicos y por los estoicos quienes consideran a la autarquía como la cualidad esencial del individuo ideal, esto es, del sabio, así los cínicos concluyeron que el sabio no se ha de considerar unido al orden del Estado al ser totalmente autosuficiente y

*5.- Porrúa Pérez Francisco Op. cit. supra 1 Pág 337.

deja de ser indigente social, mientras que los estoicos por el contrario, no exigen independencia jurídica del hombre respecto del Estado. Los estoicos estiman que los hombres deben participar de la vida estatal. Las otras corrientes griegas tampoco llegan a elaborar el concepto de soberanía, aun cuando algunas de ellas si se refieren ya a un poder supremo de nominación.

5.1.2.- ROMA.

Los romanos, herederos culturales de los griegos tampoco llegaron a la concepción del gobierno soberano.

El pensamiento romano, fundamentalmente práctico, tomaba en cuenta ante todo la realidad. Su situación de poderío preeminente sobre los otros estados contemporáneos al suyo, les impedía hacer comparaciones y precisar las características de es poder, que simplemente consideraban tenía una supremacía indiscutible, y en este sentido hablaban de él como majestad, potestas, expresando con esos vocablos la potencia y fuerza del imperio de roma.

En Roma hasta época muy avanzada, fue viva la idea, de que el pueblo es la fuente de todo los poderes públicos pero la cuestión de saber quien tiene el mas alto poder en el Estado, es muy distinta de saber en que consiste la soberanía del Estado, Roma, no obstante su crecimiento y su fuerza, no llevo a una formulación teórica del concepto del Estado y, en consecuencia, de ese elemento del Estado que es el poder y su atributo, la soberanía.

5.1.3.- EDAD MEDIA Y TIEMPOS MODERNOS.

*En la edad media, debido al enorme prestigio de Aristóteles, se siguió sosteniendo su doctrina política de la Autarquía, para tomar a esta como ingrediente específico y característica fundamental del Estado perfecto.

De la lucha entre el imperio romano germánico y la iglesia, de la lucha del imperio romano germánico con los Estados particulares y también con la iglesia y de la lucha del poder central del Estado con el poderío de los grupos sociales internos, como los señores feudales y las corporaciones, de la lucha de esos poderes nació la idea de soberanía.

5.2.- EN QUE SENTIDO ES SOBERANO EL ESTADO.- En sentido etimológico, nos damos cuenta que la soberanía corresponde a un enunciado de poder, pero el poder aparte de darse dentro del Estado existe

también en el interior de otros grupos sociales, se trata de un poder soberano, o sea que la soberanía es el adjetivo que comprende únicamente al poder del Estado y lo distingue con su presencia de los otros poderes sociales, en términos generales de acuerdo con los conocimientos que tiene todo el mundo, sabemos que “soberano” es equivalente o es sinónimo de supremo.

Podemos decir que el poder del Estado es un poder supremo, poder soberano equivale a ser el poder de mayor alcance, el poder que esta por encima de todos los poderes sociales, en este sentido, podemos hablar de soberanía como el poder supremo del Estado, por tanto es conveniente precisar que la soberanía entendida como poder supremo del Estado, la enfocamos hacia su lado interno, hacia el aspecto interno del Estado, la soberanía al no permitir la acción de otros estados en los asuntos internos se llama independencia.

La soberanía es una cualidad del Estado como tal y considerado como sociedad política una cualidad del Estado, precisamente por serlo, que existe en interés y ara proveo de este no de los gobernantes ni del pueblo como clase.

En el Estado mexicano la Constitución Política de los estados unidos mexicanos establece un régimen que atribuye al ejercicio de la soberanía a los órganos estatales, de acuerdo en lo señalado en sus diversos capítulos, es decir *la atribución de la soberanía a un sujeto titular de la misma para su ejercicio, es algo propio del Derecho constitucional positivo, la teoría del Estado cumple su función con determinar que si es posible la existencia de un sujeto que sea el titular del ejercicio del poder, en el sentido de ser el órgano que llevara a efecto la actuación de ese poder soberano.*

El fin más alto que le es dado a alcanzar a una comunidad social, que es el bien público, solo puede obtenerse empleando en el desarrollo de la actividad encaminada a conseguirlo un poder del mismo rango: Un poder supremo, el bien público, fin del Estado, tiene por su calidad general un rango superior al bien particular o individual en esta forma, la idea de bien público contiene en potencia la idea de soberanía.

El organismo que tiene a su cargo el obtener la paz y la tranquilidad, la creación y el cumplimiento de las leyes, tiene que poseer un poder, un mando que le permita imponer de manera obligatoria sus decisiones.

5.3.- MANIFESTACIONES DE LA SOBERANÍA.-*7La soberanía no consiste en un simple “dejar hacer”; se traduce en actos positivos, en ordenes, en mandatos y decisiones con todos los dominios en que el bien publico reclame la intervención de la actividad del Estado.

*6.- Porrúa Pérez Francisco Op. cit. supra 1 Pág. 340,

La primera y mas importante de esas actividades la constituye la relativa al cumplimiento de la obligación que tiene el Estado de organizarse para realizar sus funciones, y así, debidamente estructurado facilitar el ejercicio del poder, el ejercicio de la soberanía.

Esta organización estatal se efectúa por el Derecho Constitucional y por el Derecho administrativo, cuyas normas son elaboradas por el mismo Estado por medio de sus órganos adecuado. En esta forma, estructurado de esta suerte, el Estado es un Estado de Derecho, esto es, sujeto a normas jurídicas que lo organizan y que rigen su actividad.

Una vez organizado el poder público, la soberanía se manifiesta por medio de la actividad de este poder, enfocada hacia la obtención del bien público, por medio de la verificación de las funciones legislativa, administrativa y judicial que le corresponden, y que tienen como contenido la realización de todo lo necesario para obtener la finalidad del Estado

VI. LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO

6.1.- LOS ORGANOS DEL ESTADO.- *sLa actividad del Estado se manifiesta o se ostenta por medio de la actuación de sus gobernantes que actúan formando parte de estructuras del Estado que se llaman órganos, lo expuesto nos lleva a afirmar la existencia dentro del Estado de estructuras particulares, que son las que tienen la misión de llevar a cabo su actividad, de realizar los actos estatales y que son los que denominamos órganos.

Estos órganos en su conjunto integran el gobierno y la administración del Estado, pero estos órganos no son todos de la misma categoría, tienen diversa función, y de la misma se deriva que tengan, igualmente, distinta estructura, por ello debemos analizarlos y examinar las distintas clases de órganos del Estado, la estructura del Estado se compone de órganos por el hecho de que constituye un ser que tiene ese matiz, se caracteriza por estar estructurada en forma organizada. La estructura del Estado es compleja, requiere igualmente la existencia de una pluralidad de órganos, por ello al clasificarlos encontramos en primer termino un grupo que denomina Jellinek “órganos inmediatos”. En el estado existen de manera necesaria unos órganos cuya naturaleza es de tal orden, que determinan la existencia del estado, matizando con ese cariz a las organizaciones sociales que los posean, cuando existen esos órganos que denominamos mediatos dentro de un grupo social, ese grupo social es un Estado por que su carácter de órganos es una consecuencia inmediata de la Constitución de la asociación misma.

Un órgano inmediato puede estar compuesto por un solo individuo, cuando reúna en sí mismo todo el poder del Estado con exclusión de otras personas. La calidad de órganos inmediatos queda fijada por el orden jurídico estructural del Estado, que fija las condiciones de elección o de sucesión en el poder, constituyendo la inquisición misma y dando vida a esos órganos del Estado.

De acuerdo con Jellinek podemos clasificar los órganos mediatos en primer término en *creadores y creados*. Órgano creador es el que da origen a otro órgano que resulta así órgano creado. Los órganos inmediatos pueden también dividirse en *primarios y secundarios*, también se clasifican los órganos inmediatos en *dependientes e independientes*, son dependientes cuando necesitan de la colaboración de otro órgano del Estado para exteriorizar su voluntad, por ejemplo las leyes emanadas del Legislativo tienen que ser promulgadas y tienen que ser dadas a conocer o sea publicadas por el Ejecutivo. Por último los órganos inmediatos del Estado pueden también clasificarse en *normales o extraordinarios*, un órgano ordinario es el legislativo, es el ejecutivo, y lo es el poder Judicial que normalmente existen siempre en el Estado y concurren con su actividad para su funcionamiento regular en todas las circunstancias.

6.2.- CLASIFICACIÓN DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO.- *9Para poder realizar sus fines, el Estado tiene que actuar, tiene que desarrollar actividad. Esa actividad fundamentalmente corresponde a su estructura orgánica inmediata. Esa actividad se desarrolla de acuerdo con el contenido propio de las funciones atribuidas a sus órganos inmediatos y así en la vida del Estado, en el desarrollo de su actividad encontramos las siguientes funciones fundamentales:

1) En toda organización estatal tiene que existir una actividad encaminada a formular las normas generales que deben, en primer término, estructurar el Estado y, en segundo término, reglamentar las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y las relaciones de los ciudadanos entre sí.

2) Además, el Estado, todo Estado debe tener una función encaminada a tutelar el ordenamiento jurídico definiendo la norma precisa que aplicar en los casos particulares. Es la función jurisdiccional.

3) Por último una tercera función esencial del Estado es actuar promoviendo la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos y fomentando el bienestar y el progreso de la actividad.

*7.- Porrúa Pérez Francisco Op. cit. supra 1 Pág. 369.

*8.- Porrúa Pérez Francisco Op. cit. supra 1 Pág. 377.

*9.- Porrúa Pérez Francisco Op. cit. supra 1 Pág. 391.

Se trata de la función administrativa, en la cual se encuentra comprendida la función gubernamental o de alta dirección del Estado, en el estudio del Derecho Administrativo, encontramos funciones jurisdiccionales y legislativas del Ejecutivo. En el Derecho procesal se toma en cuenta la posibilidad de funciones administrativas y aun materialmente legislativas de los jueces, pero siempre la tarea fundamental de esos poderes será la correspondiente al desarrollo de las actividades específicas que derivan de su denominación formal.

* La actividad fundamental del ejecutivo será la realización de actos administrativos.

* La actividad fundamental del Poder Legislativo será la creación de normas jurídicas de observancia general.

* La función fundamental del Poder jurisdiccional será la aplicación de las normas jurídicas a los casos concretos.

CAPITULO II

ACTOS PROCESALES

Una vez que he puntualizado tanto la forma de organización del estado, así como su finalidad que no es mas que la obtención del bien publico temporal en beneficio de la sociedad y que se obtiene cuando esta organizado el poder público, pues la soberanía se manifiesta por medio de la actividad de este poder, enfocada hacia la obtención del bien público temporal, por medio de la verificación de las funciones legislativa, administrativa y judicial que le corresponden, y que tienen como contenido la realización de todo lo necesario para obtener la finalidad del Estado, en efecto el Estado que es una persona jurídica moral de derecho publico con personalidad jurídica propia con poder bastante para organizar a la sociedad que forma parte del Estado mismo, sociedad que debe estar sujeta a las normas leyes y reglamentos impuestos por el estado acorde a las necesidades de la sociedad y que deberán de ser observados y cumplidos, pues vivimos en una sociedad sujeta a esas leyes que el estado impone y cualquier inobservancia es castigada y sancionada, según la ley que haya sido quebrantada.

Pero para el fin del presente trabajo me es importante señalar que en materia penal la acción u omisión de una conducta delictiva será entonces sancionada con una pena que el estado impone al gobernado que haya ejecutado una conducta delictiva, y la pena a que se haga acreedor el sujeto será el resultado de un juicio seguido en contra de quien haya quebrantado la ley, juicio que es conformado por un proceso y en lo particular un proceso penal, por ello me permito hacer un muy amplio estudio de lo que es tanto el *proceso* como los *actos procesales* y sus consecuencias.

II.- CONCEPTO DE PROCESO

2.1.- SIGNIFICACION GRAMATICAL.- *10Desde el punto el de vista meramente gramatical, cuando es utilizada la expresión se alude a una expresión de actos, vinculados entre si, respecto de un objeto común.

Para poder comprender el significado de lo que jurídicamente es el proceso, es necesario hacer mención breve de lo que es también un procedimiento, pues suele confundirse, ello es así por que

* 10.- Arellano García Carlos, Teoría General del Proceso, octava edición Editorial Porrúa México 1999 Pág.3.

en tanto que el proceso es abstracto, el procedimiento es concreto, para diferenciar ambos conceptos me permito hacer el siguiente análisis y así comprender la necesidad de saber como el Estado ejecuta una sanción al particular que incumpla una norma legal o desacate una orden emitida por una autoridad.

Así entonces, el proceso jurisdiccional la finalidad que relaciona los diversos actos es la solución de una controversia entre partes que pretenden, en posiciones antagónicas, que se les resuelva favorablemente a sus respectivas reclamaciones, deducidas ante un órgano que ejerce facultades jurisdiccionales. A su vez el desempeño de facultades jurisdiccionales entraña una aptitud legal para aplicar la norma jurídica general, abstracta e impersonal, a situaciones concretas en controversias, para determinar quien tiene la razón total o parcial, entre las partes que han deducido sus pretensiones ante el órgano estatal facultado para resolver el litigio.

El proceso es, por su propia naturaleza, enteramente dinámico. El órgano jurisdiccional y quienes acuden ante él desarrollan una actuación preliminar al dictado de un fallo con objetivo antes indicado de resolver la controversia planteada. Al conjunto de todos esos actos es a lo que se le denomina proceso.

En ocasiones, se ha utilizado el proceso como sinónimo de procedimiento. No hay sinónima entre ambas expresiones puesto que procedimiento es la acción modo de obra. Es decir, marca una serie de acaecimientos en la realidad como consecuencias del desenvolvimiento del proceso en la actuación concreta. En el proceso se contemplan las etapas diversas en abstracto. Podríamos decir que el proceso es abstracto y el procedimiento es concreto. En el proceso se previene una secuela ordenada al desempeño de la función jurisdiccional, mientras que el procedimiento, la realidad se ha pretendido apegar a esa secuela pero con todos los matices e individualidad que impone el caso real.

El proceso es el desarrollo regulado por la ley de todos los actos concatenados cuyo objetivo es el que se diga el derecho a favor de quien tenga la razón total o parcial. El procedimiento es el desarrollo real de un caso se ha planteado una determinada controversia.

Acerca de la necesidad de distinguir entre proceso y procedimiento nos ilustra el destacado procesalista mexicano Eduardo Pallares:

No hay que identificar el procedimiento y el proceso. Este último es un todo o si se quiere una institución. Esta formado por un conjunto de actos procesales que inician con la presentación y admisión de la demanda, y termina cuando termina cuando concluye por las diferentes causas que la ley admite. El

procedimiento es el modo como va desenvolviéndose el proceso, los tramites a que se esta sujeto, la manera de sustanciarlo que puede ser originaria, sumaria, sumarista , breve o dilatada, escrita o verbal, con una o varias instancias, con periodo de prueba o sin el, y así sucesivamente.

Las vicisitudes de la vida real harán que, dentro de los causes legales que previenen el proceso, cada procedimiento presentara aspectos de gran singularidad, al grado del que, todo procedimiento, en el caso concreto, será diferente a cualquier otro. No hay dos procedimientos iguales aunque estén regidos por los lineamientos legales que corresponden a un determinado proceso.

Cuando se a indicado que el castigo se desarrolla en un iter, esto es, se resuelve en un proceso, el cual, precisamente porque tiende al castigo, se llama proceso penal y como tal se distingue del proceso civil contencioso, se ha dicho algo que existe, para el conocimiento científico, otras investigaciones y otros descubrimientos. *11 Se diría, de un modo simple, que a nuestro entender debería ser el modo de la ciencia pero que, desgraciadamente, no siempre se alcanza, que también para castigar como para conseguir este resultado, es necesario caminar. Caminar quiere decir que hay quedar un paso después de otro. Hacer el proceso, esto es, proceder, significa cumplir un acto después de otro. Aquí, a los fines científicos, se a contemplado desde hace tiempo la oportunidad de establecer una diferencia entre los dos conceptos de proceso y de procedimiento, los cuales, en el lenguaje común, tienen el mismo significado; por tanto, con la voz proceso se quiere significar el conjunto de los actos necesarios para conseguir el resultado(en el caso, para obtener el castigo), considerados en su simultaneidad, es decir, fuera del tiempo(se diría, en una fotografía, que los comprende todos juntos); y con la voz procedimiento, en cambio, el conjunto de tales actos considerados en su sucesión, y por eso el tiempo(se diría, en un fluir y, así, en un flim, que presenta su desarrollo). Procedimiento es, pues, una sucesión de actos tendientes al mismo fin; lo que vincula los actos singulares en el procedimiento es la relación de finalidad. *No hay prejuicio más tonto que aquel que niega el valor del fin para el conocimiento del derecho.*

Si todos los actos en el procedimiento están ligados para un mismo fin, esto implica en cada uno de ellos una potencia casual del evento, que se concreta en la obtención del fin. Lógicamente, la finalidad se resuelve, me antevería a decir que se intervienen, en la causalidad. Afirmar la causalidad y negar la finalidad es un contrasentido. Decir que cada acto del procedimiento tiende al mismo fin es decir que cada uno de ellos es medio para el fin asea que es una causa concurrente para la

producción del efecto para el cual consiste en la obtención del fin.

No todos los actos que componen el proceso están sin embargo ligados los unos con los otros en el procedimiento; pueden existir, por eso, en el procedimiento actos recíprocamente dependientes o independientes: por ejemplo, la citación del acusado en un prius del examen de otro testigo. En rigor el procedimiento, en ciertos puntos, se parte en varias ramas, como ocurre a veces con un río; y las ramas se reúnen, después de un cierto trayecto, en el mismo alveo; cada una de las ramas está así en el vinculado entre sí.

2.2.- CONCEPTOS DOCTRINALES DEL PROCESO.- *12 Consideramos de gran acierto el criterio aportado por el maestro Eduardo Pallares para conceptuar al proceso. El se orienta a señalar el concepto de proceso, para después tipificar el proceso jurídico, y dentro del proceso jurídico dará una definición de proceso jurisdiccional.

Sobre el particular establece:

En su aceptación más general, el proceso significa un conjunto de fenómenos, de actos o acontecimientos, que suceden en el tiempo y que mantienen entre sí determinadas relaciones de solidaridad o vinculación.

Así entiendo, el proceso es un concepto que emplea lo mismo la ciencia del derecho que las ciencias naturales. Existen, por lo tanto, procesos químicos, físicos, biológicos, psíquicos, etc., como existen procesos jurídicos. Para que allá un proceso, no basta que los fenómenos o acontecimientos de que se trate, se suceda en el tiempo. Es necesario además que mantengan entre sí determinados vínculos, que los hagan solidarios los unos de los otros, sea por el fin a que se tiende todo el proceso, sea por la causa generadora del mismo.

Proceso jurídico es una serie de actos que se suceden regularmente en el tiempo y que se encuentran concatenados entre sí por el fin u objeto que se quiere realizar con ellos. Lo que da unidad al conjunto y vinculación a los actos, es precisamente la finalidad que se persigue, lo que configura la institución de que se trata.

En su aceptación jurídica más general, la palabra proceso, comprende a los procesos legislativos, administrativos, judiciales civiles, penales, mercantiles, etc., Se entiende por proceso jurisdiccional, el que lleva a cabo ante los órganos jurisdiccionales, a sean los encargados de administrar justicia en sus diversas modalidades.

* 11.- Carnelutti Francesco biblioteca clásicos del derecho Derecho Procesal Civil Y penal, volumen 4, Editorial Harla, 1997 Pág.309.

El autor italiano, en el Derecho procesal, Giuseppe Chiovenda, se ocupa de conceptualizar el proceso de la siguiente manera: *...es el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la finalidad completa de la ley (en relación a un bien que se presentan como garantizado por ella) por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria.* Destaca también, como en el concepto del maestro Pallares y como en la significación que establecimos desde el punto de vista gramatical, que hay un conjunto de actos se obtiene a base de una determinada finalidad.

El procesalista argentino, Ramiro Podetti, anota como concepto del proceso: *...es un fenómeno específico, jurídicamente regulado, que nace con la petición de protección jurídica del actor ante el poder jurisdiccional, se desarrolla gracias al ejercicio por el órgano y los sujetos de las diversas facultades que integran la acción, mediante las formas procesales, y que tiene por fin la actuación del derecho objetivo, en procura de la satisfacción del interés individual de los sujetos y del general del mantenimiento inalterado del orden jurídico estadual.*

De nueva cuenta, nos percatamos de importancia que tiene asignada la finalidad pues, es la que permite unificar todas las actuaciones de los sujetos que intervienen con motivo del desempeño de la función jurisdiccional. Conforme al pensamiento del gran procesalista uruguayo Eduardo J. Couture las partes hacen valer la acción y la excepción para obtener la actividad de los órganos jurisdiccionales. La actuación de estos, por su parte, se dirige a un pronunciamiento que diga el derecho en el caso discutido. Pero, advierte el jurista Couture: entre la demanda y la sentencia medida un alarga serie de actos que constituyen el proceso. Coincidentemente con los criterios antes vertidos, los procesalistas José Castillo Larrañaga y Rafael de Pina mencionan que: *El proceso supone una actividad generadora de actos jurídicamente reglados, encaminados todos a obtener una determinada resolución jurisdiccional.*

Los mismos autores, con mayor previsión, apuntan:

Esta, pues, constituido el proceso por la serie de actos del juez y de las partes y aun de terceros, encaminados a la realización del derecho objetivo.

Estos actos, considerados en su aspecto exterior y puramente formal, constituye el procedimiento.

El procedimiento es lo concreto, mientras que el proceso alude a lo abstracto e impersonal. Los actos se atribuyen en el concepto anterior a las partes y no se comprende actos terceros, los que con frecuencia

participan como auxiliares, como llamados a juicio en su calidad de peritos y testigos, o deduciendo un interés propio como terceristas. En cambio, si se influye la actividad del juez. Tal vez, pudiéramos considerar que más que una actitud de juez y partes es la actividad de ellos.

El maestro Rafael de Pina en su diccionario de derecho, puntualiza *el proceso conjunto de actos regulados por la ley y realizados con la finalidad de alcanzar la aplicación judicial del derecho objetivo y la satisfacción consiguiente del interés legalmente tutelado en el caso concreto, mediante una decisión de juez competente.*

De manera semejante criterios anteriores, se reitera la pluralidad de actos y la finalidad que les confiere unidad a esos actos para constituir un proceso. Se alude a la regularización legal y la aplicación de la ley al caso concreto, mediante el fallo jurisdiccional.

Por tanto, entendemos por proceso jurisdiccional el cúmulo de actos, regulados normativamente, de los sujetos que intervienen ante un órgano de Estado, con facultades jurisdiccionales, para que se apliquen las normas jurídicas a la solución de la controversia o controversias planteadas.

Procedemos a la explicación detallada de los elementos del concepto de proceso:

a) *Un cúmulo de actos.* Es característica de esencia en el proceso de existencia plural de conducta atribuible a personas físicas o morales, desplegadas en el desarrollo del proceso. No es un solo acto de un sujeto, es una serie de actos, de hechos jurídicos, de actos jurídicos, imputables a los sujetos que han de actuar en el proceso. Si fuera dable representar gráficamente al acto y al proceso, el primero representaríamos con un punto y al segundo con una línea. La línea esta compuesta de una sucesión de puntos. Así el proceso, esta integrado por múltiples actos de personas jurídicas físicas y morales regulados normativamente para que exista un orden lógico jurídico, previamente establecido, el legislador a previsto, en forma general e impersonal, abstractamente, actos del juez y demás sujetos intervinientes en el proceso y ya fijado las normas orientadoras y seguirse para ventilar las controversias que pudiera suscitarse en el ámbito social. En consecuencia, en el proceso existen normas jurídicas que regulan la conducta de quienes intervienen con motivo del desempeño de la función jurisdiccional.

*12.- Arellano García Carlos Op. cit. supra 10 Pág.5

b) *Actos del juez y demás sujetos que intervienen ante un órgano y el estado.* En el Proceso, la conducta que se regula es conducta de personas jurídicas, físicas o morales, pues, los actos que en el proceso se realizan unos son del juez o juzgador, y otros son de las partes que han deducido pretensiones propias para que se diga el derecho respecto a ellos. Pero, hemos empleado expresiones de alcance tan general, por que estamos en la seguridad de que, puede intervenir otros sujetos, como auxiliares de la administración de justicia, como testigos o peritos, como terceros deduciendo derecho propio.

c) *Ante un órgano del Estado con facultades jurisdiccionales.* Empleamos estas expresiones de órgano del Estado de facultades jurisdiccionales por que queremos englobar a órganos del poder ejecutivo o del poder legislativo que formalmente desempeñan tareas administrativas o legislativas pero, que desde el punto de vista material también pueden tener encomendadas tareas jurisdiccionales. Si la función que se desarrolla es de índole jurisdiccional, materialmente considerada, se trata de un proceso jurisdiccional aun que el órgano del estado que intervenga no pertenezca al poder judicial.

Las facultades jurisdiccionales consistieran en poder aplicar la norma jurídica a la situación concreta controvertida.

d) *Aplicación de las normas jurídicas.* Utilizamos la referencia normas jurídicas sin precisar que se trata de normas jurídicas generales puesto que, en ocasiones el juzgador que ha de aplicar normas jurídicas individualizadas. Por ejemplo, la controversia suscitada no se plantea a sobre la interpretación de una ley sino sobre la interpretación de una o varias cláusulas de un contrato celebrado entre partes. El contrato contiene normas jurídicas que no son generales, sino que son individualizadas.

2.2.1.- *LA RELACION JURIDICA PROCESAL..*- En el campo de lo jurídico, la relación jurídica se refiere al nexo deber ser que vincula al supuesto normativo o a las consecuencias jurídicas.

Así, realizadas las hipótesis normativas deben producirse las consecuencias de derecho, engendradoras de derechos y obligaciones.

En la relación jurídica existe un sujeto pretensor que reclama de un sujeto obligado el cumplimiento de un deber que constituye el derecho del sujeto pretensor. Dadas ciertas circunstancias, previstas por la norma jurídica, se actualiza el deber ser que entraña el cumplimiento de las obligaciones previstas en las consecuencias jurídicas.

El distinguido maestro Rafael de Pina, en su diccionario de derecho, determina que la relación jurídica es un vínculo establecido entre personas regido por el derecho. Estima que constituyen elementos de

la relación jurídica: El sujeto, el Objeto y el acto jurídico, solo convendrían aclarar que, la relación jurídica no solo puede darse entre seres humanos, en su carácter de personas jurídicas, sino también entre personas jurídicas de las llamadas morales, que no son seres humanos sin creaciones del derecho, como entes capaces del derecho y obligaciones aun que carezcan de sustantividad psicofísico.

Existe relación de causalidad entre los actos, por que el orden de los mismos se señalan en forma de consecuencia natural de uno con respecto a otro; el emplazamiento es consecuencia de la interposición de la demanda; la prueba es consecuencia de la afirmación; la sentencia es consecuencia del contradictorio; la ejecución es la consecuencia de la conceda, etc.

Estimamos que al lado de las vinculaciones que pueden existir, de tipo jurídico, entre las partes y el juzgador, o de las partes entre si, así como las relaciones jurídicas de las partes y del juez con terceros, existe concatenación entre los actos que integran el proceso hasta su culminación pues, de otra manera no habría unidad en el proceso. No obstante, el ligamen entre los actos del proceso, no lo consideramos la relación jurídica procesal habida cuenta de que, toda relación jurídica entraña derechos y deberes recíprocos entre sujetos. Somos de la opinión de que el proceso no hay una sola relación jurídica sino que se despliegan un conjunto de relaciones jurídicas. Cada vez que la norma procesal establece la regulación de un acto procesal ***confiriendo derechos e imponiendo.***

Por otra parte, estamos de acuerdo en que los sujetos principales y necesarios en el proceso jurisdiccional son : el juez, el actor y el demandado, pero no son los únicos sujetos que derivan de derechos y obligaciones del proceso pues, hay testigos, hay peritos, hay secretarios, hay actuarios, archivistas, escribientes y hay terceros que puedes deducir el derecho propio. Por tanto, no hay una sola relación jurídica procesal, ni tampoco hay solo tres sujetos en el proceso.

Sin duda que, es de admitirse el criterio de que el derecho del gobernador al solicitarle el ejercicio de la función jurisdiccional es independiente de la tenencia real del derecho de fondo que se reclama al ejercitarse la acción. El derecho material o de fondo cuya conculcación se reclama, deriva también de una relación jurídica material existente o inexistente entre actor y demandado, no solo existen relaciones jurídicas entre las partes y el juez, y entre las partes recíprocamente. Asimismo, hay relaciones jurídicas entre el testigo y el juez, entre el secretario y el juez, entre el tercero y el juez. Por tanto, no podemos considerar que haya una sola relación jurídica. En el proceso hay tantas relaciones jurídicas como derechos y obligaciones reciprocas establecen entre el sujeto que intervienen en el proceso.

*13El procedimiento es, un camino que se desarrolla no solo paso a paso, sino además, en ciertos puntos, por varios caminos, que, en algún momento separan el uno del otro y después vuelven a unirse; y quien procede no es solo un hombre sino varios. De ahí la necesidad de una vinculación entre un acto y otro entre un hombre y otro de manera que todos converjan hacia la meta común.

Esto podría ocurrir espontáneamente por efecto de la libertad de cada uno de aquellos que colaboran en el mismo procedimiento; pero es igual claro que la ley no se puede fiar de ellos, y tanto algunos mas que algunos tiene por lo general necesidad de que sea alentada su libertad; entre ellos, en particular, en el juzgado, al menos si es culpable, no ofrece ninguna confianza; e incluso el ministerio publico y el defensor, aunque sean elegidos de tal modo que deba considerárseles hombres de buena voluntad, pueden ser arrastrados por el diverso y hasta opuesto oficio fuera del camino; por lo demás, es suficiente la falacia del juicio para que sea posible que uno tome una directiva y el otro tome otra, de manera que la convergencia hacia la meta común podría quedar gravemente comprometida.

De ahí las necesidades se que las vinculaciones sean establecidas por la ley y por eso el procedimiento sea regulado por el derecho, con lo que el derecho cumple puntualmente su oficio, que es precisamente el de ligar a los hombres para salvar su libertad.

El proceso tiene, la necesidad del derecho lo mismo que el derecho tiene la necesidad del proceso y surge y se separa de las otras ramas del derecho procesal; u el procedimiento asume una estructura jurídica, de manera que puede hablar, de la misma manera que el estado de derecho, de un procedimiento de derecho.

Aun cuando esta observación sea banal, ha llegado tarde en la historia del saber en relación al proceso; incluso se puede decir que solo cuando se echo, este deber se pude superar el nivel empírico para convertirse en ciencia y, precisamente, en una rama de la ciencia del derecho. Ha sido cuando la reflexión ha descubierto la juridicidad del procedimiento, cuando la doctrina lo ha configurado como una relación jurídica: una formula afortunadista, de la cual solo últimamente y no sin fatiga los estudios se van liberando. Realmente no hacia falta mucho para comprender que si bien

el procedimiento implica la relación, no se identifica con ella, precisamente porque esa representado al mismo tiempo por una serie de relaciones. Por otra parte, como las formulas esenciales de la relación son el poder y el deber, es claro que el procedimiento no puede ser ni uno ni el otro; es verdad, en cambio, que el mismo se resuelve en un conjunto, por no decir en una maraña de poderes y deberes, constituidos por la ley precisamente para garantizar la obtención de fin. Así, la formula del procedimiento como relación jurídica, hoy en día se debe sustituir por la de las relaciones jurídicas procesales.

Sí, como se indico en el párrafo precedente, no se puede contar solamente con la buena voluntad, con la libertad de los hombres empeñados en el proceso de modo que procedan derechos para alcanzar su fin; si, incluso, mucho menos se puede contar con ellas en cuanto a uno de estos hombres, con el cual y sobre el cual el proceso debe operar, y propiamente aquel que se trata de castigar, esta, al menos se supone que esta, carecen de libertad, resultado claro que es el proceso tiene necesidad de poderes y de deberes, mediante los cuales no tanto se constituye cuando se distribuye la fuerza que mueve el mecanismo: no se constituye porque quien indaga los orígenes del derecho termina por encontrarlos precisamente en la libertad tanto del jefe como de los gregarios; pero se distribuye, en cuanto poderes y deberes se asemejan a los canales, dentro de los cuales aquella fuerza es contenida y dirigida para que supere las inevitables resistencias.

En el proceso penal domina, en cambio, la acción. El castigo, como se ha dicho, se confía en el ministerio público. Esta no es una aspiración delegue condena, si no un principio que esta en la base del derecho italiano vigente. Es así y no se puede dejar de ser así, porque el castigo no es la condena, si no la ejecución de esta, sobre todo la expiación. No es por tanto la acción la que actúa la jurisdicción, si no la jurisdicción la que opera para hacer posible la acción. No es el ministerio público el que acciona para que el juez pueda juzgar, sino que, por el contrario, el juez juzga para que el ministerio público pueda llevar su acción de fondo.

El fundamento de tal emplazamiento en las relaciones reciprocas entre acción y jurisdicción se confirma por lo que se diría sobre las relaciones en las que domina cognición y la ejecución penal.

* 13.- Carnelutti Francesco Op. cit. supra 11 Pág. 310

En el campo civil, pero no en el campo penal, la condena puede bastar para alcanzar el fin del proceso; el condenado civil, cumpliendo su obligación, puede evitar la ejecución forzada, pero el condenado penal no puede sustraerse, por regla general, a la expiación; por eso veremos que la condena penal no tiene otro significado si no que el proceso continua. En verdad, el perdón judicial, aunque suponga la declaración de certeza del delito, no es una condena; si el juez reconoce suficiente para la restauración del orden, ya sea en cuanto al individuo o en cuanto a la sociedad, el perdón, no condena, puesto que la condena no es otra cosa que la autorización para castigar,

No se diría, por tanto, que el ministerio público este sobre el juez, al cual, puesto que lo autoriza, no se puede negar mayor autoridad; pero ciertamente es la figura esencial del proceso penal. En suma, el proceso penal se puede cumplir aun sin juez, en un sistema que consienta el ministerio publico castigar aun sin ser autorizado para ello; será un sistema imprudente o incluso incivil, pero no es un sistema absurdo; en cambio, un proceso civil sin juez es contrario a la lógica, y no solamente a la experiencia.

En conclusión, mientras es justo en cuanto al proceso civil hablar del ministerio publico ante el juez, se debería, en materia penal intervenir este orden colando al juez al ministerio publico.

2.2.2.- SUJETOS DEL PROCESO.

*14El maestro José Becerra Bautista que se inclina por el proceso se desenvuelve en una relación bilateral, menciona los siguientes sujetos: Hemos visto que la relación jurídica procesal se establece entre el estado como sujeto capaz de derecho y obligaciones, y el ciudadano, también sujeto de derechos y obligaciones, y que esta pluralidad del sujeto origina una relación jurídica trilateral entre el actor y el estado, por una parte, y entre el demandado y el Estado por la otra.

Pues si bien es cierto en el capítulo anterior me referí del Estado como una persona jurídica, moral de derecho publico, con personalidad jurídica propia, con una población y un gobierno, con facultades suficientes para hacer valer sus normas o leyes que en el se rijan, capaz de imponer una pena al gobernado que infrinja la ley, ello una vez que se haya llevado a cabo un juicio justo, consecuencia este de un proceso en donde el procesado tenga los derechos que la ley le reconoce y pueda emplear para su adecuada defensa, pues la pena o sanción que el estado impone se ejecuta una vez que el gobernado ha sido oído y vencido en juicio seguido ante los tribunales competentes para ello, por eso la necesidad de hablar de los actos del

proceso y de las partes que intervienen en él sin que profundice sobre las actuaciones o etapas del proceso, pues para mi propuesta como postulante sería innecesario profundizar en ello, pues trato de que el legislador comprenda la necesidad de legislar tendiente a la aplicación de una pena o sanción más severa a los gobernados que no cumplan con el o los mandamientos que la autoridad emita, y más aun en los juicios de orden civil, mercantil, laboral etc., pues en las resoluciones en estas materias son mandatos que el gobernado vencido en juicio debe cumplir, y más aun en materia penal que es lo que me ocupa pues un desacato a un mandamiento de la autoridad, podría conllevar a la mala procuración de justicia.

Pues si bien es cierto a la autoridad llámese jueces, ministerio público, magistrado, etc., tiene esa embestidura por el propio estado, quien además precisa las facultades que tiene cada una de las autoridades que en ese territorio procuran la buena administración de justicia, sin olvidar claro que todo gobernado que infrinja una ley en cualquiera de sus competencias deberá ser oído y vencido en juicio en donde el procesado tenga la libertad de hacer valer sus derechos para defenderse, y ello solo los podrá hacer valer dentro del proceso mismo que se le siga al gobernado, proceso en donde interviene entre otros, la autoridad representando así al Estado.

En este orden de ideas, puede entonces el proceso vincularse en derechos y obligaciones, por una parte, la parte actora con el órgano jurisdiccional, y por la otra, la parte demandada con el órgano jurisdiccional. Pero, no habrá una relación jurídica procesal sino que habrá tantas relaciones jurídicas como ocasiones en las que se tengan derechos de la parte frente al juez o del juez frente a la parte. En efecto, una relación jurídica hay un sujeto pretensor frente a un sujeto obligado, hay un supuesto normativo que, cuando se realiza, trae consigo las consecuencias del derecho habiendo un vínculo de hipótesis normativa con consecuencias jurídicas denominado nexo, debe ser. Así, la norma jurídica tienen la integración siguiente: Dadas ciertas circunstancias fácticas o jurídicas previas en la norma jurídica, se actualiza el deber ser que engendra derecho y obligación.

Cuando el maestro Becerra Bautista menciona el ciudadano debemos entender que se quiso referir al gobernador, que puede ser una persona física o una persona moral, puede ser mexicano no ciudadano o un ciudadano, puede ser una nacional o un extranjero; Hemos afirmado la existencia en el proceso de derechos y obligaciones, a favor y cargo, respectivamente, del órgano jurisdiccional. Pero, no debemos negar la existencia de derechos y obligaciones dentro del proceso del funcionario que como titular encarna al órgano jurisdiccional.

*14 Arellano García Carlos Op. cit. supra 10 Pág.10

El juez tiene, en su carácter de titular del órgano jurisdiccional, un cúmulo de derechos y obligaciones que están vinculándolo dentro del proceso.

En criterio de los distinguidos procesalistas José Castillo Lagañaga y Rafael de Pina, la relación jurídica procesal lleva consigo la intervención de sujetos como el demandante, el demandado y el juez. El demandante con la interposición de la demanda, cuando es notificado en forma, da origen a la relación. *Considera que el segundo sujeto de la relación procesal es el demandado, quien esta obligado a ponerse bajo la autoridad del juez.* A este respecto, consideramos que no se trata de una sola relación jurídica procesal, hay tantas relaciones jurídicas procesales como derechos que tenga el actor y el demandado frente al juez.

Además, no debe dejarse pasar desapercibida la muy frecuente intervención de abogados, de pasantes de derecho, de personas autorizadas para oír notificaciones, del C. Agente del Ministerio Público y de apoderados o representantes legales, así como de tutores o de quienes ejerzan la patria potestad.

Sobre los sujetos del proceso determina el maestro Eduardo Pallares lo siguiente:

- 1.- Son sujetos de proceso las personas jurídicas que figuran en la relación procesal que, según ya sabemos, se constituye formalmente entre los órganos jurisdiccionales, el actor y el demandado.
- 2.- Para ser sujeto de la relación procesal, es requisito necesario gozar de personalidad jurídica.
- 3.- El artículo 25 del Código Civil determina quienes son en la legislación mexicana personas jurídicas, y considera como tales al Estado, a los Municipios, a las sociedades civiles y mercantiles, a los sindicatos, a las asociaciones.
- 4.- La enumeración que hace el artículo 25, es exhaustiva, y por tanto, no goza de personalidad jurídica los entes que no parecen en ella, salvo que alguna ley especial se las conceda.
- 5.- No son personas en el derecho del Distrito Federal y no pueden ser sujetos de derechos procesales: A) La copropiedad; B) Los bienes que forman la herencia por que con arreglo el artículo 1288 del Código Civil, son

una copropiedad; C) La masa de los bienes de que la quiebra y del curso civil, y, en general, los llamados patrimonios autónomos, por que no están comprendidos en la numeración del mencionado artículo 25.

6.- El ser humano ya concebido, puede ser sujeto de proceso, pero bajo condición resolutoria de que nazca viable, en cuyo caso se le considera persona jurídica desde que fue concebido.

7.- El estado, tanto nacional como extranjero, puede formar parte de la relación procesal, en dos casos, cuando actúa como ente de derecho privado, y cuando considerado como persona de derecho público internacional se somete a la decisión de un tribunal también internacional.

8.- En principio, los abogados, los peritos y los testigos no son sujetos del juicio aun que intervengan en el proceso, por que no les afectan los actos del juez, pero puede serlo cuando se les impone una *corrección disciplinaria, o una medida de apremio*.

9.- El Ministerio Público, el representante de la Secretaría de Hacienda, el de la beneficencia pública, también son sujetos de la relación procesal en los juicios sucesorios y en todos aquellos casos en que la ley los faculta o los obliga a intervenir en un proceso.

10.- Los terceros se convierten en partes, y, por lo mismo en sujetos del proceso, cuando intervienen en él, o son llamados para intervenir por el órgano jurisdiccional.

11.- Aun que algunos jurisconsultos niegan que el órgano jurisdiccional sea sujeto procesal, no se le puede negar este carácter por que el proceso no puede existir si el.

12.- Algunos jurisconsultos solo consideran como sujetos jurídicos que intervienen en el proceso, a las partes, e incluso únicamente a las partes en el sentido material, o sea aquellas cuyos derechos e intereses son materia del juicio, pero esta concepción tiene sus raíces en la ya desechada teoría de que el proceso es una institución privada de carácter conceptual.

Para conocer con precisión quienes son sujetos de proceso, hay que ubicar el problema de donde debe estar, o sea determinar quienes son los jurídicamente que integran la relación procesal para constituirla y desarrollarla y a quienes afectan las resoluciones que en ellas se pronuncian. Admitido este punto de vista, no es posible afirmar que los abogados, los testigos, y los peritos sean sujetos de proceso. Solo excepcionalmente lo son en algún incidente, cuando les afecte determinada resolución judicial. Por ejemplo,

si se impone al abogado alguna corrección disciplinaria contra la cual recurra. Más bien debe considerarse como auxiliares de la administración de justicia.

En lo que deseamos plantear puntos de vista discrepantes es lo siguiente:

- A) No hay una sola relación jurídica procesal, hay varias relaciones jurídico procesales, tanto derechos y obligaciones de tipo procesal emerjan durante el desarrollo del proceso.
- B) Además de los casos planteados de intervención en el Estado como parte del proceso, tenemos casos en que los órganos de Estado tienen el carácter de demandados en el proceso, bien por reclamarse en amparo la violación de una llamada garantía individual, o bien, por reclamarse el cobro de un determinado cobro fiscal ante el tribunal fiscal de la federación, o bien por reclamarse a un acto administrativo ante un tribunal de lo contencioso administrativo. Lo mismo puede hablarse de órganos de la federación, como de las entidades federativas en donde incluimos al Distrito Federal, los órganos municipales.
- C) Estamos de acuerdo en que los abogados, peritos y testigos no son parte del proceso. Estamos de acuerdo en que ellos intervienen en el desempeño del papel que les corresponde dentro del proceso. Por supuesto que no les afecta los actos del juez dirigidos a las partes, pero, si les infiere su propia esfera jurídica los actos del juez que están dirigidos a ellos, surgiendo relaciones jurídicas entre el juez y ellos, el juez ordena conforme a la ley y se vuelve pretensor de lo determinado, mientras que ellos tienen el carácter de obligados. *La relación jurídica se puede producir con un testigo, sin necesidad de que haya una corrección disciplinaria o una medida de apremio.* El juez le ordena al testigo comparecer en un día y hora determinado a contestar un interrogatorio y que el testigo esta obligado a comparecer. El juez le ordena al perito rendir un dictamen dentro de un plazo determinado y el perito esta obligado a producir su opinión pericial dentro de este termino.
- D) El Ministerio Público puede tener el carácter de parte cuando la ley le confiere ese atributo dentro del proceso, como sucede en todo el proceso penal y como sucede en el proceso de amparo. Así también puede tener tal carácter en los procesos de divorcio voluntario y en los de jurisdicción voluntaria, y en los sucesorios. Su posición es *sui generis* y requiere un estudio especial la determinación de las consecuencias jurídicas de su intervención en el análisis de la ley respecto de los procesos en que es forzosa o discrecional su intervención.
- E) En cuanto al representante de la Secretaria de Hacienda y Crédito Publico, es forzosa su intervención en los procesos fiscales federales.
- F) Por supuesto que el juzgado es sujeto interviniente en el proceso.

No es parte en cuanto a que no esta sometido al resultado del ejercicio de la función jurisdiccional. Su labor como sujeto interviniente en el proceso es la mas relevante puesto que en el director de todo lo que requiera ser resuelto. El sujeto principal puesto que las partes le están sometidas, el juzgador es tenedor del poder soberano estatal en el ramo de justicia.

G) En efecto, hay terceros que pueden convertirse en partes en el proceso cuando les habrá deparar efectos la sentencia respecto del problema controvertido que es llevado al juzgador. Pero, existen terceros que solo serán partes en el proceso lateral de tercería para eludir un derecho propio que han instaurado para ser respetado, como ocurre, verbigracia, en cuanto a una tercería en la que ha de excluir un bien de la propiedad del tercero. Seguirá el derecho respecto al tercero para determinar si se excluye o no el bien en relación con el cual ha interpuesto la tercería.

H) Los abogados no son partes en el proceso, por que no se ventilan sus intereses propios en el centro del desempeño de la función jurisdiccional no obstante, si son sujetos del proceso pues, tienen derechos y obligaciones derivadas de su intervención en el proceso. Tendrá posibilidad de una intervención constante. En las audiencias las partes dependerán totalmente de ellas. Las partes hacen uso de la palabra por voz de su abogado patrono. Es frecuente que al lado de la firma de las partes aparezca, en cada promoción, la firma del abogado. Es aconsejable que así se hagan para efectos de pago de honorarios en cuanto que se comprueba de esta manera el trabajo del abogado. El abogado esta autorizado para oír notificaciones y recoger documentos. Ello es dispensable para el que pueda consultar el expediente y para que prevenga a su patrocinado del estado en que se encuentra el proceso. El abogado es el que entiende la evolución y giros del proceso, por lo que su relación con el juzgador es constante, dado que ejerce su derecho frente al juez de examinar constantemente el expediente y de elaborar los recursos de su patrocinado. En todo el proceso se observa la intervención como patrocinante de la parte de que se trata. Aun que sin tener el carácter de parte en el proceso por que el problema debatido involucra los derechos de la parte que patrocina y no los derechos de el, si existe la posibilidad de que hayan resoluciones expresamente dirigidas a él, como aquella a la que se le da un termino de tres días para exhibir su cedula profesional que la autoriza a ejercer la profesión.

También es factible que se le sancione, al igual que la parte que represente, como esta previsto en la legislación de amparo.

I) Por tanto, los abogados, los testigos, y los peritos si son sujetos en el proceso. Son personas jurídicas y deducen derechos y obligaciones propias frente al juzgador y frente a las partes. No son partes en el proceso. El concepto de parte requiere que el problema contencioso haya sido planteado ante el Juez por ellos. En consecuencia, es oportuno manifestar que debe distinguirse entre sujetos del proceso y partes del proceso. Las partes del proceso son sujetos del proceso, pero no todos los sujetos son partes. El juez es un sujeto del proceso pero no es una de las partes. Parte es el sujeto en

el proceso, respecto de la cual se habrá de sujetar la función jurisdiccional para resolver sobre sus derechos en el problema principal jurídico controvertido, planteado ante el Juzgador.

*15 Tanto la legislación como la jurisdicción y la administración son las formas del derecho; cada una de ellas, por tanto, opera mediante el mandato; pero el criterio distintivo se refiere a la formación del mandato. La diferencia fundamental es entre el mandato formado súper partes y el mandato formado Inter. Partes, ósea entre la sujeción de las partes a un tercero (al jefe) y la sujeción de una parte a otra; según tal diferencia, se distingue la legislación de la administración. La jurisdicción esta, entre las dos, porque el mandato se forma así por obra de un tercero con la colaboración de las partes; el *proprium* de ella, que es ciertamente la actividad jurídica más ingeniosa y compleja, esta es una recíproca dependencia de las partes.

Ahora bien, el proceso penal, tanto en el prólogo como en su epílogo, se desarrolla entre las partes sin intervención del juez: aun en su régimen actual, que veremos, sin embargo, es diverso de lo que debería de ser por un exceso de intervención del juez, en una primera fase el proceso se desarrolla o, al menos, se puede desarrollar solamente en el ministerio público, que es la parte, y aquel que se trata de castigar y es la otra parte: el juez interviene solamente en el momento en que se indica, a petición del ministerio público, la instrucción formal o bien cuando se cierra la instrucción sumaria o cuando, en los casos previstos, el ministerio público le presenta al acusado en la audiencia. Por otro lado, el juez, cuando se ha pronunciado una condena irrevocable, fundus *este munere suo*; en cuanto al castigo, el no tiene nada que hacer, salvo en la hipótesis de los incidentes de ejecución, en la cual el proceso retorna de la fase ejecutiva de la cognición; la ejecución es confiada al ministerio público, salvo la intervención del juez de vigilancia, en la cual debería o podía ser sustituido por el ministerio público. A primera vista se diría, que hay aquí un proceso cambiante, que comienza de partes a parte.

La primera de las partes suscitadas por esta visión. Una duda que es debida a la costumbre y, si se quiere a la tradición de nuestro lenguaje, pero fácil de disipar. En efecto, basta recordar aquí, al objeto de excluir en toda dificultad a la extensión de tal concepto a la función administrativa, lo que ya se dijo para esclarecer la distinción entre proceso y procedimiento; el uno y el otro expresan

* 15.- - Carnelutti Francesco Op. cit. supra 11 Pág. 311

la idea de una progresión de actos jurídicamente regulados al objeto de garantizar la justicia del resultado.

No se debe de olvidar, a este respecto, que si bien la relación administrativa se desarrolla de parte a parte, la misma se resuelve en una disparidad de posiciones entre la partes, una de las cuales esta provista de poderes frente a la otra, que esta sujeta a ellos; ahora bien, aun cuando el carácter publico de la partes superior permita no considerar probable al abuso de tal poder, sin embargo es natural la ley propone un procedimiento a través del cual el poder debe ser ejercitado. Por otro lado, cuando los actos que constituyen tal procedimiento se consideran, en lugar de su desenvolvimiento, en su conjunto, es natural que se hable, lo mismo que de proceso jurisdiccional, como de proceso administrativo.

La fórmula del proceso penal es pues, una formula genérica, que comprende tanto el proceso jurisdiccional como el proceso administrativo.

El carácter indudablemente jurisdiccional del proceso para la autorización para castigar no se extiende en absoluto a los actos que el ministerio público cumple antes de obtener la autorización y después de haber la obtenido.

2.3.- FORMA DE LOS ACTOS PROCESALES

*16Los actos de las partes y de los órganos jurisdiccionales, mediante los cuales la litis procede desde su comienzo hasta su resolución y cuyo conjunto se denomina procedimiento, debe someterse a determinadas condiciones de lugar, de tiempo, de medios de expresión; estas condiciones se llaman condiciones procesales en sentido estricto. En un sentido mas amplio, pero menos propio, llamase formas de los mismos actos necesarios en el proceso, en que, estando coordinados a la actuación de un derecho sustantivo, tiene carácter de forma respecto de la sustancia. vamos a ver ahora, en general, a que condiciones formales a de estar sometida las actividades procesales.

2.3.1 LAS FORMAS DE LOS ACTOS PROCESALES

Por parte de los profanos, se profiere censurar y quejas innumerables en contra de las formas procesales, fundándose en que las formas ocasionan largas e inútiles cuestiones, y en que, a menudo, la inobservancia de una forma puede producir la pérdida del derecho e imaginar sistemas procesales sencillos y exentos de todo formalismo. Sin embargo, la experiencia ha demostrado que las formas son necesarias en el juicio, como en toda relación jurídica, y aun con mayor razón; su falta produce desorden, confusión e incertidumbre.

Desgraciadamente, es difícil obtener un sistema de formas lógico que respondan a las exigencias del tiempo en que se emplee, muchas de estas son el producto de las condiciones sociales y políticas de la época; pero muchas otras son restos de sistemas antiguos, transmitidas gracias a una querencia, a veces justa, pero otras veces absurda, por el pasado, y al espíritu conservador que denomina en el orden forense, lo mismo que en cualquiera otra clase educada mediante una larga preparación técnica. A esto hay que añadir el daño derivado de la aplicación que se hace de las formas, a menudo con espíritu puntilloso y vejatorio, mas a menudo con espíritu sofisticado y formalista, debido a la mediocre cultura de las personas destinadas a servirse a ellas.

Esto explica porque la historia de las leyes y de las costumbres forenses nos presenta una eterna pugna entre el sentimiento de la necesidad de las formas y la de que justicia intrínseca y la verdad de los hechos en el proceso no sea sacrificada a las formas; entre la necesidad de la celeridad en los litigios y la necesidad de un conocimiento y una defensa completa.

*17Tampoco en este otro plano se puede uno fiar, mas allá de un cierto límite, de la libertad de los individuos comprendidos en el proceso: el procedimiento, por eso, está jurídicamente regulado también en cuanto a los actos que se suceden en él, uno a otro. Se ha intentado mas de una vez el análisis de estas reglas; pero ahora, mediante sobre ello, nos damos cuenta de haber cometido un error de perspectiva al condenar el foco de la investigación sobre el caso en el lugar de sobre la relación entre el elemento y otro y entre un acto y otro.

* 16.- Chiovenda Giuseppe, biblioteca clásicos del derecho, Curso de Derecho Procesal Civil, Vol., 6 Editorial Harla, 199, Pág.407,

* 17.- Carnelutti Francesco Op. cit. supra 11 Pág. 315.

Causa y fin o, como se dice aludir mas exactamente al concepto de uno y del otro, causalidad y finalidad no se excluye en absoluto recíprocamente; sino que esta, mas bien, implicadas: no hay una causa que no tienda a un fin que no opere a través de una causa.

Quien se de bien cuenta de las relaciones entre pasado y futuro y, por tanto, sepa que lógicamente el prius esta en el futuro aunque históricamente sucede lo contrario, no puede admitir que no tanto la causalidad; sino el uso formalidad no se podía explicar. Ahora bien, preciosamente en la mediación entre fin y causa esta en el secreto de la forma(o de la formalidad se debería decir, a semejanza de la finalidad y de la causalidad; si en le uso formalidad no hubiese adquirido un significado diverso y peyorativo).

Por otra parte, si se reflexiona en la relaciones lógicas entre la causa y la ley, cuyo fundamento esta precisamente en la causalidad, se ilumina también las relaciones entre la forma y la norma, resolviéndose siempre en la enunciación y, cuando se trata de norma jurídica, en la prescripción de una forma: quien quiera profundizarse el concepto de la hipótesis legal descubrirá que su fundamento no es otro que la formalidad. Por otra parte, puesto que la ley expresa la regularidad de lo variable o, en otros términos, los invariantes de la invariación, se comprende además de la forma, precisamente porque concierne a las relaciones y no a las cosas, sea, como he dicho ene otras ocasiones lo que no cambia en lo que se muda, lo que intuye el pensamiento empírico cuando traduce en la forma en la impresión de la cosa.

Estas breves reflexiones son suficientes para poner en claro el valor de la forma no solo para el proceso sino en general para el derecho, porque el derecho no puede operar sino a través de la forma; sin esta no se podrá adecuar a la conducta de los súbditos a los fines que el derecho persigue. Por tanto, el formalismo jurídico, entiendo como exceso en las prescripciones formales, no es otra cosa que hipertrofia del derecho ósea, exceso de los límites puesto a la libertad de la acción.

Por tanto, la ley regula el procedimiento al prescribir la forma de los actos que lo componen, las prescripciones formales son inevitablemente numerosas, de manera que es cometido de la ciencia al intentar entre ellas una clasificación. Este es un cometido al cual se a dedicado varias veces el resultado que no son

mas que sucesivamente y progresivas aproximaciones a la verdad. Ahora bien, puesto que se piensa haber llegado, a través de la aclaración de las relaciones entre la finalidad, causalidad y formalidad, a proyectar un poco de luz sobre esta zona del derecho, tratando de dar todavía un pequeño paso adelante en la construcción de la teoría de los actos procesales y , en general, de los actos jurídicos, retornado al concepto de la forma para fundar así el criterio de la clasificación sobre la relación en el lugar de sobre el acto, con la ventaja de descubrir mejor el valor del derecho bajo este perfil.

Puede ocurrir que el acto, para producir los efectos jurídicos, deba ser cumplido por una persona determinada, de manera que la forma consiste en la relación entre el acto y la persona que lo cumple. Bajo este perfil se dan actos que producen efectos jurídicos por cualquier que sean cumplidos y otros que no producen efectos jurídicos sino cumplidos por ciertas personas. Una distinción no acostumbrada pero necesaria es, entre actos cualificados y no cualificados, refiriéndose la calificación de la persona que puede cumplir con eficacia. Para aclarar, tal distinción, en cuanto sea necesario, se puede confrontar la denuncia con la querrela, en cuanto a la primera puede ser propuesta por cualquiera y la segunda, en cambio, solamente la persona ofendida por el delito.

La calificación depende de un modo de ser de la persona en sí o bien, de un modo de ser ad alterum. Según la formula acostumbrada, en el primer caso se habla de capacidad, en el segundo de legitimación.

Según el modo des ser ad alterum consiste simplemente en una posición social y no, en una posición jurídica, es conveniente distinguir la legitimación de hecho de la legitimación de derecho. Cuando la legitimación pertenece a esta segunda categoría, en ella esta absorbida la capacidad; así ocurre, por ejemplo, respecto al ministerio publico, del defensor y del juez.

Legitimación de echo es la parte en el proceso civil, en cuanto para calificar el acto basta la posición del agente respecto al de la litis o del negocio y, por eso, simplemente una posición social; en cambio, es una posición jurídica la del causado en el procedimiento penal jurisdiccional, en cuanto depende del ejercicio de un poder del ministerio publico o del juez.

Puesto que el acto jurídico es siempre ejercicio de un poder cumpliendo o incumpliendo de un deber, la calificación se puede referir, indiferentemente, tanto al cato como a la relación:

Por eso, la denominada capacidad jurídica, que se refiere a la capacidad de obrar, que se refiere al acto, no son dos conceptos diversos sino el mismo concepto considerado desde distintos puntos de vista.

El concepto de legitimación respecto de una categoría de actos procesales, y principalmente, si bien exclusivamente, respecto a los actos del juez, se complica con el concepto de competencia. Se ha dicho que la potestad jurisdiccional corresponde a quien tenga la posición del juez, que es el ultimo legitimado para los ciclos en los cuales se resuelve su ejercicio; pero puesto que el servicio penal no podrá desenvolverse con el juez solo, la jurisdicción se atribuye a una multitud de jueces entre los cuales, naturalmente, debe ser distribuida; y la división tiene lugar mediante la determinación de una relación entre el juez y el acto, que es llamado a cumplir: un criterio, por ejemplo, depende esta del juez en relación al lugar en que ocurrió el delito, a cuya comprobación el debe atender; otro se refiere a la relación entre la composición del juez y la gravedad del delito sobre el cual debe juzgar; un tercero a la relación entre el grado del juez y la materia del juicio, que sea el hecho, del cual se quiere saber si constituye o no el delito, o bien el juicio que a sido dado por otro juez.

Estas son nociones de carácter general, suficientes para la finalidad que me propongo, que no es el conocimiento de las normas vigentes sobre el proceso penal, sino el descubrimiento de los principios a los cuales ella debe adecuarse.

Lo mismo que la potestad del juez, la del ministerio publico esta limitada por la competencia; a propósito de la cual obsérvese que la determina la competencia del ministerio publico indirectamente a través de la determinación de la competencia del juez; así ocurre porque, según el ordenamiento judicial, a todo oficio de jueces colegiados esta adscrito o aplicado uno o mas de un magistrado investido de la función del ministerio publico.

2.3.2.- ELEMENTO DEL ACTO PROCESAL

Mas clara resulta todavía, a nuestro entender, de acuerdo con el concepto de forma que se ha tratado de delinear, la explicación de los que suelen llamar los requisitos internos o elementos del acto, distinguidos, según nuestra ultima sistematización, en fin, intención y adecuación. Estos son los elementos que resultan del análisis del acto en si, aislado tanto del agente como del ambiente.

Actualmente el análisis se puede decir que esta completo también en cuanto a su fase mas difícil, que se refiere a la separación entre el fin y la intención; bajo ese perfil la misma ha sido laboriosa, pero al final la intuición romana de la causa, distinta del consensus, ha sido confirmada, de manera que de la causa, como se continuara diciendo por los civilistas, o mejor del fin, se ha conocido la consistencia objetiva o, mejor, antológica mas bien que psicológica, aun cuando el valor del fin en el mundo del derecho o, en general, en la realidad no se halla todavía plenamente comprendido.

Ahora bien, lo que aquí parece oportuno agregar en cuanto se ha inscrito en cuanto a este tema hasta ahora es que la regulación jurídica del acto se refiere tanto a cada uno de los elementos en si, cuando a sus relaciones reciprocas o sea a su combinación, lo que responde, precisamente al concepto de la forma o estructura, como se quiere decir; a fin de que el acto desplegue sus efectos jurídicos, es necesario que los tres elementos converjan, no que diverjan, o sea que la intención se acude al fin y la actuación a la intención, de manera que la juridicidad depende de la relación entre ellos. En particular, cuando se dice que el evento debe de ser querido, se alude a la relación entre intención y fin, de la misma manera que el evento deba ser causado se explica con la relación intención y actuación. Probablemente, una comparación puede hacer comprender mejor tales relaciones; la primera de ellas se asemeja al mirar, y la segunda a dar en el blanco. Igualmente, lo mismo el concepto de la forma como adecuación del acto al fin, que la comparación ahora señalada, ilumina el concepto del dolo y de la culpa: hay caso en los cuales el efecto jurídico se produce solamente si el agente hace mal, y otros en los que se produce también si, en lugar de hacer el mal, no ira hacer el bien.

Quien considere que el fin conduce a la Intención a la actuación, esto es, el traducirse el posible en existente, a través de la voluntad, consuma el acto, la combinación de sus elementos, comprenderá porque finalmente porque el nombre de forma se acostumbra a denotar solamente el elemento físico del acto; se tiene así una aplicación por antonomasia de un concepto de alcance mucho mayor.

Finalmente, la forma del acto puede referirse a la relación con otros actos, incluso con otros hechos, anteriores o posteriores a su acaecimiento. Aquí juegan, a su vez, algunos otros conceptos metajuridicos: tiempo, lugar y condición, en torno a los cuales también el jurista debe tratar de preocuparse, aun cuando no sea fácil, ideas claras.

Para aclarar las ideas del tiempo y del lugar es conveniente reflexionar sobre los dos aspectos de la coexistencia, que son la sucesión y la simultaneada: una cosa después de la otra o bien una cosa junto a la otra.

La idea de la condición, a su vez, se refiere a la de la causa, de la cual constituye el prius: condición es un elemento de la causa; mas exactamente, cada uno de los elementos, la unión de los cuales produce los efecto: causa de la germinación es la unión de la semilla con la tierra, mientras condición es la existencia de las dos causas que se deben de unir. También la condicionalidad, la mismo que la causalidad, es un aspecto de la coexistencia: considerado que la causa resulta de la unión de dos cosas a fines, la condicionalidad se resuelve en una complementariedad de cosas o hechos, de los cuales cada uno, si el otro, es insuficiente para producir un efecto.

En el plano del tiempo el procedimiento penal, mas que cualquier otro procedimiento, también judicial, se debate en una dolorosa antinomia: la prontitud del castigo es una condición de su eficacia; pero, por otra parte, esta eficacia exige cautela y esta debe hacer mas lento el paso del procedimiento. El proverbio dice: *pronto y bien no conviene*; para lo malo es que, en el proceso y sobre todo en el proceso penal, el pronto es una condición del bien. Estas reflexiones explican porque aquel aspecto de la forma, que concierne al tiempo de los actos, es objeto de una atención particular y, por tanto, se distinguen, en el lenguaje jurídico corriente, las formas de los términos, no en el sentido de que los términos no contemplen la forma, sino porque constituyen un aspecto particularmente delicado del problema formal.

La palabra término en su significado original quiere decir confín. Para comprender como concurre la idea del confín, es decir, de la separación, ene el procedimiento, retornándose también a la comparación de la entre el proceder y el caminar o también entre el procedimiento y el discurso: quien camina tiene necesidad, de tanto en tanto, de un reposo de cómo quien habla tiene necesidad de tomar aliento; los reposos o las causas ¿no constituye una separación entre los pasos entre las palabras? Un procedimiento sin pausas no seria posible: se podía decir, bajo este aspecto, que el procedimiento tiene sus exigencias musicales. Pero aquí la ley no puede fiar de la libertad, de los singulares operadores del proceso.

Por otra parte, que para acelerar el proceso penal se debe obtener o al menos tratar de obtener la presencia de obtener la presencia de aquello que se trata de saber si se debe o no deber ser castigado; a tal fin esta dispuesto un acto que se llama citación del acusado. Es claro en el momento en que es la notificación la citación y aquel en que se iniciara el proceso, debe existir una pausa suficiente a fin no solo de permitir al acusado acudir físicamente ante el juez, sino además preparar cuando es necesaria para su defensa, y mejor se podía decir para la colaboración con el juez a fin de que la decisión sea justa

Según lo que se ha dicho ya, la forma condicional consiste en acoplamiento del acto condicionado, a otro acto o echo, de manera que el efecto del primero no se produce sino en cuanto el segundo haya(condición positiva) o no (condición negativa) ocurrido. Por tanto, antes de que el echo condicionante haya excluido su acaecimiento, se da un estado de falta de certeza, que entra en el concepto de pendencia del acto: sobre este y sus aspectos (constituibilidad o resolubilidad) no se tiene nada que modificar de lo que he escrito en otro lugar, sino en cuanto se refiere al nexo entre formas y condición, en virtud del cual la condición del acto es uno de los aspectos de su forma. Se trata, aquí, de adecuar un acto a otro acto o hecho que el primero no produzca efectos sino en cuanto haya o no ocurrido o este no este por ocurrir el segundo; y así, una vez mas, de la relación entre el acto y un acto diverso o, si queremos, de la combinación de dos hechos diversos, sin el cual el efecto no se verifica.

Si la forma del acto esta prescrita a fin de que el acto sea idóneo al objeto del proceso, y si los oficiales del proceso son elegidos y vigilados para que ejerciten su poderes en modo de alcanzar dicho fin, se comprende que, ante todo, cumplir acto en la forma querida por la ley constituye el contenido de una de sus obligaciones, cualquiera que sea la suerte del acto cumplido sin que sea observadas, de manera de que las mismas no se resuelvan nunca en simples consejos, sino que tiene siempre carácter obligatorio.

Tampoco en este otro plano se puede uno fiar, mas allá de un cierto limite, de la libertad de los individuos comprendidos en el proceso: el procedimiento, por eso, esta jurídicamente regulado también en cuanto a los actos que se suceden en el, uno a otro. Desde hace tiempo, el pensamiento a reconocido la importancia de la forma, hasta el punto de haber tratado varias veces de basar en ella sus intentos de sistematización de la naturaleza o de la historia; y no importa que a menudo, y sobre todo que en sus manifestaciones mas modernas, se ha hablado, mas bien de que forma, de estructura, que se puedan considerar términos equivalentes. Pero lo que no parece todavía aclarado es la relación de la forma con la causa y con el fin; y si tal aclaración no puede profundizar el conocimiento de la realidad; Causa y fin o, como se dice aludir mas exactamente al concepto de uno y del otro, causalidad y finalidad no se excluye en absoluto recíprocamente; sino que esta, mas bien, implicadas: no hay una causa que no tienda a un fin que no opere a través de una causa.

La forma es, precisamente, el modo del ser de la cosa o del hecho, del cual resulta su afinidad con otra cosa o echo de manera que la combinación de uno y del otro genere efecto.

Por otra parte, si se reflexiona en la relaciones lógicas entre la causa y la ley, cuyo fundamente esta precisamente en la causalidad, se ilumina también las relaciones entre la forma y la norma, resolviéndose siempre en la enunciación y, cuando se trata de norma jurídica, en la prescripción de una forma: quien quiera profundizarse el concepto de la hipótesis legal descubrirá que su fundamento no es otro que la formalidad.

Por tanto, la ley regula el procedimiento al prescribir la forma de los actos que lo componen. La prescripciones formales son inevitablemente numerosas, de manera que es cometido de la ciencia al intentar entre ellas una clasificación. Este es un cometido al cual se a dedicado varias veces el resultado que no son mas que sucesivamente y progresivas aproximaciones a la verdad.

Puede ocurrir que el acto, para producir los efectos jurídicos, deba ser cumplido por una persona determinada, de manera que la forma consiste en la relación entre el acto y la persona que lo cumple. Bajo

este perfil se dan actos que producen efectos jurídicos por cualquier que sean cumplidos y otros que no producen efectos jurídicos sino cumplidos por ciertas personas. Una distinción no acostumbrada pero necesaria es, entre actos cualificados y no cualificados, refiriéndose la calificación de la persona que puede cumplir con eficacia. Para aclarar, tal distinción, en cuanto sea necesario, se puede confrontar la denuncia con la querrela, en cuanto a la primera puede ser propuesta por cualquiera y la segunda, en cambio, solamente la persona ofendida por el delito.

La calificación depende de un modo de ser de la persona en sí o bien, de un modo de ser ad alterum. Según la formula acostumbrada, en el primer caso se habla de capacidad, en el segundo de legitimación. Estas son figuras conocidas, hoy en día sobre las cuales no nos entretenemos mas que de un lado, para encuadernarlas en el concepto general de la forma, y de otro, para ajustar este detalle de la teoría. Según el modo des ser ad alterum concisita simplemente en una posición social y no, en una posición jurídica, es conveniente distinguir la legitimación de hecho de la legitimación de derecho. Cuando la legitimación pertenece a esta segunda categoría, en ella esta absorbida la capacidad; así ocurre, por ejemplo, respecto al ministerio publico, del defensor y del juez.

Legitimación de echo es la parte en el proceso civil, en cuanto par calificar el acto basta la posición del agente respecto a l de la litis o del negocio y, por eso, simplemente una posición social; en cambio, es una posición jurídica la del causado en el procedimiento penal jurisdiccional, en cuanto depende del ejercicio de un poder del ministerio publico o del juez.

Puesto que el acto jurídico es siempre ejercicio de un poder cumpliendo o incumpliendo de un deber, la calificación se puede referir, indiferentemente, tanto al cato como a la relación:

Por eso, la denominada capacidad jurídica, que se refiere a la capacidad de obrar, que se refiere al acto, no son dos conceptos diversos sino el mismo concepto considerado desde distintos puntos de vista.

Es conveniente agregar que, el valor de la legitimación de derecho, esta prescripto para el ministerio publico, para el juez y para el defensor (además de para aquellos auxiliares del juez, que son el secretario y el oficial judicial) el uso de un traje por el cual no debe operar en la base jurisdiccional del proceso; la vinculación del traje con la legitimación acentúa el valor formal de esta ultima.

El concepto de legitimación respecto de una categoría de actos procésales, y principalmente, si bien exclusivamente, respecto a los actos del juez, se complica con el concepto de competencia. Se ha dicho que la

potestad jurisdiccional corresponde a quien tenga la posición del juez, que es el ultimo legitimado para los ciclos en los cuales se resuelve su ejercicio; pero puesto que el servicio penal no podrá desenvolverse con el juez solo, la jurisdicción se atribuye a una multitud de jueces entre los cuales, naturalmente, debe ser distribuida; y la división tiene lugar mediante la determinación de una relación entre el juez y el acto, que es llamado a cumplir: un criterio, por ejemplo, depende esta del juez en relación al lugar en que ocurrió el delito, a cuya comprobación el debe atender; otro se refiere a la relación entre la composición del juez y la gravedad del delito sobre el cual debe juzgar; un tercero a la relación entre el grado del juez y la materia del juicio, que sea el echo, del cual se quiere saber si constituye o no el delito, o bien el juicio que a sido dado por otro juez. Estas son nociones de carácter general, suficientes para la finalidad que me propongo, que no es el conocimiento de las normas vigentes sobre el proceso penal, sino el descubrimiento de los principios a los cuales ella debe adecuarse.

La exigencia de la distribución de la jurisdicción entre los diferentes jueces, que forman la denominada magistratura juzgadora, se resuelve en un limite de la potestad atribuida a cada uno, el cual toma el nombre de competencia. Por eso, la competencia no es un poder, sino el limite de un poder y, por tanto, un ratio legitimationis: un juez tiene el poder de no solo en cuanto es juez, o sea esta constituido en aquella posición del órgano del estado, que se designa con tal nombre, sino además en cuanto la materia el juicio entra en su competencia.

Lo mismo que la potestad del juez, la del m9nisterio publico esta limitada por la competencia; a propósito de la cual obsérvese que la determina la competencia del ministerio publico indirectamente a través de la determinación de la competencia del juez; así ocurre porque, según el ordenamiento judicial, a todo oficio de jueces colegiados esta adscrito o aplicado uno o mas de un magistrado investido de la función del ministerio publico; por eso no se encuentra en el código de una norma explicita, que establezca sobre la competencia del ministerio publico en cuanto la determinación de la competencia del juez implica la competencia del ministerio publico.

La competencia limitada la potestad del juez en razón de su posición oficial; pero puede exigir además razones concernientes a su posición personal respecto de la materia del juicio, las cuales, pueden comprometer su imparcialidad, condición esencial para el recto ejercicio de la jurisdicción excluyen que esta les corresponda. A este orden de ideas se refiere el instituto de la incompatibilidad, de abstención y de recusación; pero los tres conceptos no están en el mismo plano; la abstención y la recusación son modos a través de los cuales e descubre la incompatibilidad; si un juez puede abstenerse de un ejercicio de la jurisdicción o de ser recusado, esto ocurre no por otra cosa sino porque su posición personal respecto de la

materia del juicio lo hace incompatible, es decir, inadaptable para juzgar sobre ella.

Pero si es común también al ministerio público el instituto de la competencia, esta diversamente regulado respecto del mismo el instituto de la incompatibilidad, en cuanto se admite su abstención, pero no su recusación. Esta solución se apoya en la profunda diversidad que existe entre acción y jurisdicción y, más afondo, entre juez y parte.

Más clara resulta todavía, a nuestro entender, de acuerdo con el concepto de forma que se trató de delinear, la explicación de los que suelen llamar los requisitos internos o elementos del acto, distinguidos, según nuestra última sistematización, en fin, intención y adecuación. Estos son los elementos que resultan del análisis del acto en sí, aislado tanto del agente como del ambiente.

Actualmente el análisis se puede decir que está completo también en cuanto a su fase más difícil, que se refiere a la separación entre el fin y la intención; bajo ese perfil la misma ha sido laboriosa, pero al final la intuición romana de la causa, distinta del consensu, ha sido confirmada, de manera que de la causa, como se continuara diciendo por los civilistas, o mejor del fin, se ha conocido la consistencia objetiva o, mejor, antológica más bien que psicológica, aun cuando el valor del fin en el mundo del derecho o, en general, en la realidad no se halla todavía plenamente comprendido.

Ahora bien, lo que aquí parece oportuno agregar a cuanto se ha inscrito en cuanto este tema hasta ahora es que la regulación jurídica del acto se refiere tanto a cada uno de los elementos en sí, cuando a sus relaciones recíprocas o sea a su combinación, lo que responde, precisamente al concepto de la forma o estructura, como se quiere decir; a fin de que el acto despliegue sus efectos jurídicos, es necesario que los tres elementos converjan, no que diverjan, o sea que la intención se acude al fin y la actuación a la intención, de manera que la juridicidad depende de la relación entre ellos. En particular, cuando se dice que el evento debe de ser querido, se alude a la relación entre intención y fin, de la misma manera que el evento deba ser causado se explica con la relación intención y actuación. Probablemente, una comparación puede hacer comprender mejor tales relaciones; la primera de ellas se asemeja al mirar, y la segunda a dar en el blanco. Igualmente, lo mismo el concepto de la forma como adecuación del acto al fin, que la comparación ahora señalada, ilumina el concepto del dolo y de la culpa: hay casos en los cuales el efecto jurídico se produce solamente si el agente hace mal, y otros en los que se produce también si, en lugar de hacer el mal, no hace el bien.

Quien considere que el fin conduce a la intención a la actuación, esto es, el traducirse el posible en existente, a través de la voluntad, consuma el acto, la combinación de sus elementos, comprenderá porque finalmente porque el nombre de forma se acostumbra a denotar solamente el elemento físico del acto; se tiene así una aplicación por antonomasia de un concepto de alcance mucho mayor.

Así, una vez que he hecho referencia de manera concreta a los actos procesales y de la forma en que deben llevarse a cabo, en donde quedo claro que para que el Estado pueda imponer una pena o sanción a quien infrinja una ley y en especial que cometa un delito es necesario que esta persona que ha quebrantado la ley se someta a un proceso en donde pueda ser juzgado por un juez y representado por un defensor en donde el Estado a través de su representante el Ministerio público le reproche su actuar, juicio en el cual se desarrolla un proceso con todo lo que ello implica, y así finalmente el procesado reciba la pena o sanción por la conducta desplegada, cumpliendo el Estado con ese fin de preservar el bien publico temporal, a través de la buena administración e impartición de justicia que opera no nada mas en nuestro Estado sino en nuestro país, por ello es que en el presente capitulo hice referencia al sistema procesal tanto extranjero como del propio país, en donde observamos que nuestro sistema es apegado a un Estado de derecho en donde el Estado faculta derechos y obligaciones a las diferentes autoridades para una mejor impartición y administración de justicia, y en donde el gobernado llámese persona física o moral debe cumplir con esos lineamientos apegándose tanto la autoridad como el gobernado al principio de legalidad.

Sin embargo y no obstante a lo anterior, se dijo que durante el desarrollo del proceso existen diversas etapas, etapas en las cuales la autoridad esta obligada por un lado a esclarecer la verdad legal para dictar finalmente una sentencia y en algunas otras ocasiones a impartir la justicia tomando en cuenta la forma de cómo se haya desarrollado el proceso, en donde quizás el actor probo sus acciones y el demandado sus excepciones, pero para ello y para conocer la verdad, la autoridad, juez, ministerio publico, etc., durante el proceso requiere la presencia de testigos, peritos, etc., para que comparezcan y sirvan dentro del proceso para el esclarecimiento de la verdad, en donde para ello la autoridad requiere de manera formal y legal a esas personas que deberán de hacer comparecer, por otra parte una vez que se ha dictado sentencia en donde el gobernado y ya sentenciado deba cumplir con tal resolución, la autoridad para efecto de realizar la impartición de justicia debe verificar que efectivamente su resolución se cumplió, en caso contrario recurrirá a en el primero de los supuestos a la aplicación de medios de apremio para hacer comparecer a las personas o bien para obtener la información solicitada según sea el caso; y en el segundo de los supuestos una vez que el sujeto ha sido oído y vencido en juicio, y que la sentencia no amerite pena privativa de libertad como lo es en un juicio de índole penal, pero se le haya condenado a la restitución de un bien mueble o inmueble,

restitución de alguna persona en tratándose de derecho civil, laboral, familiar, etc., y desacate lo ordenado por el juzgador, este, podrá acudir a la representación social con el fin de que se le sancione por tal desobediencia al sentenciado, quien tendrá que ser procesado por tal omisión.

Por ello la necesidad de referirme en el siguiente capítulo, primeramente a los medios de apremio, que la autoridad puede emplear para hacer valer sus resoluciones.

CAPITULO III

MEDIOS DE APREMIO.

3.1.- CONCEPTO DE MEDIOS DE APREMIO.

En la acepción gramatical, aplicada a la figura procesal denominada “medios de apremio” se alude con la expresión “medios a las diligencias utilizadas para apremiar coercitivamente al cumplimiento de lo ordenado por la autoridad encargada del desempeño de la función jurisdiccional.

La palabra apremio se refiere a la acción de apremiar, por su parte apremiar, en la acepción procesal, es compeler a una persona física o moral a realizar el cumplimiento de lo ordenado por el juez.

Por tanto en su significación gramatical forense, los medios de apremio son las diversas diligencias utilizadas por quien ejerce la función jurisdiccional estatal para efectuar el cumplimiento de lo ordenado por quien ejerce la citada función.

El apremio lo define el maestro Rafael de Pina *18 como: “actividad judicial destinada a hacer efectivo coactivamente el mandato contenido en una resolución del juez o tribunal que es desobedecida por el destinatario.”

Por su parte el maestro Eduardo Pallares*19 determina que el apremio “es el acto judicial por medio del cual el juez constriñe u obliga a una de las partes para que ejecute algo o se abstenga de hacerlo.”

De gran interés resultan los elementos distintivos que nos aporta el maestro Pallares*3 tendientes a evitar que haya una confusión entre medios de apremio y correcciones disciplinarias:

*18 De Pina Vara Rafael, Diccionario de derecho, editorial Porrúa, México 1992, Pág. 75

*19 Pallares Eduardo Diccionario de derecho procesal civil, Editorial Porrúa México 1995 Pag 53

“las correcciones disciplinarias no deben confundirse con los medios de apremio aquellas derivan del poder disciplinario anejo a la jurisdicción, y tienen por objeto mantener el orden de los tribunales y el respeto que merece la judicatura.

Las medidas de apremio proceden del imperio anejo también a la jurisdicción y su fin es que tenga su debido cumplimiento lo resuelto por el juez.

Ambas figuras las medidas de apremio y las correcciones disciplinarias se asemejan en que, en las dos, se ejerce el poder de coacción del estado y en que también las dos instituciones se orientan al cumplimiento de una conducta debida cuando no ha habido un acatamiento espontáneo del sujeto obligado, la diferencia es teleológica, puesto que las finalidades son diversas: en las correcciones disciplinarias la conducta debida es la de no alterar el orden dentro del recinto del juzgado o del tribunal y no comportarse irrespetuosamente respecto de la investidura de la autoridad que ejerce la función jurisdiccional. En los medios de apremio el objetivo es compeler a que haya un ceñirse la conducta exigida por la resolución dictada al ejercerse la función jurisdiccional.

Con fundamento en las reflexiones que anteceden estamos en aptitud de proponer un concepto de los medios de apremio; es la institución jurídica, mediante la cual los órganos del Estado encargados de ejercer la función jurisdiccional, debe compeler a las personas físicas y morales a la realización de la conducta ordenada por el juzgador en una resolución mediante diversas sanciones previstas por el legislador.

a) Se trata de una institución jurídica, pues con motivo de la actitud reacia a cumplir con la resolución jurisdiccional, se engendran nuevas relaciones jurídicas, emerge el deber del sujeto obligado de pagar una multa, de sufrir un arresto, de tolerar una ruptura de cerraduras, de permitir un cateo, de cumplir una conducta adicional a la que inicialmente estaba obligado a desempeñar. Además puede haber otras relaciones jurídicas, pues se solicita la intervención del poder ejecutivo quien es el monopolizador de la fuerza pública y este da complementación al apremio decretado por el juzgador.

El poder ejecutivo es un ejecutor material de las decisiones sancionadoras tomadas por la autoridad jurisdiccional.

b) Los órganos del Estado, titulares de la facultad decisoria de imponer los medios de apremio y de elegir los medios o el medio de apremio que aplicaran por el conducto citado del poder ejecutivo, son los órganos del poder jurisdiccional, no hablamos únicamente de los jueces por que se podría pensar que solo son funcionarios pertenecientes al poder judicial, siendo que, en ocasiones hay órganos del poder ejecutivo que tienen a su cargo el desempeño de la función jurisdiccional como sucede con las juntas de conciliación y arbitraje, con el tribunal fiscal o el tribunal de lo contenciosos administrativo. En ciertos casos tendrá intervención auxiliar el poder ejecutivo, si impuesta una sanción del uso de la fuerza publica, si impuesta la sanción de arresto.

c) Utilizamos la palabra “deben” porque, la imposición de los medios de apremio, no es una facultad optativa, de uso discrecional, por parte de la autoridad jurisdiccional. Es un deber utilizar *los medios de apremio* ante el incumplimiento. La parte contraria a la que incumbe puede exigir del juzgador, compela al incumplidor con el empleo de los medios de apremio y el juzgador a de acatar la ley que establece los medios de apremio ante el supuesto de incumplimiento.

d) se compele al sujeto obligado, que puede ser una persona física o moral, a la realización de la conducta ordenada pro el juzgador, esto significa por una parte que los medios de apremio pueden ejercerse respecto de personas físicas como respecto de personas morales, en el caso de estas ultimas, la coacción personal se ejercerá a través de sus representantes legales, podrá haber arresto del representante legal de una persona moral y podrá emplearse en el la fuerza publica. Por otra parte en la frase inicial de este inciso, encontramos que hay una previa orden del juzgador. Hay una resolución anterior que no se ha cumplido y las determinaciones de los juzgadores se imponen imperativamente a los gobernados. lo imperativo se desvirtuaríais no existiera la posibilidad del apremio.

e) Lo esencial en los medios de apremio, según el concepto que proponemos, en su traducción a sanciones, la sanción es la consecuencia del incumplimiento. Si el obligado persona física o moral, no cumple con la determinación del juzgador, se hace acreedor a una sanción, esa sanción no es arbitraria sino que esta prevista por el legislador, tal y como lo proponemos en el

concepto intentado.*20

Ahora bien respecto de la ejecución, Briceño Sierra advierte, con su afán de crítica semántica, que el término presenta en la doctrina diversas significaciones, y así puede ser:

Cumplimiento , promulgación, reglamentación, ejercicio de facultades, aplicación de normas, efectuación de ordenes, eficacia de los actos, y un cúmulo mas de significados, que hace insuficiente cualquier diccionario de sinónimos limitados tales como realizar, efectuar, hacer, cumplir, verificar, ajusticiar, matar, tocar, embargar, etcétera.

En cuanto a la ejecución procesal , cabe hacer las consideración siguientes: pensamos que es la realización material, la mutación en el ámbito factico, que es una consecuencia de lo que la sentencia ha ordenado. Es preciso dejar bien claro que, por una parte no todas las resoluciones judiciales llevan necesariamente a una ejecución, y por otra en ocasiones demasiado frecuentes no obstante que se obtiene una resolución jurisdiccional, no es posible ejecutarla por múltiples circunstancias, pues hay resoluciones judiciales que no admiten ejecución, por que los efectos que provocan en el mundo jurídico se dan por la resolución misma, como es el caso de las sentencias que podemos considera declarativas, es decir aquellas que simplemente vienen a reconocer una situación factica y sancionarla como jurídicamente aceptable e intachable. Pero junto a estos casos también es menester considerar que otras sentencias ejecutables no lo son por circunstancias de la realidad de cada caso, así pensemos en la condena de un deudor insolvente, quien, precisamente en razón de esa incapacidad de pago, no va a poder ser ejecutado.

Mediante la ejecución, que supone por otra parte un desacato por parte del obligado a la sentencia, al sentido de la resolución dictada, se echa a andar la maquinaria estatal para que, incluso mediante el uso de la fuerza publica, se imponga el sentido de la resolución, aun en contra de la voluntad del obligado, si se logra la ejecución, con ello se habrá satisfecho el derecho y la pretensión, cerrándose el ciclo de las ideas, derecho opinión, pretensión-acción-satisfacción, al que nos referimos al principio de esta obra. *21

*20 .- Arellano García Carlos Op. cit. supra 10 Pág.. 139.

*21 Briceño sierra Humberto, categorías institucionales del proceso, Editorial Oxford University Press México 1999 t IV., P 693.

Se ha discutido mucho en diversos tonos y posiciones si la ejecución de la sentencia tiene o no un carácter jurisdiccional y por ende procesal, Hafter citado por Alcalá Zamora, sostiene la existencia de un derecho ejecutivo penal, la ejecución no es, ni puede ser esencialmente jurisdiccional, ya sea que se trate de una ejecución en un proceso civil, en un proceso penal, o en cualquier otro tipo de proceso, de ahí que Alcalá Zamora, haga ver que las diferencias existentes entre la ejecución penal y la ejecución civil, de existir, no pueden afectar para nada lo relativo a la unidad de lo procesal, si partimos de la consideración básica de que la ejecución, en términos generales, como lo venimos exponiendo no es esencialmente ni jurisdiccional ni procesal.

Lois Estevez hace evidente el carácter administrativo de la ejecución al predicar la tesis que sostiene como función del proceso la aplicación de las sanciones, de la ley, esta aplicación de las sanciones, en lo procesal, solo atañe quizás a la determinación de estas, pero no a su materialización o realización fáctica, que es por su naturaleza una función administrativa, aunque en múltiples ocasiones la lleguen a realizar los jueces, no implica que sea una función propiamente jurisdiccional, sino administrativa, la cual es puesta eventualmente en manos de los juzgadores, por que, en realidad, lo que sucede es que la ejecución es colocada, en mayor o menor grado, en manos de los tribunales, lo que hace que llegue a confundirse la función judicial con la naturaleza jurisdiccional, de los actos realizados, por los jueces y tribunales, este mayor grado de intervención de los jueces en la ejecución de la sentencia varia de un sistema jurídico otro, y también de unos procesos a otros, así, no es igual el grado de intervención del juez en la ejecución dentro del sistema anglosajón, que en sistema latinoamericano y tampoco es igual la intensidad de dicha intervención judicial en la ejecución, por regla general, en el proceso penal que en el proceso civil.

Se consideran principalmente los siguientes efectos de la sentencia:

- a) la cosa juzgada,
- b) la llamada impropia *actio iudicati*, ósea la facultad correspondiente a la parte que ha obtenido sentencia favorable, de hacerla ejecutar judicialmente si el vencido no la cumple de modo voluntario y;
- c) las costas procesales.

La cosa juzgada implica básicamente dos consecuencias la imposibilidad de impugnación ulterior de la sentencia (aspecto procesal), y la posibilidad de que esa sentencia considere el asunto definitivamente resuelto, impidiendo con ello un ulterior examen de la misma cuestión en otro proceso, (sentido material). Los mismos autores al referirse a la ejecución de la sentencia, expresan:

Frente a la sentencia desfavorable, el vencido puede adoptar una de estas dos posiciones; acatar el fallo y cumplirlo voluntariamente o desobedecer el mandato contenido en la resolución, en este ultimo caso la falta de cumplimiento voluntario por la parte vencida, abre paso a la ejecución forzosa, la ejecución forzosa de la sentencia es una consecuencia necesaria de la naturaleza de mandato de autoridad, que corresponde a toda resolución judicial, y se halla impuesta a demás, para impedir dentro de lo humanamente posible, que quedan fallidas, por voluntad del vencido en juicio, las legítimas pretensiones del vencedor, la ejecución coactiva de la sentencia se plantea, pues como una exigencia de su eficacia practica, cuando la parte vencida no se presta a cumplirla voluntariamente, constituye la ejecución de la sentencia una etapa del proceso dirigida a hacer efectivo el fallo judicial.

La ejecución procesal es como quiera que se vea una consecuencia de la potestad, y del imperio que el juez, en su calidad de titular del órgano estatal, posee. La jurisdicción es una función estatal integral, en la medida en que el tribunal pueda hacer cumplir por si mismo las determinaciones que dicte, pero este cumplir por si mismo no debe entenderse en el sentido de que sea el propio juez el que materialmente ejecute la resolución dictada, basta que tenga las atribuciones de imperio para ordenar esa ejecución. El cumplimiento de las ordenes giradas por el tribunal a veces toca desempeñarlo a órganos judiciales (actuarios, secretarios ejecutores u otras ocasiones son autoridades distintas y ajenas a los órganos judiciales las encargadas de realizar la ejecución de los mandatos emanados del tribunal, reiteramos aquí la idea de que en los actos de ejecución es variable al grado de intervención del tribunal, como tendremos oportunidad de ver mas adelante, es indudable que en los procesos de derecho privado o patrimonial los aspectos de las resoluciones están mas en manos del propio tribunal y de sus órganos o entidades dependientes; por el contrario, en las ejecuciones de tipo penal, los actos mismos de ejecución están mas alejados del propio tribunal y corresponden o competen a entidades y a órganos de autoridad que no son de naturaleza judicial ni dependen jerárquicamente o administrativamente de los tribunales.

Las sentencias de los tribunales no son las únicas resoluciones dictadas por estos que son materia de ejecución. Por el contrario, son múltiples las resoluciones emanadas de los jueces y tribunales durante el desarrollo mismo del proceso, las cuales pueden ser objeto de ejecución, a título de ejemplos ilustrativos hablaremos enseguida a lo relativo de medios de apremio y a las correcciones disciplinarias, como aspectos de ejecución de resoluciones judiciales.

Debe entenderse por medio de apremio aquella providencia que el juez o el tribunal están en posibilidad de dictar para que se hagan cumplir otras diversas determinaciones libradas antes por el propio tribunal o por el propio juez, es decir el medio de apremio implica que el obligado a cumplir o a observar determinada conducta, en virtud de un mandamiento del tribunal, se resista sin legitimidad, a ello el juez o el tribunal entonces pueden emplear los diversos *medios de apremio* autorizados por la ley precisamente para forzar al obligado al cumplimiento de la decisión que se hubiere dictado. El medio de apremio es una de las formas en las cuales el tribunal tiene la potestad o el imperio para hacer cumplir las resoluciones que ha expedido, de ahí deriva la consecuencia evidente de que se trata de un acto de naturaleza ejecutiva, es decir, dictar medios de apremio es un ejemplo claro y patente del ejercicio de la potestad de los órganos jurisdiccionales para obligar a las partes o a los terceros a que estos cumplan con sus determinaciones, en efecto el destinatario de un medio de apremio puede ser no solo uno de los litigantes, sino también alguno de los abogados, o bien un tercero, por ejemplo un perito o un tercero, y por lo regular un testigo.

Nuestro código de procedimientos civiles para el distrito federal establece que los jueces, para hacer cumplir sus determinaciones, pueden emplear cualquiera de los siguientes medios de apremio que juzgue eficaz:

- 1.- La multa hasta por las cantidades a que se refiere el artículo 61 la cual podrá duplicarse en caso de reincidencia.
- 2.- El auxilio de la fuerza pública y la fractura de cerraduras si fuere necesario.
- 3.- El cateo por orden escrita.
- 4.- El arresto hasta por 36 horas.

Como puede verse, en todos los medios de apremio anteriormente citados son autorizados por la ley y debe suponerse, como lo hemos dejado apuntado, una actitud de resistencia de incumplimiento por parte del destinatario de una orden, si un testigo, por ejemplo, se niega a comparecer al tribunal para rendir su testimonio, puede ser obligado a hacerlo utilizando el tribunal los diversos medios de apremio, señalados inclusive, hasta el caso de traer a dicho testigo con la fuerza pública, otro caso evidente y que se presenta con determinada frecuencia en los tribunales, es el de rompimiento de cerraduras, nos parece un ejemplo claro del significado y de la trascendencia del medio de apremio, en efecto, si alguien para evitar el desarrollo de una diligencia judicial llega al extremo de cerrar un candado y chapas las puertas de acceso al lugar en donde la diligencia debe desarrollarse, es evidente que ante esa resistencia del particular, el órgano estatal jurisdiccional ordenara que se fracturen las cerraduras, y las chapas respectivas, de otra suerte si estos medios de apremio, no existieren o fueren eficaces, los particulares de mala fe, fácilmente podrían evadir el cumplimiento de los mandatos de la autoridad.

Una crítica que debe enderezarse en contra de nuestro sistema radica en que en muchas ocasiones, las multas, los arrestos, ordenados por las autoridades judiciales, no son eficazmente ejecutados por las autoridades administrativas encargadas de cumplimentarlos, si los medios de apremio no son aplicados eficaz y enérgicamente, los jueces, los tribunales, las autoridades judiciales, en general, pierden respeto, y si el particular resistente al mandato de autoridad, sabe que el medio de apremio que el juez dicte no le perjudicará en la realidad, entonces esto llega a propiciar lo que desgraciadamente suele suceder en nuestro medio judicial con mucha frecuencia, es decir que este tipo de litigantes y de particulares lleguen a adoptar actitudes de burla irrespetuosa, con plena conciencia que los medios de apremio dictados por los jueces no serán cumplimentados, por esto en este mismo orden de ideas, debe robustecerse el propósito de estructurar las mecánicas y procedimientos necesarios para que los procedimientos necesarios para que los medios de apremio ordenados por los jueces y tribunales sean eficaz y enérgicamente cumplimentados por las autoridades de carácter administrativo. *22

3.2.- CORRECCIONES DISCIPLINARIAS.

*23En su típica significación gramatical, corrección es la acción de corregir, de enmendar, de tratar de volver mejor, equivale también a la represión y al castigo que se impone.

Al citarse conjuntamente la expresión de “corrección” seguida de la palabra “disciplinaria” se alude al objetivo de la corrección que es guardar la disciplina, el orden la subordinación, la obediencia.

En concepto de Eduardo Pallares, lo propio de la corrección disciplinaria consiste en ser una sanción que se impone para mantener la disciplina en los tribunales, no solo alcanza a los empleados y funcionarios inferiores, o subordinados, de quien impone la corrección, sino también a los litigantes, y a sus abogados, apoderados y patrones.

Nosotros podemos intentar un modelo de corrección disciplinaria en los siguientes términos:

Es la institución jurídica en virtud de la cual, los jueces y los magistrados deben sancionar a las personas que infrinjan el deber de guardar el orden dentro del juzgado o tribunal o a las que falten el deber de respeto que deben a la investidura jurisdiccional.

Procederemos a explicar los diversos elementos que hemos aglutinado en el concepto que antecede:

a) *Institución jurídica.* Consideramos que se trata de una institución jurídica, pues hay un conjunto de relaciones jurídicas unificadas con vista a una finalidad común. La finalidad común es la conservación del orden o el mantenimiento, del respeto a investidura del juez o del magistrado, no hay una relación jurídica pues, si se impone una multa, se notifica a la autoridad administrativa la imposición de la multa. No se encarga el propio juez o magistrado de cobrar la multa, ni tampoco de iniciar el procedimiento económico coactivo para hacer efectiva la multa. Si se impone una suspensión, también ha de requerir de la notificación a la autoridad administrativa de esa suspensión a un secretario de acuerdos, o a un empleado para que no cubra los emolumentos del funcionario o empleado durante el tiempo que dure la suspensión. Si retrata de auxilio de la fuerza publica para hacer abandonar el recinto del juzgado o del tribunal a un sujeto escandaloso, también requerirá de solicitar a la autoridad administrativa el auxilio correspondiente por tanto hay otras relaciones y otros sujetos jurídicos.

*22 Gómez Lara Cipriano, Teoría General del Proceso, décima edición, editorial Oxford México 2003, Pág. 341.

*23 - Arellano García Carlos Op. cit. supra 10 Pág..135.

b) Jueces y magistrados. Hemos citado como sujetos activos de la atribución de sancionar a los jueces y a los magistrados. En su carácter de titulares del órgano encargado de administrar justicia, de acuerdo con la ley son los capacitados para esgrimir el poder de coacción que entraña la titularidad de la corrección disciplinaria. El ejercicio del poder de coacción que entraña la posibilidad de castigo no se entrega a funcionarios menores al cargo de juez y mucho menos a empleados públicos.

c) Sancionar a personas. No hemos querido limitar el carácter de sujeto pasivo a personas determinadas como pueden ser las partes, los abogados los testigos, los peritos, los auxiliares de la administración de justicia, pues dado que las audiencias son públicas, cualquier persona podría faltar el respeto que se debe a los jueces o magistrados y cualquier persona podría faltar al orden que debe conservarse dentro del recinto del juzgado o tribuna.

d) Infrinjan el deber. La corrección disciplinaria es la norma jurídica secundaria o sancionadora. Su hipótesis jurídica esta constituida por un supuesto de incumplimiento. La corrección disciplinaria es consecuencia del incumpliendo a un deber establecido por una norma jurídica primaria tacita. La norma jurídica primaria tacita establecería: si acudes a un tribunal o a un juzgado tienes el deber de mantener el orden y de respetar a los jueces y magistrados. Por su parte la norma jurídica secundaria establecería: si faltas al orden que debes conservar te harás acreedor a una corrección disciplinaria, o si faltas al respeto que debes al juez o magistrado se te impondrá una corrección disciplinaria.

e) Faltar a la conservación del orden y faltar al respeto que deben a jueces y magistrados. El deber primario a cargo de todo sujeto que se halle en el recinto de los juzgados o de los tribunales es el de mantener el orden y el de observar respeto a jueces y magistrados, la hipótesis de incumplimiento a alguno de estos deberes origina la aplicación de la corrección disciplinaria.

f) Deben. Es un deber de los jueces y magistrados de mantener el orden a través de las correcciones disciplinarias, no es una atribución discrecional o de carácter optativo. Se contiene la obligación lisa y llana, sin posibilidades de arbitrio personal, el juez o magistrado que permita el

desorden o el desacato a su investidura esta faltando a su deber correspondiente.

Corresponde ahora que examinemos las disposiciones legales que se ocupan de las correcciones disciplinarias.

En el código de procedimientos civiles los artículos 61, 62 y 63 se refieren a las correcciones disciplinarias.

Establece el artículo 61 del ordenamiento citado para el distrito federal: "los jueces y magistrados y secretarios tienen el deber de mantener el buen orden y de exigir que se les guarde el respeto y la consideración debidos, por lo que tomaran de oficio o a petición de parte todas las medidas necesarias establecidas en la ley, tendientes a prevenir o a sancionar cualquier acto contrario al respeto debido al tribunal y al que han de guardarse las partes entre si, así como las faltas de decoro y probidad, pudiendo requerir el auxilio de la fuerza publica.

La violación a lo ordenado por este precepto se sancionara con las disposiciones establecidas en este código y a falta de regulación expresa, mediante la imposición de multa según las reglas establecidas en la fracción segunda del artículo 62.

Cuando la infracción llegare a tipificar un delito se procederá contra quienes lo cometieren, con arreglo a lo dispuesto a la legislación penal.

Las infracciones a que se refiere este precepto se anotaran en el registro judicial y se consideraran para motivar la imposición de las sanciones que procedan.

Del precepto transcrito confirmamos que la titularidad del poder de coacción le corresponde a los jueces y magistrados, por tanto a *contrario sensu* no lo tienen los otros funcionarios o empleados públicos. También corroboramos el dicho que es un deber de jueces y magistrados mantener el orden y exigir se les guarde respeto, por tanto la corrección disciplinaria es el medio utilizado para cumplir con el deber del orden y de respeto.

Independientemente de la numeración de correcciones disciplinarias que después hace el

artículo 62 del mismo ordenamiento encontramos como correcciones disciplinarias previstas por el transcrito artículo 61 las siguientes:

a) Multa cuya cuantía varía según el juzgado o tribunal en el que se comete el incumplimiento de deber o de orden y de respeto.

b) Auxilio de la fuerza pública, el juez y magistrado no disponen directamente de la fuerza pública, esta depende del poder ejecutivo, por tanto, si quiere emplearla lo podrá hacer, pero requerirá solicitar la ayuda del poder ejecutivo, esa es la razón por la que el precepto habla del auxilio de la fuerza pública, habrá ocasiones en el que el escándalo generalizado o la intervención de varios sujetos o la de un solo sujeto contumaz a pesar de una o varias multas anteriores hará imprescindible la utilización de este medio coercitivo. En otras ocasiones, por la índole del asunto que se debate y de acuerdo con la experiencia, será tomada como medida preventiva la presencia de agentes de la fuerza pública encargados de velar por el orden y el respeto ha que nos hemos referido.

c) consignación del culpable ante la autoridad competente, con testimonio de lo conducente en caso de que las faltas llegaren a constituir delitos. Por supuesto que la autoridad judicial no tiene el ejercicio de la acción penal para consignar por la comisión de delitos, pero si esta facultada para hacer del conocimiento de la procuraduría de justicia que corresponda la existencia de la falta que constituye delitos, acompañándola de testimonio de lo que exista para que se inicie la averiguación.

I.- El apercibimiento o amonestación.

II.- La multa, que será en los juzgados de paz, el equivalente como máximo, de setenta días del salario mínimo general vigente en el distrito federal al momento de la comisión de la falta, en las de primera instancia de 120 días de salario mínimo vigente en el distrito federal, como máximo; y en el tribunal superior de justicia de ciento ochenta días de salario mínimo.

“Estas multas se duplicaran en caso de reincidencia”

III.- La suspensión que no exceda de un mes.

Por otra parte, al incluir la fracción III del artículo 62 la suspensión que no exceda de un mes, no indica a que tipo de suspensión se refiere, si la suspensión en el cargo, si la suspensión de los derechos de alguna de las partes, si la suspensión de los derechos en el ejercicio profesional en el juicio.

Esta es una grave omisión legal si partimos del supuesto de que puede ser de trascendencia la suspensión de ciertos derechos.

El texto del artículo 63 es el siguiente:

Dentro de los tres días siguientes de haberse saber hecho una corrección disciplinaria, a la persona que se impuso, podrá este pedirle al juez que la oiga en justicia y se citara para la audiencia en el tercer día en la que se resolverá sin ulterior recurso.

Prácticamente el precepto establece el procedimiento mediante el cual se impone y se estabiliza la corrección disciplinaria:

1.- Debe notificarse al afectado, la composición de la corrección disciplinaria.

2.- Se concede al afectado la posibilidad de que se le oiga en justicia, consideramos que esta es la salvaguarda de la garantía de audiencia que consagra el artículo 14 constitucional, se señala un termino para que el afectado haga valer este derecho, en el termino de tres días, esa frase de "oír en justicia" debemos interpretarla como la facultad del afectado para hacer manifestaciones y aportar pruebas.

3.- Se citara para la audiencia dentro del tercer día, estimamos que haya o no petición, de ser oído en justicia, ha de señalarse fecha para la audiencia dentro del tercer día, pues de esa manera se satisface la garantía de audiencia, sin embargo el precepto no es lo claro que fuera de desearse y podría interpretarse en el sentido de que, solo si hubiera petición de ser oído en justicia se verificaría la audiencia.

4.- en la audiencia citada se dicta la resolución, estimamos que puede ser una resolución

confirmatoria, modificatoria o revocatoria de la sanción impuesta según las manifestaciones y las pruebas del afectado.

5.- La resolución que se dicte no es impugnabile.

Es pertinente tomar nota de una tesis de jurisprudencia definida que rige el criterio relativo a la corrección disciplinaria, en relación con la posible comisión del delito de difamación o injurias.

“INJURIAS EN ESCRITOS PRESENTADOS ANTE LOS TRIBUNALES”. Cuando en un escrito presentado, o en un discurso pronunciado ante los tribunales, se hiciera uso de alguna expresión difamatoria o injuriosa, no se castigara como delito de injurias o difamación, sino que el juez o magistrado de los autos pondrá el correctivo que estime procedente.

Por otra parte, Cipriano Gomes Lara ^{*24} establece que las correcciones disciplinarias constituyen también un ejemplo de la potestad, del imperio, del tribunal, solo que esta potestad o este imperio en materia de la corrección disciplinaria, tiene un objetivo distinto de aquel que se persigue con el medio de apremio. Si en el medio de apremio la finalidad consiste en que las resoluciones del tribunal se cumplan, aun en contra de la voluntad de los obligados en la corrección disciplinaria, la consecución del objetivo, radica en mantener el buen orden y en hacer que los litigantes, que los terceros, que inclusive cualquier particular o los mismos subordinados, le guarden al titular del órgano jurisdiccional el respeto y la consideración que un funcionario de su categoría y de su jerarquía merece. Por ello, entonces, la corrección disciplinaria es una medida adoptada por el tribunal cuando algún litigante, tercero o subordinado asume actitudes que implican el rompimiento del buen orden que debe prevalecer en el desarrollo de las actuaciones judiciales o que quebrante el respeto y la consideración al tribunal, a sus titulares, o bien el respeto y la consideración que han de guardarse y tenerse entre si las partes o los particulares que asisten a algún tipo de diligencia judicial. La legislación procesal civil del Distrito Federal, también contempla y reglamenta las correcciones disciplinarias disponiendo que los jueces y magistrados están obligados a mantener el buen orden y a exigir que se les guarde el respeto y la consideración debidos, para lo que deberán corregir en el acto las faltas que se cometieren con multas, las cuales varían sus montos, de acuerdo con la jerarquía del tribunal, los jueces y magistrados también

* 24 Gómez Lara Cipriano, Op. cit. supra 22 Pág. 345.

pueden emplear el auxilio de la fuerza pública, si el buen orden se quebranta o cuando no se les guarden las consideraciones y el respeto debidos. Además, pueden hacer uso de apercibimientos, amonestaciones, multas y suspensiones que no excedan de un mes contra sus subalternos, así como el arresto hasta por seis horas a los que se resistan a cumplir la orden de expulsión.

En este aspecto de las correcciones disciplinarias, también es muy conveniente dejar asentado que su eficacia y su estricto cumplimiento y aplicación por quien deba hacerlo constituyen una garantía de que la majestad del tribunal y de sus miembros no se vera alterada por actitudes groseras y respetuosas o irrelevantes de los litigantes, de las partes o de los terceros que asisten a diligencias judiciales. El propio Código, da la posibilidad a la persona a quien se le haya impuesto una corrección disciplinaria de pedir al juez que la oiga en justicia, en relación con la corrección disciplinaria que se le haya impuesto; el juez deberá oír a esa persona dentro del tercer día en que le solicite tal audiencia y en ella misma resolverá lo conducente.

Si bien la leyes, se han referido de forma especial a las correcciones disciplinarias como aquellas medidas correctivas que puede tomar el tribunal contra el personal subordinado por faltas en el desempeño de las actividades propias de dicho personal, lo cierto es que, a nuestro parecer, la corrección disciplinaria no solamente se enfoca en aquellos auxiliares dependientes del tribunal, sino también en las partes o terceros ajenos a la relación sustancial. En otras palabras, independientemente de que esta reglamentada de modo especial la manera o procedimiento para la imposición de correcciones disciplinarias a los servidores judiciales, de todos modos, nosotros pensamos que las partes, los abogados y los terceros también son sujetos susceptibles de disciplinarse o de ser disciplinados a la potestad del juez, para que éste pueda conservar, como lo hemos dicho, el buen orden en el tribunal y hacer que se le tengan el respeto y la consideración debidos por todos aquellos que por cualquier razón o circunstancia, asistan al tribunal, estén en el, o trabajen en el mismo.

3.3 ALGUNOS CODIGOS, LEYES, DECRETOS Y REGLAMENTOS QUE CONTEMPLAN LOS MEDIOS DE APREMIO Y CORRECCIONES DISCIPLINARIAS.

En este punto es necesario citar algunas de las muchas leyes, reglamentos y decretos que contemplan en sus apartados a los medios de apremio y correcciones disciplinarias, que son aplicados por las autoridades dentro de sus facultades que la ley les confiere para hacer valer sus determinaciones o resoluciones, por lo que me permito citar a continuación los siguientes que considere algunos de los mas importantes y de los que como parte de la sociedad en la que nos desenvolvemos nos podemos ver involucrados:

3.3.1 REGLAMENTO INTERIOR DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL ESTADO

Capítulo Segundo. De los Medios de Apremio y de las Correcciones Disciplinarias.

De los Medios de Apremio y de las Correcciones Disciplinarias

Artículo 70. Los medios de apremio a que se refieren las fracciones I, II, III y IV, del artículo 37 de la Ley Estatal, podrán ser aplicados a las partes, sus representantes y en general a cualquier persona, con el propósito de hacer cumplir las determinaciones del órgano jurisdiccional electoral.

Artículo 71. Las correcciones disciplinarias a que se refieren las fracciones I, II y IV del artículo 37 de la Ley Estatal, podrán ser aplicadas a las partes, sus representantes, los servidores del Tribunal Electoral y en general, a cualquier persona que provoque desorden, no guarde el respeto y la consideración debidos o se conduzca con falta de probidad y decoro en sus comparencias y actuaciones ante el Tribunal Electoral.

Si la conducta asumida pudiese constituir delito, se dará vista al Ministerio Público para que proceda conforme a sus atribuciones, remitiéndole copia certificada de las actuaciones correspondientes.

Artículo 72. Los medios de apremio y las correcciones disciplinarias serán aplicadas por el Pleno, por el Presidente del Tribunal, y en su caso, por el magistrado que esté llevando a cabo la sustanciación de un medio de impugnación.

Artículo 73. Las multas que sean fijadas en términos de lo dispuesto en este Capítulo, se harán efectivas ante la Tesorería General del Estado, en un plazo improrrogable de quince días, contados a partir de la notificación que reciba la persona sancionada, misma que deberá informar el debido cumplimiento para los efectos correspondientes.

3.3.2 LEY ESTATAL DE MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN MATERIA LECTORAL

Última Reforma del Periódico Oficial el 30 de Octubre de 2003

Capítulo duodécimo

De los Medios de Apremio y de las Correcciones Disciplinarias del Tribunal

Artículo 52.- Además, de las sanciones, que en su caso, se contemplen en la Ley Electoral, el Tribunal podrá aplicar discrecionalmente, para hacer cumplir las disposiciones del presente ordenamiento, sus requerimientos o las resoluciones que emita, los medios de apremio y las correcciones disciplinarias siguientes:

I.- Apercibimiento;

II.- Amonestación;

III.- Multa hasta por cien veces el salario mínimo diario general vigente en el Estado. En caso de reincidencia se podrá aplicar hasta el doble de la cantidad señalada;

IV.- Auxilio de la fuerza pública; o

V.- Arresto hasta por treinta y seis horas.

De igual manera procederá el Tribunal para mantener el orden, el respeto y la consideración debida en las sesiones públicas.

Artículo 53.- Los medios de apremio y las correcciones disciplinarias a que se refiere el artículo anterior, serán aplicados por el Presidente del Tribunal con el apoyo de las autoridades competentes.

3.3.3 REGLAMENTO DE LA LEY DE LA PROCURADURIA SOCIAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Capítulo VIII

De los Medios de Apremio

Artículo 32. Para el caso de que la parte requerida, en la substanciación del procedimiento de conciliación, no acuda a la o las audiencias de conciliación, la Procuraduría podrá imponerle una multa de cinco hasta cincuenta veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, la Procuraduría atenderá en lo conducente y con el carácter de supletoria, lo dispuesto por la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal.

Artículo 33. Los medios de apremio, serán notificados de conformidad con la Ley, e informará al requerido del término de que dispone para recurrir el acto administrativo, y de la autoridad ante la cual podrá hacerlo.

Artículo 34. Los afectados por un medio de apremio impuesto por la Procuraduría Social podrán, a su elección, interponer el recurso de inconformidad, o intentar el juicio de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, dentro de los términos legales.

3.3.4 LEY DE JUSTICIA INDIGENA DEL ESTADO DE QUINTANA ROO

P. O. 14 de agosto de 1997 REFORMA 14 de noviembre de 1997

CAPITULO V

MEDIOS DE APREMIO, SANCIONES Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

ARTICULO 20.- Para hacer cumplir sus determinaciones, los jueces tradicionales podrán dictar las medidas de apremio siguientes:

- I.-** Apercibimiento;
- II.-** Multas hasta de treinta salarios mínimos; y
- III.-** Arresto hasta de treinta y seis horas.

ARTICULO 21.- En materia penal, los jueces tradicionales podrán mediante sentencias que al efecto dicten, imponer las penas y medidas de seguridad siguientes:

- I.-** Vigilancia de la autoridad;
- II.-** Multa hasta de treinta salarios mínimos;
- III.-** Reparación de daños y perjuicios;

- IV.- Trabajo en favor de la comunidad;
- V.- Prohibición de ir a una circunscripción territorial determinada o de residir en ella;
- VI.- Decomiso, pérdida de instrumentos y objetos relacionados con el delito; y
- VII.- Las demás que prevenga la Ley.

3.3.5 DECRETO QUE CREA LA PROCURADURIA SOCIAL Y DE ATENCION CIUDADANA DEL ESTADO DE COAHUILA..

Fuente: Periódico Oficial, Del Gobierno del Estado, Número 6, del 19 de Enero del 2001

SECCION CUARTA DE LOS MEDIOS DE APREMIO

ARTICULO 52. Para el cumplimiento de sus determinaciones, la Procuraduría podrá emplear los siguientes medios de apremio:

- I. Apercibimiento.
- II. Amonestación.
- III. Multa por el equivalente de hasta cien veces el salario mínimo general diario vigente en el Estado. En caso de reincidencia, podrá aplicarse hasta el doble de la multa originalmente impuesta. Para los efectos de lo dispuesto en este artículo se entenderá por reincidencia la comisión de la misma falta o desobediencia en un mismo asunto. Por ningún motivo las multas podrán ser pagadas con cargo al erario público.

3.3.6 CÁMARA MEXICANA DE LA INDUSTRIA DEL TRANSPORTE MARÍTIMO

Artículo 178.- Al que, sin causa legítima, rehusare a prestar un servicio de interés público a que la Ley le obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad, se le aplicarán de quince a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad. Al que desobedeciere el mandato de arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica, dictados por autoridad judicial competente, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de diez a doscientos días multa.

Artículo 179.- El que sin excusa legal se negare a comparecer ante la autoridad a dar su declaración, cuando legalmente se le exija, no será considerado como reo del delito previsto en el artículo anterior, sino cuando insista en su desobediencia después de haber sido apremiado por la autoridad judicial o apercibido por la administrativa, en su caso, para que comparezca a declarar.

Artículo 180.- Se aplicarán de uno a dos años de prisión y multa de diez a mil pesos: al que, empleando la fuerza, el amago o la amenaza, se oponga a que la autoridad pública o sus agentes ejerzan alguna de sus funciones o resista al cumplimiento de un mandato legítimo ejecutado en forma legal.

Artículo 181.- Se equiparará a la resistencia y se sancionará con la misma pena que ésta, la coacción hecha a la autoridad pública por medio de la violencia física o de la moral, para obligarla a que ejecute un acto oficial, sin los requisitos legales u otro que no esté en sus atribuciones.

Artículo 182.- El que debiendo ser examinado en juicio, sin que le aprovechen las excepciones establecidas por este Código o por el de Procedimientos Penales, y agotados sus medios de apremio, se niegue a otorgar la protesta de ley o a declarar, pagará de 10 a 30 días multa. En caso de reincidencia, se impondrá prisión de uno a seis meses o de 30 a 90 días multa.

Artículo 183.- Cuando la ley autorice el empleo del apremio para hacer efectivas las determinaciones de la autoridad, sólo se consumará el delito de desobediencia cuando se hubieren agotado los medios de apremio.

3.3.7 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO

Artículo 56.- Son correcciones disciplinarias:

I. Apercibimiento;

II. Multa del equivalente de uno a 15 días de salario mínimo general vigente en el momento y lugar que se cometa la falta que amerite corrección. Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, la multa no deberá exceder de un día de salario y tratándose de trabajadores no asalariados, el equivalente a un día de su ingreso; y

III. Suspensión de empleo hasta por 15 días.

Artículo 57.- Dentro de los tres días de haberse hecho saber una corrección disciplinaria a la persona a quien

se hubiere impuesto, podrá esta pedir, ante el mismo tribunal que la oiga en justicia. Recibida la petición citara el tribunal, para dentro de los ocho días siguientes a una audiencia al interesado en la que después de escuchar lo que expusiere en su descargo, resolverá en el mismo acto sin ulterior recurso.

Artículo 60.- Los tribunales para hacer cumplir sus determinaciones, pueden emplear cualesquiera de los siguientes medios de apremio:

I. Multa del equivalente de uno a treinta días del salario mínimo general vigente en el momento y lugar en que se realizó la conducta que motivo el medio de apremio. Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, la multa no deberá exceder de un día de salario y tratándose de trabajadores no asalariados, el equivalente a un día de su ingreso; y

II. El auxilio de la fuerza pública.

Si fuere insuficiente el premio, se procederá contra el rebelde por el delito de desobediencia.

3.3.8 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL REFORMADO.-

Artículo 61.- Los jueces, magistrados y secretarios tienen el deber de mantener el buen orden y de exigir que se le guarde el respeto y la consideración debidos, por lo que tomaran, de oficio a petición de parte, todas las medidas necesarias establecidas en la ley, tendientes a prevenir o a sancionar cualquier acto contrario al respeto debido al tribunal y al que han de guardarse las partes entre sí así como las faltas de decoro y probidad, pudiendo recurrir al auxilio de la fuerza pública.

La violación a lo mandado por este precepto se sancionará de acuerdo con las disposiciones de este código, ya falta de regulación expresa mediante la imposición de multa, según las reglas establecidas en la fracción segunda del artículo 62.

Cuando la infracción llegare a tipificar un delito, se procederá contra quienes lo cometieren, con arreglo en lo dispuesto en la legislación penal. Las infracciones a que se refiere este precepto, se anotaran en el registro judicial y se considerarán para motivar la imposición de las sanciones que procedan.

Artículo 62.- Se entenderá por corrección disciplinaria:

- I. El apercibimiento o amonestación;
- II. La multa, que será en los juzgados de paz, el equivalente, como máximo de sesenta días del salario mínimo general vigente en el Distrito federal al momento de la comisión de la falta; En los de lo civil, de lo familiar o del arrendamiento inmobiliario, de 120 días del salario mínimo, como máximo, y en el tribunal superior de justicia de 180 días del salario mínimo, como máximo, que se duplicaran en caso de reincidencia; y
- III. La suspensión que no exceda de un mes.

Artículo 73.- Los jueces, para hacer cumplir sus determinaciones, pueden emplear cualquiera e los siguientes medios de apremio que juzguen eficaz:

- I. La multa hasta por las cantidades a que se refiere el artículo 61, la cual podrá duplicarse en caso de reincidencia;
- II. El auxilio de la fuerza pública y la fractura de cerraduras si fuere necesario;
- III. El cateo por orden escrita; y
- IV. El arresto hasta por 36 horas.

Si el caso exige mayor sanción, se dará parte a la autoridad competente.

3.3.9.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

Art. 40.-Son correcciones disciplinarias:

- I.- Apercibimiento;
- II.- Multa del equivalente de 1 a 15 días del salario mínimo general vigente en el momento y lugar que se cometa la falta que amerite corrección. Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, la multa no deberá exceder de un día de salario y tratándose de trabajadores no asalariados, el equivalente a un día de su ingreso.

III.- Arresto hasta por treinta y seis horas.

IV.- Suspensión hasta por un mes.

La suspensión sólo se podrá aplicar a funcionarios o a empleados judiciales.

Art. 41.- Contra cualquiera providencia en que se imponga alguna corrección disciplinaria, se oirá al interesado, si lo solicita dentro de las veinticuatro horas siguientes a la en que tenga conocimiento de ella.

En vista de lo que manifieste el interesado, el funcionario que la hubiere impuesto resolverá desde luego lo que estime procedente.

Art. 42.-El Ministerio Público en la averiguación previa, y los tribunales, podrán emplear, para hacer cumplir sus determinaciones, los siguientes medios de apremio:

I.- Multa del equivalente de 1 a 30 días del salario mínimo general vigente en el momento y lugar en que se realizó la conducta que motivó el medio de apremio. Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, la multa no deberá exceder de un día de salario y tratándose de trabajadores no asalariados, el equivalente a un día de su ingreso.

II.- Auxilio de la fuerza pública; y

III.- Arresto hasta por treinta y seis horas.

3.3.10 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Artículo 31.- Son correcciones disciplinarias:

I. El apercibimiento;

II. Multa por el equivalente de entre uno a quince días de salario mínimo, vigente en el momento y lugar en que se cometa la falta que amerite corrección. Tratándose de jornaleros, obreros y trabajadores no asalariados el de un día de ingresos;

III. Suspensión. La suspensión solo se podría aplicar a servidores públicos con la duración prevista por la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos; y

IV. Arresto hasta de 36 horas.

Artículo 32.- Las correcciones disciplinarias podrán imponerse de plano en el acto de cometerse la falta, o después en vista de lo consignado en el expediente o en la certificación que hubiere extendido el secretario, por orden del tribunal, juez o Ministerio público.

Artículo 33.- El ministerio Público, los tribunales o jueces, para hacer cumplir sus determinaciones, podrán emplear indistintamente, cualquiera de los siguientes medios de apremio:

I.- Multa por el equivalente a entre uno y treinta días de salario mínimo vigente en el momento y lugar en que se realizó la conducta que motivo el medio de apremio. Tratándose de jornaleros, obreros y trabajadores, la multa no deberá de exceder de un día de salario y tratándose de trabajadores no asalariados el de un día de ingresos;

II.- Auxilio de la fuerza pública; y

III.- Arresto hasta por 36 horas.

Si fuere insuficiente el apremio, se procederá contra el rebelde por el delito de desobediencia.

3.3.11 LEY FEDERAL DEL TRABAJO

Artículo 728.- Los presidentes de las juntas y los auxiliares podrán imponer correcciones disciplinarias, para mantener el buen orden en el desarrollo de las audiencias o diligencias y exigir que se les guarde el respeto y la consideración debidas.

Artículo 729.- Por su orden las correcciones disciplinarias que pueden imponerse son:

I.- amonestación;

II.- Multa que no podrá exceder de siete veces el salario mínimo general vigente en el lugar y tiempo en que se cometa la violación; y

III.- Expulsión del local de la junta; la persona que se resista a cumplir la orden, será desalojada del local con el auxilio de la fuerza pública.

Artículo 730.- Cuando los hechos que motiven la imposición de una corrección disciplinaria puedan constituir la comisión de un delito, la junta levantará un acta circunstanciada y la turnará al ministerio público, para los efectos conducentes.

Artículo 731.- El presidente de la junta, los de las juntas especiales y los auxiliares podrán emplear conjunta e indistintamente cualquiera de los medios de apremio necesarios para que las personas concurran a las audiencias en las que su presencia es indispensable o para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones.

Los medios de apremio que pueden emplearse son:

I.- Multa hasta de siete veces el salario mínimo general, vigente en el lugar y tiempo en que se cometió la infracción,

II.- Presentación de la persona con auxilio de la fuerza pública; y

III.- Arresto hasta por 36 horas.

Artículo 732.- Las correcciones disciplinarias y medios de apremio se impondrán de plano, sin substanciación alguna, y deberán estar fundadas y motivadas.

Podrán ser impugnadas en los términos señalados en esta ley.

De las legislaciones antes citadas obtenemos un panorama jurídicamente amplio de cuales son las correcciones disciplinarias y en que consisten al igual que los medios de apremio, pues como o refiere Cipriano Gómez Lara en su obra Teoría General del Proceso, y que ha servido de base para la presente tesis, nos damos cuenta que la corrección disciplinaria es estrictamente para que la autoridad a cargo de un tribunal impartidor o administrador de justicia mantenga el buen orden dentro de la sala, y durante las diligencias practicadas, sin dejar a un lado el reglamento de la conducta de las personas que acuden por cualquier circunstancia a un tribunal.

Ahora bien, en tanto que la corrección disciplinaria, es aplicable para regular el estricto comportamiento de las personas en los tribunales, los medios de apremio nos damos cuenta, que de lo contrario son los medios que utiliza la autoridad, como jueces, magistrados, Ministerio público,

etcétera, para hacer valer sus determinaciones, resoluciones que se traducen ellas en un mandato de autoridad que deberá ser cumplido por quien en él recarga la orden debidamente fundada y motivada, ante esta guisa de ideas tenemos entonces que en los citados códigos, leyes, decretos y reglamentos enunciados en el presente capítulo, cada uno de ellos establece la manera en que han de aplicarse en su momento procesal oportuno, esas correcciones disciplinarias y esos medios de apremio de los que hemos venido hablando, en donde inclusive los códigos, leyes, decretos y reglamentos citados, establecen que si aun y cuando impuestas que le fueron al sujeto, las correcciones disciplinarias, y éste es reincidente, se podrá aplicar una sanción económica por doble cuantía a la impuesta inicialmente, y por lo que hace a la imposición de los medios e apremio, algunas de esas leyes establecen que se podrán aplicar los medios de apremio en indistinto orden a criterio de la autoridad, e inclusive la Ley Federal del Trabajo, como ya se analizo, establece que “se podrán emplear conjunta e indistintamente, cualquiera de los medios de apremio necesarios...”, así entonces, aplicados estos al sujeto y éste no cumpliera, aun así con ese mandato de la autoridad, coinciden los Códigos, decretos, leyes y reglamentos en que se le podrá acusar a esa persona rebelde por el delito de desobediencia, cuyo análisis se hará en capítulos precedentes.

3.4.- TESIS ACERCA DE MEDIOS DE APREMIO Y CORRECCIONES DISCIPLINARIAS.

Por otra parte es necesario hacer referencia de algunas de las tesis aplicables en el que se encuentra el interés de la sociedad en que se instrumenten los medios necesarios para que las resoluciones y determinaciones judiciales se cumplan a la brevedad posible

3.4.1.- JURISPRUDENCIAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION

Novena Epoca Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VII, Abril de 1998 Tesis: P./J. 24/98 Página: 5 Materia: Común

ARRESTO COMO MEDIDA DE APREMIO. LAS LEYES O CÓDIGOS QUE LO PREVÉN SIN ESTABLECER UN PROCEDIMIENTO PREVIO EN QUE SE ESCUCHE AL POSIBLE AFECTADO, NO VIOLAN LA GARANTÍA DE AUDIENCIA.

No es necesario que las leyes o códigos que establecen el arresto como medida de apremio instrumenten un procedimiento para escuchar al posible afectado y darle oportunidad de aportar pruebas antes de decretarlo como medida de apremio, pues con éste sólo se persigue obligar al contumaz a acatar las determinaciones y resoluciones dictadas dentro de un procedimiento judicial o después de concluido y,

además, por encima del interés meramente individual del afectado con la medida de apremio, se encuentra el interés de la sociedad en que se instrumenten los medios necesarios para que las resoluciones y determinaciones judiciales se cumplan a la brevedad posible, con el propósito de que sea efectiva la garantía consagrada en el artículo 17 constitucional, consistente en la administración de justicia pronta, completa e imparcial, la cual se vería seriamente menoscabada si tuviera que escucharse previamente al posible afectado con la medida de apremio. Por ello, para el cumplimiento de la garantía de audiencia no es necesaria la oportunidad de defensa previa al acto de afectación, pues ella debe darse con posterioridad, a fin de no afectar la efectividad y expeditéz de la administración de justicia que exige el interés público.

Amparo en revisión 288/96. Javier Fernández Elizondo. 21 de octubre de 1996. Once votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Ariel Alberto Rojas Caballero. Amparo en revisión 1362/96. Materiales y Block Monterrey, S.A. de C.V. 4 de agosto de 1997. Unanimidad de diez votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: José Pablo Pérez Villalba. Amparo en revisión 616/97. Vending Club, S.A. de C.V. 4 de agosto de 1997. Unanimidad de diez votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Alejandro Sánchez López. Amparo en revisión 1436/97. Juan López Campa. 1o. de diciembre de 1997. Once votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Enrique Zayas Roldán. Amparo en revisión 2940/96. Roberto Bernal Melgoza y coag. 2 de diciembre de 1997. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Hilario Sánchez Cortés. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el treinta de marzo en curso, aprobó, con el número 24/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a treinta de marzo de mil novecientos noventa y ocho.

Novena Epoca Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VII, Febrero de 1998 Tesis: P./J. 17/98 Página: 6 Materia: Civil, Común

3.4.2.- ARRESTO COMO MEDIDA DE APREMIO. PROCEDE EL AMPARO EN CONTRA DEL AUTO QUE APERCIBE CON SU IMPOSICIÓN, SIN NECESIDAD DE AGOTAR LOS MEDIOS ORDINARIOS DE DEFENSA.

No obsta para la procedencia del amparo el hecho de que no se agote el medio de defensa ordinario previsto en el ordenamiento respectivo, en contra del auto en el que se manda apercibir al quejoso con la imposición de un arresto específico como medida de apremio, porque siendo el auto que se reclama de carácter concreto e individualizado, el agraviado se halla en riesgo inminente de privación de su libertad personal, respecto de la cual opera una excepción al principio de definitividad que rige en el juicio de amparo; máxime que en ningún medio ordinario de defensa pueden plantearse cuestiones de constitucionalidad.

Contradicción de tesis 6/97. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. 27 de enero de 1998. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Juventino V. Castro y Castro y Humberto Román Palacios. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Maura Angélica Sanabria Martínez. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el nueve de febrero en curso, aprobó, con el número 17/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a nueve de febrero de mil novecientos noventa y ocho

Novena Epoca Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: V, Marzo de 1997 Tesis: P. XLIII/97 Página: 252 Materia: Común

3.4.3.- MEDIOS DE APREMIO, APERCIBIMIENTO DE SU IMPOSICION. SI ES GENERICO NO PUEDE CONSIDERARSE COMO ACTO DE APLICACION DE LA LEY QUE LOS PREVE.

Si en una resolución jurisdiccional se ordena el acatamiento de una determinación a cargo de alguno de los sujetos que intervienen en el proceso, apercibiendo al obligado que en caso de incumplimiento le serán impuestas las medidas de apremio previstas legalmente, sin especificar cuál o cuáles de dichos medios coactivos le serán aplicados, al haber sido decretado el apercibimiento de una manera genérica, no puede considerarse, en rigor, como un acto de aplicación del precepto legal que regula el empleo de los medios de apremio por los Jueces, toda vez que al desconocer la medida coactiva específica que le será aplicada en caso de no cumplir con la orden judicial, el obligado no cuenta con los elementos de defensa necesarios para impugnar en el juicio de garantías, con motivo de su aplicación, la constitucionalidad de la norma que los regula.

Amparo en revisión 165/96. Recubrimientos Gráficos Monterrey, S.A. de C.V. 21 de octubre de 1996. Unanimidad de once votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Humberto Suárez Camacho. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el cuatro de marzo en curso, aprobó, con el número XLIII/1997, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a cuatro de marzo de mil novecientos noventa y siete.

Novena Epoca Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VII, Mayo de 1998 Tesis: P./J. 29/98 Página: 5 Materia: Común

3.4.4.- DEMANDA DE AMPARO DIRECTO. EL INCUMPLIMIENTO DE LA AUTORIDAD RESPONSABLE DE LOS TRÁMITES A QUE LA OBLIGA LA LEY DE AMPARO, ES SANCIONABLE CON MULTA.

Cuando la autoridad responsable en el juicio de amparo directo, como auxiliar de la Justicia Federal, incurre en omisiones o violaciones al trámite que establecen los artículos 167, 168, 169 y demás relativos de la citada ley con motivo de la presentación de una demanda de amparo directo, y que no sean combatibles a través de la queja establecida en la fracción VIII del artículo 95 de ese ordenamiento, procede que el Tribunal Colegiado de Circuito, a petición de parte interesada, o de oficio, requiera a la citada autoridad para que cumpla, apercibiéndola con la imposición de una multa de veinte a ciento cincuenta días de salario en caso de no hacerlo (artículo 169), y de no obtener respuesta favorable, además de aplicar la sanción señalada, el órgano jurisdiccional se encuentra facultado para hacer uso de los medios de apremio legalmente establecidos, e incluso para fincar la responsabilidad penal a que se refiere el artículo 209 del citado ordenamiento; actuaciones todas ellas que tienen su justificación en la necesidad de acatar el mandato constitucional de administrar justicia de manera pronta, como lo instituye el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Contradicción de tesis 13/97. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito. 27 de enero de 1998. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Juventino V. Castro y Castro y Humberto Román Palacios. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: Fortunata F. Silva Vásquez. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el siete de mayo en curso, aprobó, con el número 29/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de mayo de mil novecientos noventa y ocho.

Novena Epoca Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VII, Mayo de 1998 Tesis: P./J. 30/98 Página: 31 Materia: Común

3.4.5.- DEMANDA DE AMPARO DIRECTO. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN DE LA AUTORIDAD RESPONSABLE QUE INDEBIDAMENTE LA DESECHA, LA TIENE POR NO INTERPUESTA O NIEGA REMITIRLA, NO PROCEDE RECURSO ALGUNO, SINO QUE EL TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEBE REQUERIR SU ENVÍO CON LOS APERCIBIMIENTOS LEGALES.

De la interpretación sistemática de lo dispuesto en los artículos 44, 163, 167, 168 y 169 de la Ley de Amparo, deriva que cuando la autoridad responsable que actúa como auxiliar del Poder Judicial de la Federación, en el inicio de la sustanciación del juicio de amparo directo, emite una resolución en la que desecha, tiene por no interpuesta o niega la remisión de una demanda de amparo al Tribunal Colegiado de Circuito, para lo cual carece de atribuciones, procede que la parte interesada informe tal circunstancia al Tribunal Colegiado, para que éste, de inmediato, requiera, con apercibimiento de multa, a la autoridad responsable, en el sentido de que remita la demanda y sus anexos, pues ello constituye una obligación que se

impone como carga procesal de aquélla, sin perjuicio de que, si insiste en el incumplimiento, después de agotados los medios de apremio, se proceda en contra de la autoridad responsable, de conformidad con lo establecido en el artículo 209 del ordenamiento jurídico citado, para que se le sancione en la forma precisada en el Código Penal aplicable en materia federal para los delitos cometidos contra la administración de justicia; de tal manera, una vez que el tribunal federal reciba la demanda de amparo deberá, de oficio, dejar insubsistente la resolución relativa y proveer acerca de la procedencia del juicio de garantías, habida cuenta que no existe la necesidad de integrar laguna jurídica alguna, a través del razonamiento analógico, para crear un supuesto de procedencia de recurso, con la finalidad de que el interesado pueda combatir esa clase de determinaciones, pues su interposición implicaría que existiera sustanciación y significaría una carga procesal para la parte interesada que, de no realizarse en los términos previstos por la ley, daría lugar al absurdo de que, por virtud del principio de preclusión, quedara firme una determinación de la autoridad responsable, para cuya emisión carece de atribuciones. Lo anterior, debido a que el artículo 169 de la Ley de Amparo es suficiente para fundar el requerimiento de mérito, con el que el Tribunal Colegiado está en aptitud de proveer, en forma expedita y pronta, sobre la demanda de amparo directo, y evitar que la parte interesada quede en estado de indefensión.

Contradicción de tesis 26/96. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito, el Tercero y Quinto Tribunales Colegiados en Materia Civil del Primer Circuito, y el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito. 27 de enero de 1998. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Juventino V. Castro y Castro y Humberto Román Palacios. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Jaime Uriel Torres Hernández. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el siete de mayo en curso, aprobó, con el número 30/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de mayo de mil novecientos noventa y ocho.

Novena Epoca Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XVIII, Julio de 2003 Tesis: P./J. 27/2003 Página: 14 Materia: Civil Jurisprudencia.

3.4.6.- CATEO. EL ESTABLECIDO EN MATERIA CIVIL ENCUENTRA SUSTENTO EN EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL Y DEBE SATISFACER LOS REQUISITOS QUE ESTABLECE EL DIVERSO 16 DEL PROPIO ORDENAMIENTO (LEGISLACIONES CIVILES PROCESALES DE LOS ESTADOS DE MICHOACÁN Y COAHUILA).

El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la orden de cateo en materia civil, sólo constituye un mecanismo que ha ideado el legislador a efecto de llevar a cabo una pronta administración de justicia, ya que de ese modo se facilita el cumplimiento de las determinaciones de las autoridades judiciales, ante la actitud omisa o rebelde de las partes en un procedimiento judicial y que tal

critorio es el que debe imperar, ya que de lo dispuesto en el artículo 17 constitucional, concretamente, cuando se previene que las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones, implica la posibilidad de regular los medios de apremio a fin de que los órganos jurisdiccionales puedan hacer cumplir sus determinaciones, incluso a través del cateo por orden escrita. Así, es válido sostener que, si bien tratándose del cateo autorizado por el artículo 132, fracción III, del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Michoacán y por el 253 del Procesal Civil del Estado de Coahuila, no corresponde a la materia penal sino, en todo caso, encuentra sustento constitucional en el mencionado artículo 17 debe tomarse en cuenta que el artículo 16 del propio ordenamiento no se constriñe a temas de materia penal, aunque ésta sea predominante, de ahí que puede establecerse en cualquier rama del Derecho; tanto es así, que las visitas domiciliarias que prevé el artículo 16 se rigen por las reglas del cateo. En tal virtud, válidamente puede afirmarse que la medida de apremio de cateo establecida en las legislaciones civiles señaladas tiende, sin duda alguna, a garantizar la plena ejecución de una resolución dictada por un tribunal, cuya constitucionalidad deriva, precisamente, de la garantía contenida en el artículo 17 de la Constitución Federal, pero sin que esa garantía riña con la garantía de inviolabilidad del domicilio y, por lo tanto, deje de satisfacer todos los requisitos que establece el artículo 16 constitucional.

Contradicción de tesis 22/2003-PL. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. 24 de junio de 2003. Once votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Roberto Javier Ortega Pineda. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy primero de julio en curso, aprobó, con el número 27/2003, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a primero de julio de dos mil tres.

Novena Epoca Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: V, Marzo de 1997 Tesis: 1a./J. 8/97 Página: 290 Materia: Civil

3.4.7.- MEDIDAS DE APREMIO, PARA SU APLICACION EN UN JUICIO MERCANTIL, DEBE ACUDIRSE SUPLETORIAMENTE A LA LEGISLACION COMUN.

La técnica procesal en la materia mercantil, de conformidad con el artículo 1054 del Código de Comercio, permite la aplicación de normas de los Códigos de Procedimientos Civiles de cada Estado, cuando en el citado Código de Comercio, no existan preceptos procedimentales expresos sobre determinado cuestionamiento jurídico, generalmente cuando dicho punto esté comprendido en el ordenamiento mercantil, pero no se encuentre debidamente regulado o esté previsto deficientemente, todo ello desde luego, siempre y cuando esa aplicación supletoria no se contraponga con el Código de Comercio. Siguiendo esta regla genérica, aparentemente no cabría la aplicación supletoria en tratándose de medios de apremio, puesto que no

existe tal institución en el invocado ordenamiento, mucho menos la forma de impugnarlos; sin embargo, como todo juzgador dentro del procedimiento tiene la facultad para emplear medidas de apremio para hacer cumplir sus determinaciones, ello implica que la supletoriedad opera aun cuando tal institución no se encuentre prevista en el ordenamiento mercantil, siempre que sea indispensable aclarar conceptos ambiguos, oscuros, contradictorios o subsanar alguna omisión; además, por la razón obvia de que, de no establecerse esa supletoriedad de manera íntegra, incluyendo la sustanciación de su impugnación, el juzgador que conozca de las contiendas de carácter mercantil estará imposibilitado para hacer uso de medidas legales tendientes a la obtención de la celeridad en la impartición de justicia; aunado a que el carácter supletorio de la ley, como en la especie, resulta como consecuencia de una integración y reenvío de una ley especializada a otros textos legislativos generales que fijan los principios aplicables a la regulación de la ley suplida.

Contradicción de tesis 14/96. Entre las sustentadas por el Segundo y Tercer Tribunales Colegiados, ambos del Sexto Circuito. 8 de enero de 1997. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas, previo aviso a la Presidencia. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jorge H. Benítez Pimienta. Tesis de jurisprudencia 8/97. Aprobada por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión de cinco de marzo de mil novecientos noventa y siete, por unanimidad de cuatro votos de los Ministros presidente Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo, previo aviso a la Presidencia.

Novena Epoca Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: V, Marzo de 1997 Tesis: 1a./J. 9/97 Página: 311 Materia: Civil

3.4.8.- MEDIOS DE APREMIO EN PROCEDIMIENTOS MERCANTILES. NO PROCEDE RECURSO EN CONTRA DE SU IMPOSICION (APLICACION SUPLETORIA DE LA LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA Y CODIFICACIONES SIMILARES).

El Código de Comercio no prevé los medios de apremio; y si bien, de conformidad con lo que disponen los artículos 1334, 1340 y 1341, que reglamentan de manera general la sustanciación de los recursos ordinarios, por la naturaleza de los proveídos que imponen algún medio de apremio en un juicio de carácter mercantil, se pudiera interponer el recurso de apelación o revocación, según las circunstancias de cada asunto; sin embargo, como dicho ordenamiento no contiene preceptos que expresa y específicamente establezcan esa hipótesis para el caso concreto aludido, ante la existencia de las lagunas descritas y si la legislación adjetiva del Estado de Puebla, en sus artículos 79, 80 y 81, contempla detalladamente dichos medios y además, el último numeral dispone que no procede recurso en contra de su imposición, debe acudirse a este ordenamiento conforme a la supletoriedad autorizada por el numeral 1054 del Código de Comercio, aplicándola íntegramente, dado que, de hacerlo parcialmente en lo relativo a la imposición de los medios de

apremio, sin incluir la sustanciación de su impugnación, conduciría a no dar una debida coherencia a la tendencia sistematizadora de principios sobre un objeto de regulación, así como a contrariar el artículo 17 constitucional, pues permitir la impugnación de la imposición de los medios de apremio, generaría un obstáculo para lograr la celeridad en la impartición de la justicia, porque la supresión de los recursos ordinarios en contra de la atribución legal mencionada, pretende otorgar mayor eficacia y rapidez al juicio, lo que no se contrapone con la legislación mercantil, pues entre otros propósitos de tal ordenamiento, figura el de celeridad de los juicios mercantiles, simplificando trámites y limitando o suprimiendo recursos como el de denegada apelación, queja y apelación extraordinaria.

Contradicción de tesis 14/96. Entre las sustentadas por el Segundo y Tercer Tribunales Colegiados, ambos del Sexto Circuito. 8 de enero de 1997. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas, previo aviso a la Presidencia. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jorge H. Benítez Pimienta. Tesis de jurisprudencia 9/97. Aprobada por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión de cinco de marzo de mil novecientos noventa y siete, por unanimidad de cuatro votos de los Ministros presidente Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo, previo aviso a la Presidencia.

Novena Época Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XVII, Junio de 2003 Tesis: 2a./J. 43/2003 Página: 206 Materia: Laboral Jurisprudencia.

3.4.9.- MEDIOS DE APREMIO. EL ARTÍCULO 731 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO, NO ES DE APLICACIÓN SUPLETORIA PARA QUE EL TRIBUNAL FEDERAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE HAGA CUMPLIR SUS DETERMINACIONES, AL EXISTIR EN LA LEY FEDERAL DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO DISPOSICIÓN EXPRESA EN ESE SENTIDO.

El artículo 150 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado prevé que es obligación del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje proveer respecto a la eficaz e inmediata ejecución de los laudos, por lo que deberá dictar las medidas que a su juicio sean necesarias; por su parte, el numeral 151 de la propia ley regula el procedimiento para la ejecución de esos laudos e indica que al efecto se proceda conforme a lo dispuesto en el capítulo primero del título octavo (artículos 148 y 149) de esa ley, en donde se establece que el citado tribunal, para hacer cumplir sus determinaciones, podrá imponer multas "hasta de mil pesos", las que se harán efectivas por la Tesorería General de la Federación. En congruencia con lo anterior, se concluye que al existir disposición expresa para que el mencionado tribunal pueda lograr el cumplimiento de sus laudos condenatorios, no tienen aplicación supletoria los medios de apremio previstos en el artículo 731 de la Ley Federal del Trabajo.

Contradicción de tesis 27/2003-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo y Séptimo, ambos en Materia de Trabajo del Primer Circuito. 9 de mayo de 2003. Cinco votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Óscar Rodríguez Álvarez. Tesis de jurisprudencia 43/2003. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del dieciséis de mayo de dos mil tres.

Novena Epoca Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VI, Diciembre de 1997 Tesis: VII.1o.C.32 C Página: 675 Materia: Civil

3.4.10.- MEDIDAS DE APREMIO. PROCEDE SU APLICACIÓN CONTRA QUIENES, SEAN PARTES O NO, DESOBEDEZCAN CUALQUIER MANDATO LEGÍTIMO DICTADO EN EL JUICIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).

Una correcta interpretación del artículo 53 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado, permite colegir que el juzgador, para hacer cumplir sus determinaciones, puede emplear los medios de apremio contra las personas que, sean partes o no en el litigio en que se decretan, no acaten cualquier acuerdo que dicte en el juicio, habida cuenta de que tal artículo no es de carácter casuístico para ciertas resoluciones judiciales, sino que de modo genérico faculta al Juez para aplicarlos en la hipótesis de que alguien se oponga a cumplir con la disposición ordenada por el resolutor en el ejercicio de sus funciones, entre otros supuestos, en el caso de la negativa del demandado a entregar los bienes que fueron embargados. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 451/97. Antonio Mújica Garruña. 20 de junio de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Omar Losson Ovando. Secretario: Alejandro Gabriel Hernández Viveros. Véase: Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo XXVI, página 1379, tesis de rubro: "APREMIO".

Novena Epoca Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: V, Marzo de 1997 Tesis: IX.1o.11 C Página: 779 Materia: Civil

3,4,11.- ARRESTO, MEDIDA DE APREMIO. PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA EN EL JUICIO DE AMPARO, CUANDO SE RECLAMA LA MISMA.

De la jurisprudencia 36/90, emitida por la entonces Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis número 15/90, entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito y los Tribunales Colegiados del Décimo Segundo Circuito, entonces Único, y del Vigésimo Circuito, con rubro: "ARRESTO COMO MEDIDA DE APREMIO. PROCEDENCIA DEL AMPARO AUNQUE NO SE AGOTEN LOS RECURSOS ORDINARIOS", se infiere que la determinación judicial en que se hace efectivo el arresto como medida de apremio, tiene la

misma naturaleza jurídica de una privativa de libertad, derivada de un proceso penal, como la orden de aprehensión, de tal suerte que, como donde existe la misma razón legal, debe existir la misma disposición de derecho, no es obligatorio para el quejoso agotar los recursos ordinarios o medios de defensa que la ley del acto señale, previamente a la promoción del juicio de amparo. Del mismo modo, en opinión de este Primer Tribunal Colegiado, cuando se reclama una orden de arresto, también debe operar la suplencia de la queja, aun ante la omisión total de conceptos de violación, ya que se trata de los mismos supuestos de hecho y de derecho, fundamentalmente, porque en un caso así va de por medio una importante garantía individual de los gobernados, como lo es la libertad personal, cuya protección debe ser tutelada oficiosamente por los tribunales de amparo. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO.

Amparo en revisión 363/96. Antonio Zamarrón Payán. 23 de enero de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Baltazar Alvear. Secretario: Guillermo Salazar Trejo. Nota: Sobre el tema contenido en esta tesis existe denuncia de contradicción de tesis número 7/97, pendiente de resolver en Pleno.

Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: IX, Febrero de 1999 Tesis: I.10o.T.1 K Página: 523 Materia: Común Tesis aislada.

3.4.12.- MEDIDAS DE APREMIO. LAS PARTES NO PUEDEN COMPELER AL JUZGADOR PARA APLICARLAS.

El juzgador es quien tiene a su disposición las medidas de apremio que establece la ley para hacer cumplir sus determinaciones y por ende, la potestad para decidir cuándo es necesaria su aplicación, por lo que ninguna de las partes puede compelerle a hacer efectivo alguno de los medios de apremio contenidos en el artículo 59 del Código Federal de Procedimientos Civiles de aplicación supletoria en los términos del artículo 2o. de la Ley de Amparo. DÉCIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO.

Queja 150/98. Juan Carlos Espinosa Chacón y otros. 10 de agosto de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Roberto Avendaño. Secretario: Pedro Hernández de los Santos.

Novena Epoca Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: IX, Abril de 1999 Tesis: I.6o.C.167 C Página: 570 Materia: Civil Tesis aislada.

3.4.13.- MEDIOS DE APREMIO. SU FINALIDAD CONSISTE EN HACER CUMPLIR LAS DETERMINACIONES DE LA AUTORIDAD JUDICIAL.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, debe destacarse que los medios de apremio que regula dicho numeral, tienen como finalidad conseguir el cumplimiento de las determinaciones que dicten los Jueces, obligando a las personas a través de tales medios a que los acaten; pero para ello se requiere en primer lugar que se dé la existencia previa del apercibimiento respectivo; en segundo término que conste en forma indubitable que a quien se pretenda imponer la medida correspondiente, conozca a qué se expone en caso de desacato o resistencia a lo que ordena la autoridad judicial; y, en tercer lugar, que la persona a quien se imponga la sanción, sea la que efectivamente se haya opuesto a la diligencia u orden de que se trate y no persona distinta. SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 4906/98. Juan Zacarías Najjar y otra. 9 de diciembre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo R. Parrao Rodríguez. Secretario: José Guadalupe Sánchez González.

Novena Epoca Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: X, Agosto de 1999 Tesis: I.6o.C. J/18 Página: 687 Materia: Civil Jurisprudencia.

3.4.14.- MEDIOS DE APREMIO. SU FINALIDAD CONSISTE EN HACER CUMPLIR LAS DETERMINACIONES DE LA AUTORIDAD JUDICIAL.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, debe destacarse que los medios de apremio que regula dicho numeral, tienen como finalidad conseguir el cumplimiento de las determinaciones que dicten los Jueces, obligando a las personas a través de tales medios a que los acaten; pero para ello se requiere en primer lugar que se dé la existencia previa del apercibimiento respectivo; en segundo término que conste en forma indubitable que a quien se pretenda imponer la medida correspondiente, conozca a qué se expone en caso de desacato o resistencia a lo que ordena la autoridad judicial; y, en tercer lugar, que la persona a quien se imponga la sanción, sea la que efectivamente se haya opuesto a la diligencia u orden de que se trate y no persona distinta. SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 1796/97. María de Lourdes Paredes Marín de Juárez. 3 de julio de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo R. Parrao Rodríguez. Secretario: Juan Manuel Hernández Páez. Amparo en revisión 4906/98. Juan Zacarías Najjar y otra. 9 de diciembre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo R. Parrao Rodríguez. Secretario: José Guadalupe Sánchez González. Amparo en revisión 326/99. Francisco Barrera Zavala. 3 de junio de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo R. Parrao Rodríguez. Secretario: Sergio I. Cruz Carmona. Amparo en revisión 936/99. Felipe Sam Estrada. 18 de junio

de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo R. Parrao Rodríguez. Secretario: Sergio I. Cruz Carmona. Amparo en revisión 2336/99. Antonio Abaroa Altamirano. 14 de julio de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Adalid Ambriz Landa. Secretario: Alfonso Avianeda Chávez.

Novena Epoca Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XV, Mayo de 2002 Tesis: IX.1o.60 C Página: 1176 Materia: Civil Tesis aislada.

3.4.15.- ARRESTO COMO MEDIDA DE APREMIO. SU DURACIÓN DEBE DETERMINARSE DE MANERA RAZONADA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ).

El artículo 71 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de San Luis Potosí establece que los Jueces, para hacer cumplir sus determinaciones, pueden emplear cualquiera de los medios de apremio como multa, auxilio de la fuerza pública, cateo y arresto. Sin embargo, cualquiera de las medidas que se imponga debe ser razonada y debidamente motivada, pues no es suficiente que se diga, como en la especie, que el arresto es por un determinado lapso, sino que es necesario que se expongan los motivos y las circunstancias particulares por los que así se determine, a efecto de cumplir con lo establecido por el artículo 16 constitucional, en el sentido de que todo acto de autoridad debe estar fundado y motivado. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO.

Amparo en revisión 39/2002. Roberto Villarreal Salinas. 21 de febrero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: F. Guillermo Baltazar Alvear. Secretario: José Luis Solórzano Zavala. Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIV, diciembre de 2001, página 1692, tesis I.8o.C.224 C, de rubro: "ARRESTO. AL IMPONERSE POR EL TÉRMINO MÁXIMO PREVISTO EN LA LEY, DEBEN EXPRESARSE LAS RAZONES QUE LO JUSTIFIQUEN".

Novena Epoca Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: IX, Marzo de 1999 Tesis: VI.3o. J/28 Página: 1320 Materia: Administrativa Jurisprudencia.

3.4.16.- REVOCACIÓN, RECURSO DE. SANCIONES Y CORRECCIONES DISCIPLINARIAS (LEY ORGÁNICA MUNICIPAL DEL ESTADO DE PUEBLA).

Es verdad que el artículo 1o. del Reglamento del Recurso de Revocación de la Ley Orgánica Municipal para el Municipio de Puebla, establece: "Contra las resoluciones dictadas por el Ayuntamiento o funcionarios municipales, procede el recurso de revocación"; sin embargo, atendiendo a que tal reglamento

deriva de lo dispuesto por el diverso artículo 99 de la Ley Orgánica Municipal del Estado de Puebla, que dice: "Contra las correcciones disciplinarias o las sanciones que impongan el Ayuntamiento, el presidente del mismo o las Juntas Auxiliares, los interesados pueden acudir al Ayuntamiento, dentro de un término de tres días contados a partir del siguiente al que les fueron notificadas, solicitando su revocación en escrito debidamente fundado"; se infiere que el quejoso sólo está obligado a agotar el recurso de revocación en comento antes de promover el juicio de garantías, cuando el acto reclamado consiste en una sanción o corrección disciplinaria, mas no en cualquier otra "resolución"; y que dichas sanciones o correcciones disciplinarias sean emitidas por el Ayuntamiento, presidente municipal, o Juntas Auxiliares, de donde resulta, que no es necesario agotar el recurso de revocación antes de interponer el juicio constitucional, cuando la sanción o corrección disciplinaria procede de cualquier otro "funcionario municipal", como son el síndico, el secretario general del Ayuntamiento y otro, aun cuando la ley o reglamento que rija el acto faculte a éstos para emitir actos de tal naturaleza, pues la procedencia del recurso de que se trata debe ajustarse a lo dispuesto por el artículo 99 de la Ley Orgánica Municipal referida y no a lo previsto por el artículo 1o. del Reglamento del Recurso de Revocación, pues derivando este reglamento del citado artículo 99, debe constreñirse a lo dispuesto por el mismo precepto y no apartarse de lo que en él se prevé. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 22/88. Pascual Espinoza Palma y otros. 9 de marzo de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Brito Velázquez. Secretario: E. Gustavo Núñez Rivera. Amparo en revisión 300/88. Compañía Promotora Ben, S.A. 31 de agosto de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Brito Velázquez. Secretario: E. Gustavo Núñez Rivera. Amparo en revisión 42/89. Operadora de Máquinas Electrónicas de Diversión, S.A. 15 de marzo de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Brito Velázquez. Secretario: E. Gustavo Núñez Rivera. Amparo en revisión 718/97. Juan Enrique Huguenin González. 5 de marzo de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Norma Fiallega Sánchez. Secretario: José Manuel Torres Pérez. Amparo en revisión 505/98. Héctor Domínguez Rodríguez. 14 de enero de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Filiberto Méndez Gutiérrez. Secretaria: María de la Paz Flores Berruecos. Véase: Semanario Judicial de la Federación, Tomo XIV, Primera Parte, julio de 1994, página 394, tesis VI.2o.113 A, de rubro: "ACUERDO MUNICIPAL. PROCEDENCIA DEL AMPARO EN SU CONTRA SIN AGOTAR RECURSO PREVIO (LEY ORGÁNICA MUNICIPAL DE PUEBLA).".

Novena Epoca Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XVII, Febrero de 2003 Tesis: XI.1o.9 K Página: 1034 Materia: Común Tesis aislada.

3.4.17.- CORRECCIÓN DISCIPLINARIA. FACULTAD DE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO PARA IMPONERLA A QUIEN SE CONDUCE CON FALTA DE RESPETO HACIA UNA AUTORIDAD RESPONSABLE.

El artículo 37, fracción IX, párrafo segundo, en relación con el diverso 11, fracción XVII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, faculta a los Tribunales Colegiados de Circuito para apercibir, amonestar e imponer multas hasta de ciento ochenta días del salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, a los abogados, agentes de negocios, procuradores o litigantes, cuando en las promociones que hagan ante ellos falten al respeto a algún órgano o miembro del Poder Judicial de la Federación, y es indudable que se coloca en esa hipótesis y da lugar a que se le aplique cualquiera de aquellas correcciones disciplinarias, el representante legal del quejoso que, al formular la demanda de garantías, incluye frases ofensivas y soeces en contra de la autoridad responsable, ya que al proceder así somete al análisis del tribunal de amparo expresiones injuriosas, contraviniendo lo dispuesto por el artículo 8o. constitucional, que exige que toda solicitud dirigida a funcionarios o empleados públicos se formule de manera respetuosa. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 444/2002. Gerardo Herrera Torres. 26 de septiembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Ma. Álvaro Navarro. Secretaria: Sandra Walkyria Ayala Jiménez.

3.5.- LA VIA DE APREMIO.

Lleva a efecto, en todas sus consecuencias, lo dispuesto en una sentencia, convenio, auto firme, interlocutoria o laudo arbitral es a lo que se puede denominar, genéricamente vía de apremio. *25

La palabra “vía”, en su origen latino, significa única exclusivamente “camino”.

La expresión “apremio” equivalente a la acción de apremiar y significa que se estrecha para la realización de algo.

A.- CONCEPTO GRAMATICAL.

Es el procedimiento que ha de seguirse, para obligar al cumplimiento de una conducta ordenada en una sentencia, en un auto, en una interlocutoria, en un convenio aprobado jurídicamente o en un laudo arbitral.

B.- CONCEPTO.

Es el procedimiento de derecho vigente que tiende a la obtención de la eficiencia de las resoluciones judiciales, o laudos arbitrales o convenios, en los casos de desacatamiento.

C.- RECONOCIMIENTO DE UNA SENTENCIA

Se entiende aquella conducta de otra autoridad en la que se admitirá la autenticidad de una sentencia para efectos de inscripción, cancelación de inscripción, modificación de inscripción, para efectos de cosa juzgada o para efectos de creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones.

La sentencia es fuente de derechos y obligaciones y cuando éstos se pretenden hacer valer frente a otras autoridades para fines jurídicos, o cuando se pretenden esgrimir frente a terceros, es preciso que opere el reconocimiento de una sentencia.

D.- PRINCIPIOS QUE RIGEN LA VÍA DE APREMIO.

A.- OPORTUNIDAD PARA EL CUMPLIMIENTO VOLUNTARIO.

Antes de pedir el empleo de medios coactivos para obtener el cumplimiento forzado de una sentencia ha de empezar por pedir el señalamiento de un término para que el obligado por la sentencia proceda a su cumplimiento voluntario.

B.- INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN.

Se tendrá que solicitar la ayuda judicial cuando carezca de esa competencia territorial directa.

Tal ayuda judicial, solicitada por un juez requirente a otro juez requerido, necesita la formulación del correspondiente exhorto que contenga las inserciones necesarias y se proporciona ese auxilio jurisdiccional para efecto de ejecución de sentencias, por así permitirlo las disposiciones legales que rigen al juez requerido.

C.- LA FUERZA PÚBLICA DEPENDE DEL PODER EJECUTIVO.

Es el Poder Ejecutivo al que se le dan los medios materiales para usar la fuerza pública. Por lo tanto, si el Poder Judicial, requiere de la fuerza pública para coaccionar al cumplimiento de sus determinaciones requerirá solicitar la ayuda del Poder ejecutivo y éste tendrá la obligación de proporcionarla si no hubiere inconveniente legal par ello.

* 25 *Ortiz porras marco Antonio, carrera de Dererecho* Procesal Civil Editorial Harla México 1995 Pag 53

E.- INSTANCIA DE PARTE.

Procede la vía de apremio a instancia de parte, siempre que se trate de la ejecución de una sentencia o de un convenio celebrado en el juicio, ya sea por las partes o por terceros que hayan venido al juicio por cualquier motivo que sea.

F.- CONDICIONES PARA LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS.

1. Las que condenan al pago de una cantidad de dinero,
2. Las que condenan al pago de daños y perjuicios, o al pago de frutos de rentas o productos.
3. Las que condenan al pago de cierta cantidad no líquida.
4. Las que condenan hacer alguna cosa o de no hacer
5. Las que condena a la división de cosa común.
6. las que condenan a la entrega de un bien inmueble o mueble.

G.- EL EMBARGO EN LA VÍA DE APREMIO.

El maestro José Becerra Bautista, expresa que, el embargo es afectación y aseguramiento material de determinado bien al pago de una deuda, que se lleva a cabo mediante un acto jurisdiccional.

H.- EL REMATE EN LA VÍA DE APREMIO.

Es una institución jurídica en cuya virtud se trasmite el dominio de un bien mueble o inmueble embargado, por la autoridad estatal a la persona física o moral que ha reunido los requisitos legales para adquirirla dentro de la vía de apremio.

Por otra parte, Cipriano Gómez Lara *26 refiere que en materia de ejecución civil, la vía de apremio comprende concretamente, lo relativo a ejecución de sentencias, embargos y remates. En otras palabras, la ejecución en materia civil, y referida a los aspectos meramente patrimoniales, se lleva a cabo mediante una serie de procedimientos que hace posible la satisfacción de las

pretensiones y de los derechos derivados de una sentencia a favor de quien ha vencido en el pleito. Presupone este conjunto de procedimientos que haya, también, resistencia al cumplimiento voluntario de lo ordenado por el juez. Es decir, si el obligado por una sentencia cumple voluntariamente con lo que el tribunal le ha ordenado, no habrá motivo para echar a andar la maquinaria de la vía de apremio; pero si, por el contrario, dicho obligado no cumple voluntariamente con lo que el tribunal le ha ordenado, entonces estará en la posibilidad de hacer que esta maquinaria estatal de la vía de apremio funcione; por ello, el primer aspecto importante de esta vía de apremio es que se trate de una sentencia ejecutoriada, es decir, que se considere ya como firme y definitiva y no sujeta a impugnación. Claro que cabe en materia civil la ejecución también sobre personas, por ejemplo, cuando se ordena que una persona sea entregada. Tal es el supuesto de los hijos que deben ser entregados al padre que el tribunal ordene.

Si la sentencia, pues, no es cumplida voluntariamente por el condenado y en ella se ordena un pago, entonces al no satisfacerse éste por el obligado, se procede a realizar el embargo, que es un procedimiento cautelar inicial de una verdadera expropiación de carácter judicial. El embargo, o secuestro judicial, consiste en afectar determinados bienes del patrimonio de un deudor, y tal afectación implica que desde el momento del embargo, dichos bienes sufren o resisten una situación de limitación para el propietario en cuanto a su disfrute y libre disposición. El fin normal del secuestro o embargo es que los bienes afectados sean sacados a remate, que no es sino una venta pública, y que con el producto

se haga pago al creador de lo que el deudor condenado por la sentencia no le pagó voluntariamente, ya sea por que no pudo o no quiso hacerlo. Por tanto, todas las reglas, en determinados regímenes procesales, relativos a los procedimientos para los embargos y al procedimiento para los remates, o sea, para esas ventas publicas para los bienes embargados, y, finalmente, a la aplicación del producto de los remates para satisfacer las pretensiones de los acreedores que han obtenido sentencias favorables, constituyen la vía de apremio, la cual esta rigurosamente reglamentada en los distintos ordenamientos procesales y que desde luego será materia de análisis en los diversos recursos de derecho procesal sustantivo, en los que se traten las cuestiones relativas a la ejecución patrimonial de las sentencias.

* 26.- Gómez Lara Cipriano, Op. cit. supra 21 Pág. 347

En el estudio que hasta el capítulo anterior se ha realizado nos da pauta para a continuación hablar del Derecho Penal pues es imprescindible tener en cuenta que el sistema penal, como conjunto de normas reguladoras de la actuación garantizadora y represiva del estado, se integra tanto por aquella parte del ordenamiento jurídico que describe infracciones y establece las correspondientes consecuencias jurídicas como aquellas normas que regulan el modo de ejercitar la actividad represora del Estado tal y como hice referencia en el capítulo segundo de la presente tesis al hablar de los actos procesales que se emplean para que el estado pueda imponer una sanción a quien haya infringido una ley, pero como ya se ha referido con antelación, es necesario que esto se realice invariablemente respetando las garantías propias de un Estado de Derecho.

Comúnmente se piensa que el Derecho Procesal Penal es solo el conjunto de reglas o rituales sobre como han de desarrollarse los procesos penales, olvidando que el modo del proceso posee una carga ideológica y política en igual o superior grado que la norma sustantiva o material, es decir la mas perfecta de las leyes penales se torna injusta, si ha de ser aplicada a través de un orden procesal poco respetuoso con los derechos fundamentales y las garantías constitucionales del ciudadano, por eso no debe olvidarse que el proceso penal constituye en si mismo una pieza fundamental de la realidad punitiva, ante eso el Estado y el Poder Legislativo deben valorar cuando recurrir al proceso y cuando instaurado este, recurrir a las penas, al igual que la autoridad deberá de apegarse a las normas ya establecidas para imponer las medidas de apremio que crea convenientes para efecto de hacer valer sus determinaciones, atendiendo a los lineamientos ya establecidos en cada una de las leyes que así lo contemplen.

Resulta entonces necesario señalar que de lo hasta ahora apuntado y enfocado, el Estado para poder imponer una sanción o pena a quien haya infringido una Ley y en el caso en particular una Ley Penal, deberá a través de los órganos de administrar e impartir justicia, someter a un proceso al infractor para que pueda ser juzgado atendiendo así a un estado de derecho en los términos antes aludidos, y si hablamos de pena o sanción, entonces es necesario establecer de donde resulta esa pena o sanción, dejar en claro para el análisis de mi propuesta como postulante que la pena es consecuencia de una conducta desplegada por un sujeto y que tal conducta se encuentra tipificada como delito, por ello habrá entonces que hacer el estudio minucioso de lo que el delito, análisis que me permitiré hacer en el siguiente capítulo.

CAPITULO IV

EL DELITO

4.1.- CONCEPTO DE DELITO.

*27El delito a lo largo de los tiempos, ha sido entendido como una valoración jurídica, objetiva, la cual encuentra sus precisos fundamentos en las relaciones necesarias surgidas entre hecho humano contrario al orden ético-social y su especial estimación legislativa.

Los pueblos mas antiguos castigaron los hechos objetivamente dañosos y la ausencia de preceptos jurídicos no constituyo un obstáculo para justificar la reacción punitiva del grupo o del individuo lesionado contra su autor , fuera esté hombre, o bestia. Solo con el transcurso de los siglos y la aparición de los cuerpos de la leyes reguladores de la vida colectiva, surgió una valoración subjetiva del hecho lesivo, limitando al hombre la esfera de aplicabilidad de la sanción represiva.

Del delito se han ocupado tres ramas del conocimiento humano como la filosofía y sociología. La primera lo estima como la violación de un deber, necesario para el mantenimiento del orden social, cuyo cumplimiento encuentra garantía en la sanción penal, mientras la segunda lo identifica con una acción antisocial y dañosa.

GAROFALO estructura un concepto del delito natural, viendo en él una lesión de aquella parte del sentido moral, que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad), según la medida media en que son poseídos por una comunidad y que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad.

CARRARA, con su concepto de “ente jurídico” distinguió al delito de otras infracciones no jurídicas y preciso sus elementos mas importantes. Lo considero como “la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso, de esta definición destaca, como esencial, que el delito es una violación a la Ley, no pudiéndose concebir como tal cualquiera otra no dictada precisamente por el Estado, con lo cual separa definitivamente la esfera de lo jurídico de aquellas otras pertenecientes al ámbito de la

* 27 Pavón Vasconcelos Francisco, Derecho Penal Mexicano décima sexta edición Editorial Porrúa, México 2002, Pág. 187.

conciencia del hombre, precisando su naturaleza penal, pues solo esta Ley se dicta en consideración a la seguridad de los ciudadanos, al precisar que tal violación debe ser *resultado de un acto externo del hombre*.

Olvidado casi el positivismo, los estudiosos del derecho penal volvieron los ojos a la dogmática, único camino eficaz para encontrar y elaborar una verdadera teoría jurídica del delito. Aunque en algunos códigos se ha pretendido dar una definición del delito, como en el Distrito Federal, en el cual se le hace consistir en el *acto u omisión que sancionan las leyes penales* tal concepto es puramente formal al caracterizarse por al amenaza de sanción a ciertos actos y omisiones, otorgándoles por ese único hecho el carácter de delitos. Los propios autores del Código de 1931 han admitido lo innecesario de la inclusión del precepto definitorio, por no reportar utilidad alguna y por el inconveniente de ser, como toda definición, una síntesis incompleta.

Un concepto substancial del delito solo puede obtenerse, dogmáticamente, del total ordenamiento jurídico penal. De este desprendemos que el delito *es la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible*, afiliándonos, por tanto, a un criterio pentatomico, por cuanto consideramos son cinco sus elementos integrantes: *a) una conducta o un hecho, b) la tipicidad, c) la antijuridicidad, d) la culpabilidad, y e) la punibilidad*, en efecto el código penal para el Distrito Federal precisa el acto u omisión como formas de expresión de la conducta humana, a la que en ocasiones se viene a sumar aquella mutación del mundo físico en que consiste el resultado, integrando así un hecho, la conducta (acción u omisión) o el hecho (conducta-resultado- nexa causal) deben estar amenazados de una sanción penal (acto u omisión que sancionan las leyes penales), así de la propia definición surge el elemento *punibilidad*, ya referido. Como bien señala JIMEZ HUERTA, en la definición se haya implícito el elemento *culpabilidad*. Por otra parte cuando la acción o la omisión enjuiciada no sea en el caso concreto antijurídica, bien por disposición expresa de la ley, bien por especiales consideraciones que impiden que el acto pueda ser valorado de contrario al Derecho, no es posible hablar de la existencia de un delito, pues falta uno de los elementos integradores de su contenido conceptual.

*28 Por otra parte Rafael Márquez Piñero asevera que la palabra delito proviene del latín *delicto o delictum, supino del verbo delinquí, delinquere*, que significa desviarse, resbalar, abandonar. El maestro Carrara habla de abandono de una ley, cometer una infracción o una falta.

Desde la noción jurídico formal se encuentra apegada a la ley, que impone su amenaza penal, el delito es verdaderamente configurado por su sanción penal. Si no hay ley sancionadora no existirá delito,

aunque la acción haya sido inmoral y gravemente perjudicial en el plano social. Se trata de una noción incompleta, pues no se preocupa de la naturaleza del acto en si, Cuello Calon lo define como *la acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena*. En el mismo sentido GRISPIGNI lo considera como *todo hecho al que la ordenación jurídica liga como consecuencia jurídica de una pena*.

La noción formal es adecuada para satisfacer las necesidades de la practica, pero si se quiere penetrar en la esencia del delito, saber cuales son los elementos integrantes del mismo, habrá de examinarse. De esta manera puede señalarse lo siguiente de manera muy superficial:

a) El delito es un acto humano, es un actuar (acción u omisión), un mal o un daño, aun siendo muy grave, tanto en el orden individual como en el colectivo, no es delito si no tiene su origen en un comportamiento humano, los hechos de los animales, los sucesos fortuitos como extraños a la actividad humana, no constituyen delito.

b) El acto humano ha de ser antijurídico, ha de estar en contradicción, en posición, a una norma jurídica, debe lesionar o poner en peligro un interés jurídicamente protegido.

c) Además de esa contraposición con la norma jurídica, es necesario que el hecho esté previsto en la ley como delito, que se corresponda con un tipo legal; es decir, a de ser un acto típico. No toda acción antijurídica constituye un delito, sino que ha de tratarse de una antijuridicidad tipificada.

d) El acto ha de ser culpable imputable a dolo o intención, o culpa o negligencia; es decir, debe corresponder subjetivamente a una persona, debe estar a cargo de una persona.

e) El acto humano (acción u omisión) debe estar sancionado con pena, pues de ahí deriva la consecuencia punible. Si no hay culminación de penalidad, no existiría delito.

Si concurren todos estos elementos habrá delito, al faltar alguno de ellos por ejemplo, no ser antijurídico el hecho al haber una causa de justificación, legítima defensa, estado de necesidad absoluto, o no ser imputable sobre el caso de un loco, no habrá delito. Cuello Calón afirma que cuando se reúnen todos estos elementos puede darse la noción sustancial del delito, que para aquél es acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena.

* 28 Márquez Piñero Rafael, Derecho Penal parte general, cuarta edición, Editorial trillas, México 1997 Pág.133

* 29 Así entonces, al estudiar a Carranca y Trujillo y Carranca y Rivas, expresan que lo más que podría decirse del delito así considerado es que consiste en una negación del derecho o en un ataque al orden jurídico y esto más que definirlo es incidir en una flagrante petición de principio; o bien que es la acción punible lo que desde luego lo circunscribe a la sola actividad humana, con exclusión de otra cualquiera.

Modernamente se han formulado diversas definiciones de delito: Es la infracción de un deber exigible, el daño de la sociedad o de los individuos (Rossi); es un ente jurídico constituido por una relación de contradicción entre un hecho y la ley; es una disonancia armónica; es la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso (Carrara); Es la violación de un derecho (Franck), es la violación de un derecho o de un deber (Tarde); es no solamente la oposición a la voluntad colectiva cuya expresión es el derecho, sino también la oposición al deber (Wundt Wulffen); es desde el ángulo histórico toda acción que la conciencia ética de un pueblo considera merecedora de pena, en determinado momento histórico; y desde el ángulo valorativo, todo acto que ofende gravemente el orden ético y que exige una expiación consistente en la pena (José Maggiore).

Como noción jurídica basada en la violación de la norma recogida por el precepto penal al formular los tipos de delito ha construido Beling la siguiente: Es una acción- conducta humana- típica, contraria al derecho- antijurídica- y, culpable- reprochable- sancionada con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de la penalidad. El vago epíteto agrego que habitualmente se añadía a la acción antijurídica y culpable para completar el concepto del delito, el epíteto “conminada con una pena” solo gana firmeza cuando se manifiesta claramente que por hoy solo puede caer bajo la amenaza penal los tipos de delito firmemente perfilados. Sobre la sanción penal como elemento integrante del concepto de delito, *las modernas soluciones doctrinales aclaran que por ser la sanción una consecuencia lógicamente no forma parte de la esencia del concepto.*

Después de considerar al delito en un amplio sentido como un hecho que produce o es fuente de responsabilidad penal, Eduardo Novoa Monrreal, formula la noción del delito desde el punto de vista de la ciencia jurídica, tomando en cuenta dos aspectos que deben distinguirse nítidamente: Uno es la realidad de un hecho contradictorio al derecho, ejecutado por un ser humano culpable, y el otro, una valoración política del legislador quien decide que esa realidad debe ser sancionada penalmente para mayor conveniencia social... El

delito no es un concepto delimitable *a priori* conforme a principios abstractos ya que uno de sus factores esta constituido por una apreciación política librada al buen sentido de la justicia y de defensa del orden jurídico del legislador, lo que le confiere carácter contingente y mudable.

El delito es siempre una conducta (acto u omisión) reprobada o rechazada (sancionados). La reprobación opera mediante la amenaza de una pena (por la leyes penales). No es necesario que la conducta tenga eficaz secuencia en la pena; basta con que esta amenace, es decir se anuncie como la consecuencia misma, legalmente necesaria. La noción teórico-jurídica del delito puede así fijarse con estos elementos.

En resumen, podemos concluir que los caracteres constitutivos del delito son tratarse de un acto o de una omisión, en una palabra de una acción, de una conducta humana; y estar sancionados por las leyes penales. Al decirse acción (acto u omisión) debe entenderse la voluntad manifestada por movimiento del organismo o por la falta de ejecución de un hecho positivo exigido por la ley, todo lo cual produce un cambio o peligro de cambio en el mundo exterior. Al decirse que esa acción ha de estar sancionada por la ley se mantienen el principio de que la ignorancia de ésta a nadie aprovecha, así como se deduce que la misma ley se obliga a enumera descriptivamente los tipos de los delitos, los que para los efectos penales, pasan a ser ,los únicos tipos de acciones punibles.

En el ámbito del derecho penal, el comportamiento humano voluntario es hasta ahora el único relevante, es decir, la acción realizada en forma positiva o bien en forma omisiva, así como el resultado material o formal que producen, y atendiendo a la afectación material del bien jurídico- penal o la sola puesta en peligro – afectación formal o jurídica – de este, es lo que convierte ese comportamiento en delictivo.

Así entonces el Código Penal Federal define al delito como el acto u omisión que sancionan las leyes penales; en tanto que el Código de Guanajuato, no lo define; de la construcción sistemática de ambos Códigos, se obtienen que el delito es ***La conducta típicamente antijurídica y culpable***. Así la punibilidad ha dejado de ser elemento del delito y pasa a ser sencillamente la consecuencia jurídica del mismo. Por ello, debe tenerse especial cuidado al establecer la sanción como parte de una infracción, es solo la consecuencia.

* 29 Carranca y Trujillo Raúl , Carranca y Rivas Raúl, Derecho Penal Mexicano, décimo novena edición, Editorial Porrúa, México 1997, Pág.219.

4.2 ELEMENTOS DEL DELITO.

CLAUS ROXIN precisa la existencia en la dogmática del derecho penal de un acuerdo en lo relativo a que toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica, culpable y que cumple con otros eventuales presupuestos de punibilidad, de manera que dichas categorías básicas (*acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad*) a los que en algunos casos puede agregarse un presupuesto de la *punibilidad*, dan a la materia un considerable grado de orden de principios comunes, su contenido concreto y su relación recíproca, son discutidos y según los distintos, puntos de vista científicos de que se parta presentan un aspecto diferente para cada una.

* 30 La moderna doctrina jurídica penal considera que a cada elemento del delito corresponde un aspecto negativo, el cual impide su integración. Los elementos del delito son las partes que lo integran, dicho de otra manera, éste existe en razón de existir los elementos, a saber: *conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, imputabilidad, punibilidad y condicionalidad objetiva*.

<i>ELEMENTOS</i>	<i>ASPECTOS NEGATIVOS</i>
<i>Conducta o hecho.</i>	<i>Ausencia de conducta o de hecho.</i>
<i>Tipicidad.</i>	<i>Atipicidad.</i>
<i>Antijuridicidad.</i>	<i>Causas de Justificación.</i>
<i>Imputabilidad.</i>	<i>Inimputabilidad.</i>
<i>Culpabilidad.</i>	<i>Inculpabilidad.</i>
<i>Punibilidad.</i>	<i>Excusas absolutorias.</i>
<i>*Condicionalidad objetiva.</i>	<i>*Ausencia de condicionalidad objetiva.</i>

Respecto a este último elemento del delito que la autora refiere en su obra, me permito hacer la siguiente observación, dada su naturaleza controvertida, pues la mayoría de sus autores niegan que se trate de un verdadero elemento del delito, se ha incluido en el tema de la punibilidad por su relación estrecha con ésta. Al igual que la punibilidad, la condicionalidad objetiva no es propiamente parte integrante y necesaria del delito; este puede existir en aquellas.

* 30 Amuchategui Requena Griselda, *Derecho Penal Mexicano, segunda edición Editorial Oxford, México 2000* Pág. 44,

La condicionalidad objetiva este constituida por requisitos que la ley señala eventualmente para que pueda perseguirse el delito. Algunos autores dicen que son requisitos de procedibilidad o perseguibilidad, mientras que para otros son simples circunstancias o hechos adicionales, exigibles y para otros más constituye un autentico elemento del delito. JIMENEZ DE AZUA quien les denomina *condiciones objetivas de punibilidad*, afirma: son presupuestos procesales a los que a menudo se subordinan la persecución de ciertas figuras del delito..., en realidad, las condiciones objetivas son elementos del tipo, a veces tiene que ver con la intencionalidad del sujeto, otras con aspectos referentes a la perseguibilidad, etc.

En este orden de ideas haré referencia a cada uno de los elementos del delito y sus aspectos negativos, atendiendo al esquema anteriormente anotado.

4.2.1.- ACCION U OMISION.- *31 La explicación naturalista del acto u omisión humana, se basa en relaciones de procesos causales. La acción nace de un movimiento corporal que es un proceso, que va a producir un cambio en el mundo exterior, es decir, un efecto, y entre una y otro se dan una relación. El acto o acción humana y su efecto en el mundo material, son un proceso causal; como todo proceso causal natural que parte de una causa, produce un efecto.

Liszt señala que la acción humana debe ser voluntaria, pero que tal voluntariedad debe estar referida únicamente al movimiento corporal que produce un resultado material, donde solo existe una relación de causalidad entre ese movimiento corporal voluntario y el resultado material, el movimiento corporal voluntario resulta así un proceso causal ciego, es decir en donde no interesa el sentido o fin de la acción, desprende Liszt que la voluntad tiene dos caracteres, uno interno contenido de la voluntad, y otro externo la manifestación de la voluntad.

Liszt opina que en el terreno de la acción únicamente debe plantearse lo relativo a la manifestación de la voluntad, no el por que de la misma, o sea, su finalidad. A partir de Liszt el sistema causalista señala que los sub elementos que integran a su vez al elemento acto o acción son:

* 31 . Orellana Wiarco Octavio A., *Teoría del Delito, décimo primera edición Editorial Porrúa México 2001* Pág. 10

I.- *manifestación de la voluntad*, que consiste en la inervación voluntaria del cuerpo humano que se traduce en un movimiento corporal, o en su inactividad (*cuando nos hallamos frente a la omisión*).

II.- *Un resultado*, que es la mutación en el mundo exterior, causado pro la manifestación de la voluntad, o la no mutación de ese mundo exterior por la acción esperada y que el sujeto no realiza, y;

III.- *Un nexo causal*, que radica en que el acto, acción o conducta ejecutado por el sujeto, produzca el resultado previsto por la ley, de tal manera que entre uno y otro exista una relación de causa a efecto.

RODOLFO MONARQUE UREÑA *32 refiere que la corriente finalista no difiere de la corriente causalista de la acción, el delito sigue siendo una conducta típica, antijurídica y culpable, la diferencia esencial es que el dolo y la culpa van a para al tipo y la culpabilidad se convierte en un juicio de reproche consistente en la exigibilidad de la conducta del sujeto conforme a derecho, argumentando que la conducta se en la corriente finalista se compone de la acción y omisión, estableciendo que *la acción*, se compone de tres elementos:

- I.- manifestación de voluntad, consistente en hacer algo,
- II.- Nexo de causalidad,
- III.- Resultados dolosos y culposos.

La voluntad es contenido de la conducta y si el autor realiza voluntariamente la conducta, entonces el dolo y la culpa son contenidos de la voluntad. De hecho en la teoría causalista de la acción, al abordarse el análisis de la tentativa, implícitamente se reconoce el argumento toral del finalismo, puesto que se sostiene que el *iter criminis* contiene una fase interna que se compone por el nacimiento de la idea criminosa, la deliberación no ética y la fase de resolución y la otra etapa externa que esta compuesta por la exteriorización de la idea la selección de los medios y la ejecución.

Para Welsel resultaba muy claro que el dolo en la tentativa es elemento fundamental del injusto (conducta típicamente antijurídica), ya que sin el resulta imposible deslindar de que tipo de tentativa se esta en presencia.

*32 Monarque Ureña Rodolfo, Lineamientos Elementales de la Teoría General del Delito, edición 2001, editorial Porrúa México 2001., pags. 119

En cuanto a la *omisión* refiere el autor que se divide en omisión simple o propia y en comisión por omisión u omisión impropia.

a) La comisión por omisión u omisión impropia, los elementos de esta omisión son los siguientes:

I.- Manifestación de voluntad, consistente en dejar de hacer algo.

II.- Nexo de causalidad.

III.- Resultado material (cambio en el mundo externo) en forma de dolo o culpa.

b) Omisión simple o propia, los elementos de esta omisión son los siguientes:

I.- Manifestación de voluntad, consistente en dejar de hacer algo.

II.- Nexo de causalidad.

III.- Resultado Formal o Jurídico (no existe un cambio en el mundo externo) en forma de dolo o culpa.

*33 por otra parte el DR. EUGENIO RAUL ZAFFARONI ACEVERA que el derecho no pretende otra cosa que ser un orden regulador de conducta. Para ello tiene que respetar “el ser” de la conducta. “el ser” de la conducta es lo que llamamos “estructura óptica”, y el concepto que se tiene de este “ser” y que se adecua a el es el ontológico (ónto, ente; óptico, lo que pertenece al ente, ontológico, lo que pertenece a la ciencia o estudio del ente) . para señalar que el concepto ontológico se corresponde con un ser entendido realísticamente y no en forma idealística, ñeque lo ontológico crearía lo óptico, solemos hablar de concepto “óptico – ontológico” (WELZEL) dicho en breves palabras este concepto de conducta es el concepto cotidiano y corriente que tenemos de la conducta humana.

El derecho pretende regular conducta humana, no pudiendo ser el delito otra cosa que una conducta. Si se admitiese que el delito es algo diferente de una conducta, el derecho penal, pretendería regular algo distinto de la conducta y por ende, no sería derecho, pues quebraría el actual horizonte de proyección de nuestra ciencia.

El principio *nullum crimen sine conducta* es una elemental garantía jurídica de rechazarse el mismo, el delito podría ser cualquier cosa, abarcando la posibilidad de penalizar el pensamiento, la forma de ser, las características personales, etc. Esto parece suficiente obvio en este momento de nuestra cultura, pero, no obstante no faltan tentativas de suprimir o de obstaculizar este principio elemental.

*33.- Zaffaroni, Eugenio Raúl, manual de derecho penal, cuarta reimpresión, editorial Cárdenas Editor Distribuidor Argentina, 1998, Pág. 355.

Dice Elda. ZAFFARONI que no podemos hablar de elementos de la conducta, como si la conducta se compusiese de una suma de elementos, pero podemos considerar en el análisis aspectos de la conducta y básicamente distinguir el aspecto interno del aspecto externo.

El aspecto interno de la conducta pertenece la proposición de un fin, y la selección de los medios para su obtención. Siempre que nos proponemos un fin, retrocedemos mentalmente desde la representación del fin para seleccionar los medios con que poner en marcha la causalidad para que se produzca el resultado querido.

4.2.2.- AUSENCIA DE CONDUCTA O DE HECHO.- *34 De acuerdo a la teoría planteada por Guillermo Saber, de que a cada elemento positivo del delito se opone uno negativo, que impide su integración, y por ende la del delito mismo, corresponde apuntar que al primer elemento del delito, ósea, el acto o acción; se opone su ausencia.

Así el penalista Francisco Pavón Vasconcelos, asegura que el aspecto negativo del primer elemento del delito se presenta cuando falta cualquiera de sus sub elementos a saber, a) ausencia de conducta, b)inexistencia del resultado y c) falta de relación causal entre la acción u omisión integrantes de la conducta y el resultado material considerado. Particularizando podemos citar como aspectos negativos del primer elemento del delito en forma enunciativa a: la fuerza física exterior irresistible, el sueño, al sonambulismo, al hipnotismo, etc.

*35 El hecho, por su mayor contenido, comprensivo de la conducta humana, de su resultado y del nexo causal entre una y otro (relación de causalidad), integra comúnmente el termino de mayor aceptación; la ausencia del hecho y por ello del delito surge al faltar cualquiera de sus elementos que lo componen, a saber: *a) ausencia de conducta, b)inexistencia del resultado y c) falta de relación causal entre la acción u omisión integrantes de la conducta y el resultado material considerado*, hay ausencia de conducta e imposibilidad de integración del delito, cuando la acción u omisión son involuntarias, o para decirlo con mas propiedad, cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son “suyos” por faltar en ellos la voluntad.

Los casos de ausencia de conducta según la moderna dogmática penal del delito ha precisado como indiscutibles casos de ausencia de conducta:

I.- La vis absoluta, llamada igualmente violencia, constreñimiento físico o fuerza irresistible, y

II.- La fuerza mayor.

JIMENEZ DE ASÚA, pretendiendo reducir a un sistema los auténticos casos de ausencia de conducta, los coloca en las siguientes categorías:

a) El sueño y el sonambulismo. No debiéndose incluir ni la embriaguez del sueño ni el estado crepuscular hípico.

b) La sugestión, la hipnosis y la narcosis.

c) La fuerza irresistible.

*36 Zaffaroni señala que los supuestos en que no hay voluntad pese a participar un hombre son los siguientes:

a) Fuerza física irresistible.

b) Involuntabilidad (estado de inconciencia y parcialmente incapacidad de dirigir las acciones).

Es sumamente importante distinguir los casos en que media ausencia de conducta, de aquellos en que tampoco hay delito, debido a que falta alguno de los restantes caracteres, la ausencia de conducta tiene unos efectos prácticos inmediatos, entre los que cabe mencionar específicamente los siguientes: a) el que se vale de un sujeto que no realiza conducta para cometer un delito es, por lo general, autor directo del delito; el que no realiza conducta nunca es autor, b) contra los movimientos de quien no se conduce se puede actuar en estado de necesidad, pero no cabe oponer la legítima defensa, c) no se puede ser participe de los movimientos de un sujeto que no realiza conducta.

4.2.3.- TIPICIDAD.- *37 El segundo elemento del delito dentro del sistema causalista, es la tipicidad, concepto cuya sistematización la debemos al jurista alemán Ernesto Beling, a partir del año de 1960 en que público por primera vez la teoría de la tipicidad y el tipo.

El concepto tipicidad parece arrancar a su vez del concepto de “cuerpo del delito” pero esmerito de Beling fue desarrollar la teoría de la tipicidad con una función significadora y sistematizadota de la teoría del delito que como instrumento técnico garantizara el principio de legalidad, garantía del individuo frente al poder punitivo del Estado.

*34 Octavio A. Orellana Wiarco Op. cit. supra 31 Pág.. 15.

*35 Pavón Vasconcelos Francisco Op. cit. supra 27 Pág. 289.

*36 Zaffaroni, Eugenio Raúl, Op. cit. supra 33 Pág. 379.

De esta suerte la teoría del tipo y tipicidad consagraron el principio fundamental del derecho penal moderno el *nullum crimen, sine lege*. Tal principio lo vemos en el artículo 14 constitucional cuando nos dice: “en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”. ***El tipo resulta ser expresado en forma simplista como la descripción legal de una conducta como delictiva; y la tipicidad, como el exacto encuadramiento de esa conducta al tipo.***

*38 *Francisco Pavón Vasconcelos* señala que el estudio de la tipicidad como segundo elemento del delito, hace necesario previamente el análisis del tipo para precisar su concepto y su contenido, señalando que *tipo* en sentido amplio se considera al delito mismo, a la suma de todos sus elementos constitutivos, concepto al que hicieron referencia como vieja aceptación del termino, Ernesto Von Beling y Franz Von Liszt, Mezger, alude a la palabra *tipo* en el sentido de la teoría general del derecho, como “el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica”,

En sentido mas restringido, limitado al derecho penal, el tipo ha sido considerado como el conjunto de las características de todo delito para diferenciarlo del tipo específico integrado por las notas especiales de una concreta figura de delito.

Así que define la *tipicidad* como la adecuación típica, por ello entendemos por tipicidad, dado el presupuesto del tipo, que define en forma general y abstracta un comportamiento humano *la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa*; “el encuadramiento o la subsunción del hecho con la figura legal, de tal manera que la tipicidad presupone el *hecho tipificado mas la adecuación típica* o subsunción del hecho concreto al tipo legal, no debe confundirse sin embargo el tipo con la tipicidad, pues el primero es el antecedente necesario del delito , es decir su presupuesto mientras la tipicidad es uno de sus elementos constitutivos, Fernando Castellanos le otorga carácter de elemento esencial, pues su ausencia impide la configuración del delito, no debe confundirse el tipo con la tipicidad, advierte, el tipo es la creación legislativa, es la descripción que el estado hace de una conducta en los preceptos penales, la TIPICIDAD ***es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.***

*39El *Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni* señala que no debe confundirse el tipo con la tipicidad, pues el tipo es la formula que pertenece a la ley, en tanto que la tipicidad pertenece a la conducta. ***La tipicidad es la***

*37 Octavio A. Orellana Wiarco Op. cit. supra 31 Pág. 16

*38 Pavón Vasconcelos Francisco Op. cit. supra 27 Pág. 301.

*39 Zaffaroni, Eugenio Raúl, Op. cit. supra 33 Pág. 379.

característica que tiene una conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal, es decir, individualizada como prohibida por un tipo penal.

Típica es la conducta que presenta la característica específica de tipicidad (atípica la que no lo presenta); **Tipicidad es la adecuación de la conducta a un tipo**; tipo es la fórmula legal que permite averiguar la tipicidad de la conducta, el juez comprueba la tipicidad comparando la conducta particular y concreta con la individualización típica, para ver si se adecua o no a la misma.

4.2.4.- ATIPICIDAD.- *40 El aspecto negativo de la tipicidad lo constituye la atipicidad, que es la negación del aspecto positivo y da lugar a la inexistencia del delito.

La atipicidad es la no adecuación de la conducta al tipo penal, lo cual da lugar a la no existencia del delito, la conducta del agente no se adecua al tipo, por faltar alguno de los elementos o requisitos que el tipo exige y que puede ser respecto de los medios de ejecución, el objeto material las peculiaridades del sujeto activo o pasivo, etc.

La ausencia del tipo es la carencia del mismo, significa que en el ordenamiento legal no existe la descripción típica de una conducta determinada, así entonces si la ley no define un delito, nadie podrá ser juzgado por ello.

*41 Refiere *Francisco Pavón Vasconcelos* que la ausencia de tipicidad o atipicidad, constituye el aspecto negativo de la tipicidad, impeditivo de la integración del delito, mas no equivale a la ausencia del tipo. Esta supone la falta de previsión en la ley de una conducta o hecho. Hay atipicidad, en cambio cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo. Atipicidad es, pues ***ausencia de adecuación típica***.

* 40 Amuchategui Requena Griselda Op. cit. supra 30 Pág. 64.

* 41 Pavón Vasconcelos Francisco Op. cit. supra 27 Pág. 326.

Concretamente se originan hipótesis de atipicidad:

- a) cuando falta la calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo,
- b) cuando falta la calidad exigida por el tipo, respecto al sujeto pasivo,
- c) cuando hay ausencia de objeto o bien existiendo este no se satisfacen las exigencias de la ley por cuanto a sus atributos,
- d) cuando habiéndose dado la conducta, están ausentes las referencias temporales o especiales exigidas por el tipo,
- e) cuando no se dan en la conducta o hecho concretos los medios de comisión señalados por la ley,
- f) cuando están ausentes los elementos subjetivos del injusto, requeridos expresamente por el tipo penal.

4.2.5.- ANTIJURIDICIDAD.- *42 *Sergio Vela Treviño*, define la **antijuridicidad** como *el resultado del juicio valorativo de la naturaleza objetiva, que determina la contradicción existente entre una conducta típica y la norma jurídica, en cuanto se opone la conducta a la norma cultural reconocida por el estado.*

Conforme a lo anterior, los elementos constructivos de la antijuridicidad, conceptualmente entendida, son:

- a) Una conducta típica.
- b) Una norma Jurídica, incluyendo en ella a la norma de cultura que procede.
- c) Un juicio valorativo, objetivo.
- d) Un resultado declarativo de contradicción.

La antijuridicidad es como ya se ha expresado, la adjetivación que se atribuye a una conducta, esta es para los efectos del delito el sustantivo que recibirán los calificativos que corresponden a lo típico, lo antijurídico, etc., en consecuencia para llegar a la calificación relativa a la antijuridicidad, se requiere

ineludiblemente, la existencia de una conducta. La conducta debe ser relevante para el derecho penal, lo cual significa que además de estar plenamente integrada por el conjunto de elementos que la caracterizan, debe ser adecuada a un modelo legal, o lo que es igual ser una conducta típica, los tipos legales son los límites trazados por el legislador para trazar lo justo de lo injusto, lo que no corresponda a un tipo legal carecerá de relevancia para ameritar el calificativo de justo o injusto según sea el caso, la conducta debidamente integrada que es también típica, sirve de sustentación para el resto del proceso tendiente a la declaración de antijuridicidad o juridicidad de ella, por esto el elemento inicial de la definición de la antijuridicidad es la conducta típica.

Como se desprende de la propia voz antijuridicidad, existe una definición referencia a lo jurídico. *Esto significa que la antijuridicidad es un concepto eminentemente jurídico e inteligible solo en función de las normas integradoras del sistema jurídico, validas en un lugar y tiempo determinados. La organización sistematizada del estado requiere para su vida y desarrollo. Mediante las normas jurídicas se protege, tanto el estado como conjunto, así como a los individuos por ser parte integrante del propio Estado.*

En resumen de lo anterior, la antijuridicidad como muchos autores lo han adoptado, es lo contrario a derecho, lo contrario a las normas establecidas en las legislaciones estatales y que se consideran delictivas.

*43 Zaffaroni define la *antijuridicidad* como “**el choque de la conducta con el orden jurídico**”, entendido no solo como un orden normativo (antinormatividad), sino como de un orden normativo y de preceptos permisivos. El método según el cual se comprueba la presencia de la antijuridicidad consiste en la constatación de que la conducta típica (antinormativa) no esta permitida por ninguna causa de justificación (precepto permisivo), en ninguna parte del orden jurídico (no solo en el derecho penal, sino tampoco en el civil, comercial, administrativo, laboral, etc.)

4.2.6.- CAUSAS DE JUSTIFICACION.- *44 *Rodolfo monarque ureña* refiere que el contra elemento de la antijuridicidad son las causas de justificación de fundamentos diversos, en ocasiones lo encuentran en la equiescencia del titular del derecho siempre que este sea de naturaleza disponible, otras en el consentimiento estatal de una determinada actividad; también, en una preponderancia de intereses. En nuestro derecho son causas de justificación *la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho, el cumplimiento de un deber legal y el impedimento legitimo.*

* 42 Vela Treviño Sergio, antijuridicidad y justificación, tercera edición, Editorial trillas México 1999, Pág.130.

*43 Zaffaroni, Eugenio Raúl, Op. cit. supra 33 Pág. 512

Las causas de justificación deben ser históricas o reales de manera tal que si solo existen en la mente del autor no hay causa de justificación, deben estar expresa y limitativamente contempladas en la ley, de tal suerte que no pueden existir por encima de las legislaciones penales, ni siquiera en forma supralegal.

Legítima defensa.- Es la repulsa de una agresión antijurídica y actual, por el atacado o terceras personas, contra el agresor, cuando no traspase la medida necesaria para su protección (Kohler) o como la defensa que estima necesaria para repeler una agresión actual y contraria a derecho por medio de una lesión contra el agresor (Liszt).

Estado de necesidad.- Existe estado de necesidad cuando se presenta una colisión o choque de bienes o valores de distinta jerarquía en el cual se sacrifica el de menor valor. El Código Penal Federal en su artículo 15 fracción V, establece el concepto de estado de necesidad aludiendo a que “se obre por necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real, actual o inminente no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el valor jurídico de afrontarlo.

Ejercicio de un derecho.- Es la facultad que tienen por ley un individuo, de dedicarse a ejercer determinadas actividades que puede implicar la lesión en los bienes jurídicos de las personas. El fundamento es el reconocimiento estatal respecto de determinadas actividades, oficios o profesiones y en el desinterés estatal de castigar.

Cumplimiento de un deber legal.- El cumplimiento de un deber legal entraña el amparo de conductas que se realizan en función de una actividad también autorizada por el Estado; autorización sin la cual la conducta ejecutada sería delictiva.

Impedimento legítimo.- En el impedimento legítimo se contiene una serie de conductas de carácter negativa que constituyen la esencia de determinadas profesiones en el que se esta obligado por el profesional a no revelar secretos, a pesar de que estos estén relacionados con conductas delictivas.

*45 Por su parte Griselda Amuchategui Requena, refiere que el aspecto negativo de la antijuridicidad lo constituyen las causas de justificación, que son las razones o disconcordancias que el legislador considero para anular la antijuridicidad de la conducta típica realizada, al considerarla lícita, jurídica o justificativa.

Establece que la antijuridicidad es lo contrario al derecho, mientras que lo contrario a la antijuridicidad es lo conforme a derecho, o sea, las causas de justificación. Estas anulan lo antijurídico o contrario a derecho, de suerte que cuando hay alguna causa de justificación desaparece lo antijurídico; en consecuencia, se anula el delito, por considerar que la conducta es ilícita o justificada por el propio derecho, señalando que las causas de justificación en particular son *legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber y consentimiento del titular del bien jurídico*.

Legítima defensa.- Consiste en repeler una agresión real. Actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y que no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Estado de necesidad.- Consiste en obrar en la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno respecto de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

Cumplimiento de un deber.- Consiste en causar un daño obrando en forma legítima en cumplimiento de un deber jurídico, siempre que exista necesidad racional del medio empleado.

Impedimento legítimo.- Consistía en causar un daño, en contravención a lo dispuesto por una ley penal, de manera que se deje de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo. Constituye propiamente una omisión, se trata de no ejecutar algo que una ley ordena, pues otra norma superior a aquella lo impide; pero con las reformas del 10 de Enero de 1994, se adiciono una nueva circunstancia excluyente del delito que lo es;

Consentimiento del titular del bien jurídico.- Argumentando el autor que el delito se excluye cuando se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos: A) Que el bien jurídico sea disponible, B) que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para

disponer libremente del mismo, y C) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio, o bien, que el hecho se realicen circunstancia tales que permitan infundadamente presumir, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.

*46 *Francisco Pavón Vasconcelos*, define la **legítima defensa** como la repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el derecho. Al **estado de necesidad** lo caracteriza por ser una colisión de intereses pertenecientes a distintos titulares; es una situación de peligro cierto y grave, cuya separación, para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio, las diversa definiciones del estado de necesidad destacan con carácter esencial la **situación de peligro**. El **cumplimiento de un deber**, señala el autor que es una excluyente del delito señalando que la acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro. Y por lo que respecta al **ejercicio de un derecho** refiere que es una excluyente del delito aseverando que la acción o la omisión se realicen en ejercicio de un derecho, siempre que existe necesidad racional para ejercer el derecho, y que éste último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro.

*47 por lo que respecta al autor Luis Jiménez de Azua, define las **causas de justificación** de la siguiente manera: Son causas de justificación las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al derecho, que es el elemento más importante del crimen.

En suma: Las causas de justificación no son otra cosa que aquellos actos realizados conforme al derecho. Su concepto depende pues, de la antijuridicidad, como se ha visto refiere el autor, el primero y más elemental de los sistemas para reconocer la ausencia, de antijuridicidad, es acudir al repertorio de las causas de justificación expresamente consignadas en la ley. En la mayor parte de los Códigos hallamos las siguientes: A) Actos legítimos ejecutados en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio; B) Legítima defensa; y C) Estado de necesidad: Por colisión de bienes jurídicos y por colisión de deberes.

*44 Monarque Ureña Rodolfo, Lineamientos Elementales de la Teoría General del Delito, edición 2001, editorial Porrúa México 2001, Págs. 48.

* 45 Amuchategui Requena Griselda Op. cit. supra 30 Pág. 68.

* 46 Pavón Vasconcelos Francisco Op. cit. supra 27 Pág. 353.

*47 Jiménez de Azua Luis, lecciones de derecho penal volumen 7 biblioteca clásicos del derecho, editorial Harla, México 1997 Pág. 186.

4.2.7.- IMPUTABILIDAD.- *48 la imputabilidad de acuerdo a la teoría psicologista es la capacidad de querer y entender el hecho delictivo, son imputables aquellos sujetos que por reunir las condiciones psíquicas de madurez y salud mental que la ley reclama, se encuentran capacitados para entender, querer y responder así ante el estado y la sociedad de sus acciones contrarias al ordenamiento jurídico-penal.

La imputabilidad de acuerdo con la teoría normativa, implica la capacidad del sujeto de motivarse por la norma, comprender su significación (capacidad de entender) y conducirse conforme a la misma (capacidad de querer); de manera tal, que conceptualizando este término, puede sostenerse que la inimputabilidad es la carencia o falta de capacidad de un sujeto, de conocer o entender lo ilícito de un hecho y consecuentemente dada su incapacidad, se encuentra imposibilitado para determinarse espontáneamente conforme a esa comprensión.

*49 Es la capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal, implica salud mental, aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal, precisamente al cometer el delito. Por otra parte, el sujeto primero tiene que ser imputable para luego ser culpable, no puede haber culpabilidad si previamente no es imputable.

*50 La imputabilidad ha sido considerada como un presupuesto general del delito; como un elemento integral del mismo, o bien como el presupuesto de la culpabilidad.

La imputabilidad es la capacidad de entender y de querer. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, expresa Fernando castellanos, debe tener capacidad de determinarse en función de lo que conoce; luego la aptitud intelectual y volitiva constituye “*el presupuesto necesario de la culpabilidad*”, la imputabilidad, concluye, “es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber arrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente. Es la capacidad de obrar en derecho penal, es decir, de realizar actos referidos al derecho punitivo que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción”.

*51 Imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias, es decir para hacerle responsable de el, puesto que tal hecho es culpable. La culpabilidad y la responsabilidad son consecuencias tan directas, tan inmediatas de la imputabilidad, que las tres ideas son a menudo consideradas

* 48 Monarque Ureña Rodolfo Op. cit. supra 44 Pág. Págs. 72.

* 49 Amuchategui Requena Griselda Op. cit. supra 30 Pág 81.

* 50 Pavón Vasconcelos Francisco Op. cit. supra 27 Pág. 413.

* 51 Jiménez de Azua Luis, Op. cit. supra 47 Pág. 215.

como equivalentes y las tres palabras como sinónimas, La imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona, la responsabilidad resulta de la imputabilidad, puesto que es responsable el que tiene capacidad para sufrir las consecuencias del delito, si bien, en última instancia es una declaración que resulta del conjunto de todos los caracteres del hecho; la culpabilidad es un elemento característico de la infracción y de carácter normativo, puesto que no se puede hacer sufrir a un individuo las consecuencias del acto que le es imputable más que a condición de declararle culpable de él.

El concepto clásico de la imputabilidad se basa en la existencia del libre albedrío y de responsabilidad moral, cuya doctrina supone Carrara aceptada.

4.2.8 INIMPUTABILIDAD.- *52 Si la imputabilidad, según el criterio más generalizado, es la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho o determinarse espontáneamente conforme a esa comprensión, la inimputabilidad supone consecuentemente, la ausencia de dicha capacidad y por ello *incapacidad* para conocer la licitud del hecho o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión.

Solo por excepción al derecho positivo define la imputabilidad, por lo que su concepto dogmático debe extraerse de las normas que regulan el tratamiento aplicable a los menores de edad o a los enfermos mentales, así como de los casos que taxativamente recoge la ley como excluyentes de responsabilidad y en los cuales es el trastorno mental la razón legal de su impunidad.

En la determinación de las causas de inimputabilidad las legislaciones penales emplean principalmente los criterios *biológico*, *psicológico* y *mixto*. El primero excluye la imputabilidad con base en un factor *biológico*; el segundo en el estado *psicológico* del sujeto que, por *anormalidad* como lo es la *perturbación de la conciencia*, por ejemplo le impide el conocimiento de la ilicitud de su acción. Por último el *mixto* se apoya en los dos anteriores.

*53 Las causas de inimputabilidad serán aquellas que constituyen el aspecto negativo de la imputabilidad, y las vamos a referir a los casos en que el sujeto que ha ejecutado una conducta típica y antijurídica, no resulta imputable por que no reúne el límite físico y psíquico que exige la ley, en otras

palabras, o no alcanza el límite de edad previsto en la ley, o bien no reúne las condiciones psíquicas previstas en la norma.

Así las causas de inimputabilidad, según lo prevé la ley, vendrán a ser aquellas en que el sujeto no alcance la edad mínima que la ley señale, o que alcanzando esa edad no haya podido comprender el hecho o conducta que realizó, o bien, que habiendo comprendido dicha conducta o hecho no haya podido determinarse para ajustar esa conducta o hecho a los parámetros exigidos por la ley.

4.2.9 CULPABILIDAD.- *54 La culpabilidad es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada. Para VELA TREVIÑO “la culpabilidad es el elemento subjetivo del delito y el eslabón que asocia lo material del acontecimiento típico y antijurídico con la subjetividad del autor de la conducta”.

Para precisar la naturaleza de la culpabilidad existen dos teorías; la psicológica y la normativa, *la teoría psicológica* funda la culpabilidad en el aspecto psicológico del sujeto activo, el adecuado análisis de la culpabilidad presupone el del sujeto por cuanto hace al elemento volitivo. Por su parte la teoría *normativa* explica que la base de la culpabilidad radica en la imperatividad de la ley, dirigida a quienes tienen la capacidad para obrar conforme a la norma a fin de que se pueda emitir el juicio de reproche.

*55 Por su parte *Rafael Márquez Piñero* establece que si el delito es un hecho antijurídico, un hecho típico, también es un hecho culpable. Una acción es culpable cuando a causa de la relación psicológica entre ella y su autor puede ponerse a cargo de éste, y además, serle reprochada. En la *culpabilidad*, por tanto, hay además de una relación de causalidad psicológica entre agente y acción, un juicio de reprobación de la conducta de este, motivado por su comportamiento contrario a la ley, pues al ejecutar un hecho que esta prohíbe, ha quebrantado su deber de obedecerla, hay una reprobación a la conducta del agente y se reprocha este comportamiento porque no ha obrado conforme a su deber. Cuello Calón, señala que la culpabilidad puede definirse como el juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley.

*52 Pavón Vasconcelos Francisco Op. cit. supra 27 Pág. 42.

*53 Octavio A. Orellana Wiarco Op. cit. supra 31 Pág. 38.

*54 Vela Treviño Sergio, Op. cit. supra 42 Pág. 143

*55 Márquez Piñero Rafael, Op. cit. supra 28 Pág.244

En el reproche contenido en la culpabilidad como elemento del delito recae solamente sobre la relación de causalidad psíquica existente entre el agente y el hecho en cuestión. La culpabilidad esta estrechamente ligada a la antijuridicidad; mas aun, la antijuridicidad es condición previa para la existencia de la culpabilidad. En el ámbito jurídico mexicano el maestro Celestino Porte Petit, define a la culpabilidad como *El nexo intelectual emocional que liga al sujeto con el resultado del acto.*

4.2.10.- INCULPABILIDAD.- *56 La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad, significa la falta de reprochabilidad ante el derecho penal, por faltar la voluntad o el conocimiento del hecho. Esto tiene una relación estrecha con la imputabilidad; así, no puede ser culpable de un delito quien no es imputable.

Refiere Francisco Pavón Vasconcelos, que con el nombre de inculpabilidad se conocen las causas que impiden la integración de la culpabilidad, evidente tautología, según la expresión de Jiménez de Azua. De acuerdo con el concepto adoptado sobre la culpabilidad, su aspecto negativo funcionara, haciendo inexistente el delito, en los casos en los cuales el sujeto es absuelto en el juicio de reproche. *57 Si consideramos que la culpabilidad en amplio sentido consiste en un juicio valorativo que realiza el juzgador respecto del hecho típico y antijurídico ejecutado por el agente, en directa relación con la exigencia normativa impuesta en el caso particular para así determinar la reprochabilidad de su proceder, por cuanto podía y veía actuar de manera diferente, fácil es establecer que la inculpabilidad radica en la ausencia de los elementos necesarios para considerar que dadas las circunstancias en que el referido hecho se realizo, sea posible fundar la exigibilidad del mandato de la norma infringida y por ello no existe base para considerar reprochable el hecho enjuiciado.

Considerando la imputabilidad una parte esencial de la culpabilidad, de las cuales ya se preciso cuales son las causas que estudian la culpabilidad por no darse en el sujeto la capacidad de culpabilidad, esto es, las razones que impiden al sujeto conocer la licitud del hecho o poderse determinar en forma espontánea conforma a dicha convención, por lo que solo resta considerar como las otras causas de imputabilidad de carácter genérico el *error* y la no exigibilidad de otra conducta, puesto que tanto la ignorancia como el error son actitudes psíquicas del sujeto en el mundo de relación, aun que con características diversas. La ignorancia es el desconocimiento total del hecho, la carencia de toda noción sobre una cosa, lo que supone una actitud negativa en tanto el error consiste en una idea falsa o errónea respecto a un objeto, cosa o situación,

*56 Amuchategui Requena Griselda Op. cit. supra 30 Pág. 89.

*57 Pavón Vasconcelos Francisco Op. cit. supra 27 Pág. 481

constituyen un estado positivo; si bien es cierto, la legislación penal del Estado de Guanajuato en su artículo 33 de la parte General del Código Penal establece esas causas de inculpabilidad haciendo referencia al error vencible y al error invencible y a la no exigibilidad de otra conducta.

4.2.11.- PUNIBILIDAD.- *58 Pavón Vasconcelos, refiere que al definir el delito expresamos que un concepto sustancial del mismo solo puede obtenerse, dogmáticamente, del total ordenamiento jurídico y de este se desprende que por tal debe entenderse *la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, desde el punto de vista formal, el concepto del delito puede reducirse, como lo dejamos precisado antes, a la conducta punible (acto u omisión) que sancionan las leyes penales.*

Por punibilidad entendemos, en consecuencia la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social.

BETTIOL se refiere al delito como al *hecho humano lesivo de intereses legalmente tutelados*, expresando que la punibilidad es una *nota genérica de todo delito*, dando la pena al tratamiento de una *consecuencia jurídica del mismo*.

Por su parte JIMENEZ DE ZUA, precisa que lo característico del delito es ser punible; la punibilidad es, por ende el carácter específico del crimen, pues solo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena.

*59 CARRANCA Y TRUJILLO Y CARRANCA Y RIVAS, manifiestan que siendo la pena legítima consecuencia de la punibilidad como elemento del delito e impuesta por el poder del Estado al delincuente, su noción esta relacionada con el *jus puniendo* y con las condiciones que, según las escuelas, requiere la imputabilidad, pues si ésta se basa en el libre albedrío, la pena será retribución del mal por mal, expiación y castigo, si por el contrario se basa en la peligrosidad social acreditada por el infractor entonces la pena será medida adecuada de defensa y aplicable a los sujetos según sus condiciones individuales.

*58 Pavón Vasconcelos Francisco Op. cit. supra 27 Pág. 503.

*59 Carranca y Trujillo Raúl, Carranca y Rivas Raúl, Op. cit. supra 29 Pág. 711.

Para CARRARA, la pena es de todas suertes un mal que se inflige al delincuente, es un castigo, atiende a la moralidad del acto; al igual que el delito, la pena es el resultado de dos fuerzas: la física y la mora, ambas subjetivas y objetivas; su fin es la tutela jurídica de los bienes y su fundamento la justicia; para que sea consecuente con su fin la pena ha de ser eficaz, aflictiva, ejemplar, cierta, pronta, pública y de tal naturaleza que no pervierta al reo.

En el derecho legislado moderno esto daría la pena a un mal infringido legalmente al delincuente como consecuencia del delito y del proceso correspondiente; es un mal que el juez inflige al delincuente a causa de su delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al actor (LISZT). Más ya no atiende a la moralidad del acto, sino a la peligrosidad del sujeto; y en vista de ella a la defensa social.

4.2.12.- EXCUSAS ABSOLUTORIAS.- *60 Las excusas absolutorias constituyen la razón o fundamento que el legislador considero para que un delito, a pesar de haberse integrado en su totalidad carezca de punibilidad. En la legislación penal mexicana existen casos específicos en los que se presenta una conducta típica, antijurídica, imputable y culpable; pero, por disposición legal expresa no es punible.

Esta ausencia de punibilidad obedece a diversas causas o razones, como se vera en cada caso concreto.

Estado de necesidad.- Aquí la ausencia de punibilidad se presenta en función de que el sujeto activo se encuentra ante un estado de necesidad; por ejemplo: robo defamético.

Por ejercicio de un derecho, el caso típico se presenta en el aborto, cuando el embarazo es producto de una violación.

Por culpa o imprudencia.- Un ejemplo de este tipo de excusa es el aborto causado por imprudencia de la mujer embarazada, también se encuentra dentro de esta hipótesis el caso de lesiones y homicidio culposos en agravio de ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubino, adoptante o adoptado. (La legislación penal para el Estado de Guanajuato contempla además a quienes tengan vínculo de estrecha amistad con los ofendidos).

Por innecesariedad de la pena. Esta excusa se presenta cuando el sujeto activo sufrió consecuencias graves en su persona o por senilidad o precario estado de salud, hacen notoriamente innecesaria e irracional la aplicación de la pena.

*61 La causa de impunidad de la conducta o del hecho típico, antijurídico y culpable, denominadas *excusas absolutorias*, constituyen el *aspecto negativo* de la punibilidad y originan la inexistencia del delito.

JIMENEZ DE ASÚA las define así: *2Son causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un actor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de nulidad pública*".

CASTELLANOS TENA, congruente con su punto de vista de considerar a la punibilidad como una *consecuencia del delito* precisa que se habla de ausencia de punibilidad cuando, realizando un delito, la ley no establece la imposición de la pena, haciendo con tal expresión referencia a los casos en los cuales, dada la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable, el legislador, por motivos de política criminal, basada en consideraciones de variable índole, excusa de pena al autor. "Así entendida, la ausencia de punibilidad opera cuando el ordenamiento jurídico establece de manera expresa excusas absolutorias".

4.3.- EL SUJETO DEL DELITO.- Es importante para la elaboración del presente trabajo, hacer referencia de quienes pueden ser sujetos del delito, pues en primer término es evidente y obvio que solo los seres humanos pueden ser sujetos del delito, tanto en forma activa como pasiva, por ello me permito hacer el siguiente análisis.

4.3.1.- SUJETO ACTIVO, COMO SUJETO DEL DELITO.- *62 En derecho penal, se habla constantemente de dos sujetos que son los protagonistas del mismo: el sujeto activo y el sujeto pasivo.

El sujeto activo, es la persona física que comete el delito, se llama también delincuente, *agente o criminal*. Este último vocablo lo maneja la criminología. Es conveniente afirmar que el sujeto activo es siempre una persona física, independientemente del sexo, edad, (la minoría de edad da lugar a la inimputabilidad) nacionalidad y otras características, cada tipo (descripción legal de un delito) señala las calidades o caracteres especiales que se requieren para ser sujeto activo, solo la mujer embarazada podrá ser sujeto activo de aborto procurado, únicamente del descendiente o ascendiente consanguíneo en línea recta, los cónyuges, la concubina, el concubinario, hermanos, adoptante o adoptado, pueden serlo en homicidio en

*60 Amuchategui Requena Griselda Op. cit. supra 30 Pág. 96.

*61 Pavón Vasconcelos Francisco Op. cit. supra 27 Pág. 503.

*62 Amuchategui Requena Griselda Op. cit. supra 30 Pág. 34.

razón de parentesco o relación, etc., *nunca una persona moral o jurídica* podrá ser sujeto activo de algún delito, cabe mencionar, que en ocasiones, aparentemente es la institución la que comete un ilícito, pero siempre habrá sido una persona física la que ideó, actuó y en todo caso, ejecutó el delito. Solo la persona física puede ser imputable y capaz.

*63 CARRANCA Y TRUJILLO, definen el sujeto activo (ofensor o agente) del delito, como la persona que lo comete o participa en su ejecución, el que lo comete es activo primario, el que participa es activo secundario, y sigue diciendo que solo la persona humana es posible sujeto activo de la infracción, pues solo ella puede actuar con voluntad y ser imputable. El espíritu individualista que ha penetrado en el derecho moderno hace ya indisputables este principio desde la revolución francesa. En consecuencia, la responsabilidad penal es personal; nuestro derecho penal se sustenta sobre el principio universalmente consagrado que reconoce la persona humana como único sujeto activo.

Discútase el problema de si no solo la persona individual sino también la moral o jurídica puede ser sujeto activo del delito, problema modernamente de la mayor importancia en vista del creciente desarrollo de las personas jurídicas, de lo que son buena muestra del sindicalismo y la prolífera actividad capitalista de las sociedades anónimas. Refiere el autor antes citado que el segundo congreso internacional de derecho penal reunido en Bucarest (1926), votó la responsabilidad penal de las personas morales cuando se trate de infracciones perpetradas con el fin de satisfacer el interés colectivo de las mismas o con los medios suministrados por ellas, aceptando en lo demás la teoría de Mestre.

Sus conclusiones dicen así: “comprobando el crecimiento continuo y la importancia de las personas morales y reconociendo que ellas representan una fuerza social considerable en la vida moderna, considerando que el orden legal de toda sociedad puede ser gravemente perturbado cuando las actividades de las personas jurídicas constituyen una violación de la ley penal, resuelve.- que deben establecerse en el derecho penal interno medidas eficaces de defensa social contra las personas jurídicas cuando se trate de infracciones perpetradas con el propósito de satisfacer el interés colectivo de dichas personas o con recursos proporcionados por ellas y que envuelvan también su responsabilidad. 2.- que la aplicación de las medidas de defensa social a las personas jurídicas no debe excluir la responsabilidad penal individual, que por la misma infracción se exija a las personas físicas que tomen parte en la administración o en la dirección de los intereses de la persona jurídica, o que hayan cometido la infracción, valiéndose de los medios proporcionados

*63 Carranca y Trujillo Raúl, Carranca y Rivas Raúl, Op. cit. supra 29 Pág.. 263

por la misma persona jurídica. Esta responsabilidad individual podrá ser, según los casos, agravada o reducida.

*64 A partir del siglo XVIII, concretamente desde la revolución francesa, el espíritu individualista penetra en definitiva en el derecho y como consecuencia de ello, la responsabilidad penal se hizo personas. Así, se estima que solo el hombre es sujeto del delito, por que solo los seres racionales tienen capacidad para delinquir. No son posibles la delincuencia y la culpabilidad sin el concurso de la conciencia y de la voluntad, las cuales solo se encuentran en el hombre. Solo la persona, individualmente considerada, puede ser penalmente responsable, por que solo en ella se da la unidad de conciencia y de voluntad, que constituye la base de la imputabilidad.

En este orden de ideas GIERKE Y MESTRE, los primeros patrocinadores de esta tendencia doctrinal entienden que las personas morales poseen existencia real con conciencia y voluntad propia e independientes de las de los miembros que las integran, con un fin determinado y concreto, así como con derechos y deberes diversos de los de sus miembros individuales. Además tienen capacidad para obrar tanto en derecho civil como en derecho público en general y las condiciones de su capacidad para obrar en esas materias señaladas son iguales a las exigidas en el ámbito del derecho penal. Más sin embargo GIERKE opina que la pena corporativa exime de toda sanción individual a los componentes de la misma mientras que para MESTRE mantienen la idea de que la pena corporativa no excluye en absoluto la sanción contra cada individuo responsable, ya que de no hacerse así se estaría tratando por igual a inocentes y culpables.

4.3.2.- EL SUJETO PASIVO DEL DELITO.- * 65 Sujeto pasivo es la persona física o moral sobre quien recae el daño o peligro causado por la conducta realizada por el delincuente. Por lo general se le denomina también *víctima u ofendido*, en cuyo caso una persona jurídica puede ser sujeto pasivo de un delito, como los delitos patrimoniales y contra la nación entre otros. Estrictamente, el ofendido es quien de manera indirecta recibe el delito; por ejemplo los familiares del occiso.

En principio, cualquier persona puede ser sujeto pasivo; sin embargo dadas las características de cada delito, en algunos casos el propio tipo señala quien puede serlo y en que circunstancias; por ejemplo en el aborto, solo el producto de la concepción, en cualquier momento de la preñez puede ser sujeto pasivo, también se puede establecer la diferencia entre *el sujeto pasivo de la conducta y el sujeto pasivo del delito*, pues en el primero de ellos dice el autor, es la persona que de manera directa recibe la acción por parte del

sujeto activo, pero la afectación, en sentido estricto, la recibe el titular del bien jurídico tutelado; y en el segundo supuesto es el titular del bien jurídico tutelado que resulta afectado.

*66 PAVÓN VASCONCELOS, define al sujeto pasivo como el *titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito*. Como la ley tutela bienes no solo personales sino colectivos, pueden ser sujetos pasivos: *la persona física*, sin limitaciones, después de su nacimiento y aún antes de él protegiéndose además de los bienes jurídicos de *la vida y la integridad corporal*, otros como *la paz y la seguridad, la salud, el estado civil, el honor, la libertad y el patrimonio*.

La persona moral o jurídica sobre quien puede recaer igualmente la conducta delictiva, lesionando bienes jurídicos, tales como el patrimonio (robo, fraude, etcétera) o el honor de los cuales puede ser titular.

El estado, como poder jurídico, es titular de bienes protegidos por el ordenamiento jurídico penal y en tal virtud puede ser ofendido o víctima de la conducta delictiva (delitos contra la seguridad exterior de la nación, delitos patrimoniales que afectan bienes jurídicos propios, etc.).

La sociedad en general, como en el caso de los delitos contra la economía pública y contra la moral pública (corrupción de menores, lenocinio, etc.).

No puede ser sujetos pasivos del delito los muertos y los animales. Algunos autores destacan el hecho de que ni unos ni otros son titulares de bienes jurídicos. La violación del sepulcro o la profanación de un cadáver constituyen atentados en los cuales el sujeto pasivo lo es la sociedad o los familiares del difunto.

4.4 EL DELITO COMO ACCIÓN Y COMO OMISIÓN.

4.4.1.- LA ACCIÓN Y SUS ELEMENTOS.- *67 Para los que estiman la acción con un contenido *lato*, esta constituye tanto *el movimiento corporal*, representado en su fase externa por el dominio sobre el cuerpo a través de la voluntad, como *el no hacer o inactividad* (omisión), mediante las cuales el agente pretende una finalidad determinada. Se ha afirmado con toda razón que la doctrina moderna sobre el concepto de la acción, *lato senso*, se mueve entre los conceptos del *causalismo* y *finalismo* contratándose el primero a considerar a la acción como una actitud física o corporal del autor que responde a una de carácter psicológico individualizada en la voluntad, de manera que acción es movimiento corporal o inactividad voluntarios, en tanto el finalismo concibe la acción, comprensiva de la acción en estricto sentido y de la omisión en la que el autor persigue una finalidad u objetivo concreto.

Es un craso error considerar que los causalistas pretenden que el movimiento corporal o la inactividad u omisión marginan a la finalidad lo que con evidencia es del todo inexacto, ya que un causalismo puro es difícil de comprender. Con cierta razón CARLOS CREUS, razona que no es obstáculo insuperable en la teoría del delito, que se resuelva que la acción, como conducta con finalidad de querer hacer o no hacer, deje para la culpabilidad el examen de la finalidad hacia un objeto determinado (hacer o no hacer para, hacer o no hacer como), que relaciona la finalidad con el tipo y sirva de fundamento material al juicio de reproche, esa ordenación no entra las dificultades que los finalista temen, las soluciones no difieren mayormente en una y otra tendencia en más de una vez, obvia la dificultad de distinguir la voluntad final sobre los hechos que contienen el tipo, de la voluntad final de concretar el tipo en su totalidad. En otras palabras expresa el autor argentino, reconocer la acción como que hacer voluntario final, no los obliga a tratar en su teoría el objetivo (el para que) de esa finalidad. Podemos, por tanto, conformarnos con el concepto de acción como manifestación de voluntad pero proyectada, es decir, lanzada hacia el futuro, hacia delante.

JIMENEZ DE ASÚA, que prefiere denominarla *acto*, precisa este termino, sustituto de la acción, *es la manifestación de voluntad que mediante acción u omisión causa un cambio en el mundo exterior*. Para BELING, la acción positiva comprende la fase externa (objetiva) y la interna (subjettiva) identificando a la primera con el movimiento corporal y a la segunda con la voluntariedad, más el no hacer u omisión; por tanto, la acción comprende tanto el movimiento corporal como el no hacer u omisión. CUELLO CALÓN, considera a la acción en sentido amplio, como *“la conducta exterior voluntaria encaminada a la producción de un resultado”* comprendiendo en su opinión tanto la conducta *activa*, hacer positivo o acción en sentido estricto como la conducta pasiva, negativa u omisión. Igual criterio sustenta MAGGIORE, al decir que *“acción es una conducta voluntaria que consiste en hacer no hacer algo, que produce alguna mutación en el mundo exterior”*.

El termino genérico como elemento del hecho, es la conducta comprensiva tanto de la acción como de la omisión, las cuales constituyen sus formas de expresión. Por tanto nosotros estimamos la acción *como el movimiento corporal realizado por el sujeto en forma voluntaria para la consecución de un fin*, concepto en el que no se alude al resultado de dicha forma de conducta por no formar parte de la acción sino constituir su consecuencia y entrar a formar parte del hecho, estimado como elemento objetivo del delito. Ese criterio es compartido por PORTE PETIT, cuando expresa *“consideramos que la acción consiste en la actividad o el hacer voluntario, dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico”* agregando más adelante, al enunciar los elementos de la acción, entre los que incluye el deber jurídico de abstenerse, que los mismos se desprende del concepto de acción: Actividad o movimiento corporal voluntario.

Con referencia a la acción en sentido *estricto*, CUELLO CALÓN, afirma que consiste en un movimiento corporal voluntario o en una serie de movimiento corporales, dirigido a la obtención de un fin determinado, recalcando que esta constituida pro actos voluntarios, quedando fuera de su concepto los actos reflejos y la fuerza física irresistible.

Para CAVALLO, no debe estimarse a la acción como sinónima del hecho, pues ello equivaldría hacer comprender en ella tanto el momento volitivo como el efectivo, incluyendo también el resultado, confundiendo una parte con el todo. Sobre el particular, asienta CAVALLO, algunos autores tienen de la acción un concepto puramente naturalístico, comprendiendo en ella la actividad física, entendida como conducta, separando el resultado. Otros por lo contrario cuando se refieren a la acción comprenden en ella a la consecuencia y el movimiento corporal, es decir a la mutación del mundo exterior. Por último, el propio CAVALLO se refiere a la teoría finalística de la acción, para lo cual esta no constituye un ciego proceso causal, por comprender el fin que el sujeto se propone mediante la actividad voluntaria. El motivo de la acción expresa CAVALLOA, es el resorte que la hace seguir, mientras el fin es la meta que el agente, en el acto de la decisión elige por que lo considera, entre otros el más digno de ser realizado. Al dar una definición sobre la acción, CAVALLOA dice que es una “actividad humana que se expresa en el mundo exterior por uno o más actos para alcanzar un fin, en las formas previstas por la ley²”.

En resumen, con relación concreta a la acción *en sentido estricto*, los autores estiman como tal *a la actividad voluntaria realizada por el sujeto* haciendo referencia tanto al elemento físico de la conducta como al psíquico de la misma (voluntad). Resulta unánime, la opinión de que la acción consta de tres elementos: *a)Manifestación de voluntad, b)Resultado, y c) Relación de causalidad*. No obstante, nosotros no la identificamos con el concepto de hecho, habiendo aclarado, en su oportunidad que por este debemos entender no solamente la conducta, expresada a través de acción u omisión, con su elemento psíquico consistente en la voluntad sino además al resultado y anexo de causalidad, siendo por tanto los elementos de la acción los siguientes: *a)Una actividad o movimiento corporal ,y b)La voluntad o el querer realizar dichas actividad orientada a un fin; a su vez, este segundo elemento se integra comúnmente mediante las siguientes fases: 1.- La concepción; 2.- La deliberación; 3.- La decisión; y 4.- La ejecución*. La primera supone el nacimiento de la idea de actuar mediante el fenómeno de la representación; *la deliberación* constituye, al decir de CAVALLOA, “El debate que se desarrolla en la conciencia del agente”; *La decisión* en el termino de dicho debate con la *determinación* de actuar y, por último, *la ejecución* es la voluntad que acompaña la actividad misma, dándole a ésta su contenido psíquico, en síntesis, como lo han expresado anteriormente algunos autores aun cuando se limite la noción de acción al movimiento corporal y a la voluntad que lo acompaña, ello no significa que se prescinda de la finalidad que ésta voluntad contiene.

Como ya anteriormente nos referimos a la voluntad , solo resta subrayar que con referencia a la acción, ésta se integra con el movimiento corporal voluntario siempre con relación o referencia a la descripción contenida en el tipo legal.

Ahora bien, el sujeto con su actuar voluntario viola siempre un deber, el cual en los delitos de acción es de abstenerse por contener un mandato de no hacer; por ello en tales delitos se viola siempre una norma prohibitiva. El examen de fundamento de este deber, debe abstenerse no corresponde al ámbito del hecho, por caer en el problema dentro de los linderos de la antijuridicidad. Como los deberes de abstención únicamente pueden estar consignados en normas jurídicas, para poder estimar su violación contraria a derecho, por prohibirse el actuar en consecuencia a la abstención ordenada en la norma, cuando se realice una conducta positiva, de acuerdo con la descripción hecha por el tipo, se viola siempre la norma prohibitiva, que es, necesariamente de naturaleza penal.

4.4.2.- EL DELITO COMO OMISIÓN.- Frente a la acción como conducta positiva (implica motividad del cuerpo traducida en una actividad típica voluntaria), encontramos a la omisión, forma de conducta negativa, o inacción, consistente en el no hacer, en la inactividad voluntaria frente al deber de obrar consignado en la norma penal.

La omisión puede presentar dos formas: a) *La omisión simple* o propia, originante de los delitos de simple omisión; y b) *La omisión impropia que da nacimiento a los delitos de comisión por omisión*. Ambas formas presentan ciertas similitudes, pero a la vez diferencias esenciales. En general los autores al dar un concepto de la omisión aluden a sus elementos integrantes: *inactividad* y *voluntariedad*. Así, CUELLO CALÓN, expresa: “La omisión es la conducta negativa. Más no toda inactividad es omisión, esta es inactividad voluntaria. Puede, por tanto, definirse la omisión como la inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejercitar un hecho determinado” CAVALLA, nos ilustra diciendo: “Omisión puede definirse como la abstención del cumplimiento de una acción que se tenía la obligación de realizar, que se expresa en una conducta que realiza una situación distinta de la querida por la norma” al decir de MAGGIORE, para el derecho es omisión “toda inercia de la voluntad, consistente en alguna abstención, dolosa o culposa de la acción material, contraria a la obligación de obrar y que produce alguna mutación en el mundo exterior”. Para JIMENEZ HUERTA, es una inacción corporal, “un estado de quietud de aquellas partes del cuerpo cuyos movimientos dependen de la voluntad” que es, como la acción, forma integrante de la conducta, pues la inactividad es un comportamiento frente al mundo externo. En fin, para MEZGER, los delitos de omisión consisten en un no hacer cuyo fundamento lo constituye “la acción esperada” y exigida sin la cual no es posible hablar de omisión en sentido jurídico.

Con relación a los elementos que integran la omisión, se habla de: a) *Voluntad*, b) *Conducta inactiva o inactividad*, y c) *Deber jurídico de obrar*, aún cuando el último no es propiamente un elemento, por pertenecer a la teoría de la antijuridicidad como con acierto lo afirma MEZGER. Al tratar sobre el concepto de la omisión simple; PORTE PETIT, estima consiste “en el no hacer, voluntario o involuntario (culpa) violando una norma perspectiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a un tipo de mandamiento o imposición”, por lo que en su opinión son elementos de ella: “*Voluntad o no voluntad (culpa)*. B) *inactividad o no hacer*. c) *Deber jurídico de obrar*, y d) *resultado típico*.”

La voluntad en la omisión consiste en querer no realizar la acción esperada y exigida, es decir en querer la inactividad, o bien en no quererla (culpa). En consecuencia, en la omisión, existe al igual que en la acción, o en su caso, un elemento psicológico: Querer la inactividad. Adviértase que cuando LISZT se refiere al elemento psicológico, nos dice que la manifestación de voluntad consiste en no ejecutar voluntariamente un movimiento corporal que debiera haberse realizado, haciendo a un lado la omisión culposa”. Por cuanto a la inactividad o no hacer el propio autor expresa, estriba en “una abstención o inactividad voluntaria o involuntaria (culpa), violando una norma preceptiva, imperativa; no se hace lo que debe hacerse. Por tal motivo, expresa QUINTANO A. REPÓLLES, que son las omisiones a modo de acciones negativas.

Para hablar de omisión propia el deber jurídico de obrar contenido en la norma penal, solo es posible establecer un concepto de la omisión con referencia a la acción esperada y exigida, siendo en consecuencia sus elementos: *inactividad, inacción o el no hacer esperado y exigido por el mandato de obrar y voluntad de omitir el deber de actuar, sea en forma dolosa o culposa*. Con relación al fundamento del deber jurídico de obrar que da contenido a la omisión, no puede encontrarse mas que una norma penal por ser los delitos de omisión simple incumpliendo *a mandatos de hacer* contenidos en los tipos penales. Como dice acertadamente PORTE PETIT, un deber jurídico impuesto en un ordenamiento no penal no originaría una omisión típica, pues precisamente lo que constituye delito es la simple omisión típica sin resultado material.

4.4.3.- LA OMISIÓN IMPROPIA O COMISIÓN POR OMISIÓN.- La esencia de la omisión impropia, también denominada comisión por omisión, *se encuentra en la inactividad voluntaria que al infringir un mandato de hacer acarrea la violación de una norma prohibitiva o mandato de abstenerse, produciendo un resultado tanto típico o jurídico como material*. Por ello JIMENEZ DE ASUA, con acierto, estima que dichos delitos existen cuando se causan una mutación en el mundo exterior no haciendo aquello que se espera del agente o como lo expresa CUELLO CALON, la omisión impropia consiste en producir un cambio en el mundo externo, mediante la omisión de algo que el derecho ordenaba hacer.

A diferencia de la omisión propia o simple, en la cual no existe mutación del mundo fenomenológico, por ser el resultado puramente jurídico o típico en la omisión impropia la inactividad del agente produce un cambio material en el exterior, razón por la cual varios autores niegan su existencia, estimando tales delitos como de acción en los cuales, como dice JIMENEZ HUERTA, “la omisión no es mas que el medio o modo de realizar la comisión”.

En síntesis, se esta en presentencia de un delito de comisión por omisión cuando el agente llega a producir un resultado material típico a través de una inactividad o no ser voluntario o culposo, con violación de una norma preceptiva y de una norma prohibitiva.

Son por tanto, elementos de la omisión impropia: *a) voluntad* (no consiente en los delitos de olvido); *b) inactividad o no hacer* cuya relevancia jurídica se encuentra en la acción esperada y exigida, y *c) un deber de obrar y un deber jurídico de abstenerse que resultan violados*, aún cuando el último no constituye en propiedad, un elemento, si no la valoración objetiva que sobre la omisión se hace desde el punto de vista de la antijuridicidad. *El resultado*, cuya diferencia precisamos en relación con la omisión simple o propia, constituye la consecuencia de la inactividad, expresión física de la conducta. Como tratándose de la omisión impropia no siempre es la norma penal en fundamento del deber de obrar; ante tal situación se acude al criterio que encuentra la fundamentación del deber de obrar *en un hacer precedente*. Cuando el sujeto, con su actuar ha creado una situación de hecho de la cual puede surgir la violación de bienes jurídicos, con la producción de un resultado material antijurídico, nace el deber para l mismo de realizar lo necesario a fin de evitar la lesión al derecho. La actividad o hacer precedente requiere, para fundamentar el deber jurídico de obrar, que pueda lesionar intereses jurídicos mediante la creación de una situación de peligro, pues solo ante esa posibilidad tienen la obligación, el sujeto, de actuar para eludir la producción del resultado antijurídico.

Sin embargo no todo actuar precedente da origen al deber jurídico de obrar, pues tratándose de actividades dolosas encaminadas a la producción de un resultado ilícito, se esta en presencia de un claro delito de acción y no de omisión en el cual el sujeto tenía obligación de no hacer, violando, en consecuencia, un deber jurídico de abstenerse: *solo podrá la acción precedente fundamentar el deber jurídico de obrar, cuando no tenga carácter doloso*.

*64 Márquez Piñero Rafael, Op. cit. supra 28 Pág 146.

*65 Amuchategui Requena Griselda Op. cit. supra 30 Pág 35.

*66 Pavón Vasconcelos Francisco Op. cit. supra 27 Pág. 196.

*67 Pavón Vasconcelos Francisco Op. cit. supra 27 Pág. 225.

Se señalan, como diferencias fundamentales entre la omisión simple y la comisión por omisión, las siguientes:

a) En la *omisión simple* se viola únicamente una norma preceptiva penal en tanto en los delitos de *comisión por omisión* se violan una norma preceptiva penal o de otra rama del derecho y una norma prohibitiva de naturaleza estrictamente penal;

b) En los delitos de *omisión simple* solo se da un resultado jurídico; en los de *comisión por omisión*, se produce un resultado tanto jurídico como material; y

c) En la *omisión simple* es la omisión la que integra el delito, mientras en la *comisión por omisión* es el resultado material lo que configura el tipo punible.

4.5.- EL DOLO.-

Para el desarrollo del tema que me propongo exponer, es necesario hablar del DOLO como aspecto importante en la comisión del delito, pues hasta el momento he hablado ya del sujeto activo y pasivo del delito, así como de los delitos cometidos por comisión por omisión, y para hablar en particular del delito que me ocupa y que lo es el de DESOBEDIENCIA, el cual es un ilícito de omisión simple, pues es una mera conducta de no hacer, lo que conlleva a la comisión de tal ilícito, tema que mas adelante analizare, mas sin embargo es menester en este momento referirme al DOLO, pues es necesario para adentrar al tema que nos ocupa, analizar que tipo de dolo se encuentra implícito en la conducta desplegada por el agente que desacata el mandato emitido por una autoridad, y así estar en posibilidad de hacer un minucioso análisis del delito antes referido.

4.5.1.- CONCEPTO DE DOLO.- ZAFFARONI*68 refiere que Dejando de momento de lado los llamados elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, que pueden o no ser requeridos por los tipos penales, el dolo es el elemento nuclear y principalísimo del tipo subjetivo, y frecuentemente, el único componente del tipo subjetivo (en los casos en que el tipo no requiere otros). El dolo es el querer del resultado típico, la voluntad realizadora del tipo objetivo. Ahora bien para que un sujeto pueda querer algo, debe también conocer algo; pues el dolo es un querer. El conocimiento que presupone este querer es el de los elementos del tipo objetivo en el caso concreto, ante esta postura se conceptúa el dolo como la voluntad realizadora del tipo objetivo, guiada por el conocimiento de los elementos de este en caso concreto.

Dicho más sintéticamente: el dolo es una voluntad determinada que como cualquier voluntad, presupone un conocimiento determinado. Durante muchos años los autores insistían en el aspecto de conocimiento del dolo, haciendo fincar su esencia en él (teoría de la representación), en tanto que otros acentuaban su aspecto de voluntad pura (teoría de la voluntad), hace casi medio siglo que la doctrina se percató de que es tan falso que el dolo sea representación como que el dolo sea voluntad; el dolo es representación y voluntad.

El conocimiento de que el dolo es una voluntad individualizada en un tipo, nos obliga a reconocer su estructura los dos aspectos en que consiste, el del conocimiento presupuesto al querer y el querer mismo (que no puede existir sin el conocimiento). Esto da lugar a los dos aspectos que comprenden el dolo: *el aspecto de conocimiento o aspecto cognoscitivo del dolo; y el aspecto del querer o aspecto conativo del dolo.*

PAVON VASCONCELOS*⁶⁹ dice que tradicionalmente se han aceptado, como formas de culpabilidad, *al dolo y la culpa*. Hace hincapié en que el dolo, la principal forma de culpabilidad, constituye tal vez el escollo más difícil de salvar en el estudio de la teoría del delito, pues en la elaboración de su concepto unos apoyan el elemento *psicológico* en la voluntad, mientras otros lo hacen en la representación, en tanto el elemento ético se pretende fundamentar en el *conocimiento de la tipicidad, del hecho, o de su antijuridicidad*, o bien es la conciencia del quebrantamiento del deber, lo cual viene a poner de relieve la existencia de diversas teorías en la formulación de su concepto.

Permitiéndome a continuación plasmar la teoría aceptable que es *teoría de la representación y de la voluntad en forma vinculada*. Una postura ecléctica adopta esta teoría para la cual no basta a integrar el dolo ni la voluntad ni la sola representación, sino ambas indispensables. En consecuencia, de acuerdo con ella, actúa dolosamente quien no solo ha representado el hecho y su significación sino además encamina su voluntad, directa o indirectamente, a la causación del resultado.

En esta posición, TOUZZI, empieza por afirmar el necesario conocimiento del hecho en si y en sus efectos, así como su contradicción con la ley, dándose en esas condiciones la inteligencia que prepara el discernimiento, lo cual lleva al sujeto a determinarse, fenómeno apoyado tanto en la voluntad como en la libertad externa.

Para MAGIORE, el que obra dolosamente prevé y quiere el delito (en la totalidad de sus elementos: acción y resultado, antijuridicidad y culpabilidad), concepto aceptado por la definición del código italiano

(artículo 43, apartado I) siendo por consiguiente dos elementos del dolo: (1.- la previsión (o representación del resultado), 2.- La volición de él. “No basta la previsión sin la voluntad, pero tampoco basta la voluntad sin la previsión. La previsión sin voluntad es vana; la voluntad sin previsión es ciega; y el derecho no puede contenerse con ninguna de las dos... *previsión* es la representación del resultado y denota el momento intelectual de la conducta... *voluntad* es el acto de auto determinarse en vista de algún fin. *Querer* es tender a un objeto y a un fin (presentes en la conciencia y por estos representados) y obrar en consecuencia...”.

Esta teoría examinada, a criterio del autor es la correcta, pues asevera que la voluntad constituye dicho coeficiente, el cual consiste en *querer realizar la acción o la omisión, o bien la voluntad de no inhibir el movimiento corporal o la inactividad*. Ahora bien la voluntad en el dolo rebasa el estrecho ámbito de la conducta para abarcar igualmente el resultado, de manera que si la voluntad de la conducta consiste en querer realizar la acción o la omisión, la voluntad en el dolo es querer también el resultado.

La voluntad por sí misma no puede agotar el contenido del dolo: átese imprescindible igualmente el conocimiento de las circunstancias del hecho y de su significación. Tal conocimiento debe abarcar la relación de causalidad, cuando ésta forma parte del hecho particularmente tipificado; la tipicidad del mismo, entendida de manera profana y su carácter antijurídico.

Por último, el dolo requiere igualmente *el conocimiento de su significación*, con lo cual se alude preferentemente a la *antijuridicidad del hecho*. Y al al referirnos a la acción o a la omisión, dijimos que en la primera, con su *actuar voluntario*, el sujeto viola siempre *un deber de abstención*, por contenerse en la norma una *prohibición de hacer*, en tanto, en la segunda, *con un no hacer voluntario (inactividad)* viola un *deber jurídico de obrar*, por cuanto solo es posible establecer el concepto de la omisión con referencia a la *acción* esperada y exigida. Ahora bien, para que lo injusto del hecho pueda serle reprochado al autor, éste debe haber tenido *conciencia de su antijuridicidad*, esto es, de que su conducta y el resultado a ella ligado *quebrantaba el deber (de abstención o de obrar)* impuesto por el orden jurídico.

JIMENEZ DE ASSÚA, define al dolo como la *producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebrante 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*.

Consecuentemente, en la formación del dolo concurren dos elementos esenciales:

a) Un elemento intelectual consistente en la representación de hecho y su significación (Conocimiento de la relación causal en su aspecto esencial, de su tipicidad y de su antijuridicidad, como conciencia del quebrantamiento del deber), y

b) Un elemento emocional o afectivo, no otro que la voluntad de ejecutar la conducta o de producir el resultado.

4.5.2.- CLASES DE DOLO EN EL DERECHO PENAL MEXICANO Y SUS CONCEPTOS.

*70 Como con mucha frecuencia ocurre en la disciplina ius penalista son muy numerosas las clasificaciones que se han propuesto y continúan formulándose respecto del dolo. Con criterio eminentemente práctico y utilizando la gran claridad expositiva que él caracteriza, FERNANDO CASTELLANOS, ofrece la clasificación siguiente, *dolo directo, dolo indirecto, dolo indeterminado y dolo eventual*.

Por lo que a continuación habré de hacer el estudio únicamente del dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual, explicando ampliamente su concepto y características, pues para la elaboración del presente trabajo es más que suficiente hacer referencia a estas tres clases de dolo para finalmente al entrar al estudio del delito de DESOBEDIENCIA, puntualizar concretamente ese elemento subjetivo (dolo) del que se produce en la comisión de tal ilícito.

4.5.2.1.- DOLO DIRECTO.- FERNANDO CASTELLANOS, define el dolo directo como aquél en que el sujeto se presenta el resultado, penalmente tipificado, y lo quiere. CUELLO CALÓN, entiende que se da cuando el resultado corresponde a la intención de la gente; por ejemplo, decide quitar la vida a otro y lo mata.

*71 ZAFFARONI, explica que se llama dolo directo a aquél en que el autor quiere directamente la producción del resultado típico, sea como el fin directamente propuesto o sea como uno de los medios para obtener ese fin. Cuando se trata del fin directamente querido se llama dolo directo de primer grado y cuando

*68 Zaffaroni, Eugenio Raúl, Op. cit. supra 33 Pág. 428.

*69 Pavón Vasconcelos Francisco Op. cit. supra 27 Pág. 435.

*70 Márquez Piñero Rafael, Op. cit. supra 28 Pág 272.

se quiere el resultado como necesaria consecuencia del medio elegido para la obtención del fin, se llama dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias.

*72 PAVÓN VASCONCELOS, refiere que el dolo es directo cuando la voluntad es encaminada “directamente al resultado previsto”, existiendo identidad entre el acontecimiento real y el representado: si una persona apuñala a otra y la mata, obrando con *animus occidendi o necandi*, esto es, con voluntad de causar ese resultado típico, comete homicidio con dolo directo.

Según SOLER, el dolo directo caracterizase por su contenido intencional más o menos claramente dirigido hacia un evento determinado. Dolo directo dice IGNACIO VILLALOBOS, es aquél en que la voluntad se encamina directamente al resultado o al acto típico; es decir, el dolo en que haya intención, tomada esta en su propio sentido. Para CUELLO CALÓN, el dolo es directo “cuando el agente ha previsto como seguro y ha querido directamente el resultado de su acción u omisión, o los resultados ligados a ella de modo necesario; aquí el resultado corresponde a la intención del agente”.

*73 ENRIQUE DIAZ ARANDA, manifiesta que la doctrina ha distinguido tres clases de dolo, a saber: dolo directo de primer grado, también llamado *dolo directo*, dolo directo de segundo grado, también denominado dolo indirecto y, *dolo eventual*. De acuerdo con ROXIN el dolo directo de primer grado (dolo directo) se puede asimilar con la intención, y “bajo el concepto de intención o propósito cae lo que el sujeto persigue.

En España, MIR PUIG, ha expuesto con gran claridad las diferentes clases de dolo; a) en el *dolo directo* el autor persigue la realización del delito. Por eso se designa también a esta clase de delito como intención. En cambio es diferente en él: 1.- Que el autor sepa seguro o estime solo como posible que se va a producir delito; 2.- Que ello sea el único fin que mueve su actuación; el delito puede perseguirse solo como medio para otros fines y seguirá habiendo dolo directo de primer grado.

4.5.2.2.- DOLO INDIRECTO.- Ignacio Villalobos señala que hay dolo simplemente indirecto cuando el agente se propone un fin y comprende o sabe que, por el acto que realiza para lograrlo, se han de producir otros resultados antijurídicos y típicos, que no son el objetivo de su voluntad, pero cuyo seguro acaecimiento no le hace retroceder, por lo cual quedan admitidos por él con tal de lograr el propósito rector de su conducta;

*71 Zaffaroni, Eugenio Raúl, Op. cit. supra 33 Pág. 444.

*72 Pavón Vasconcelos Francisco Op. cit. supra 27 Pág.435

*73 Díaz Aranda Enrique, Dolo, cuarta edición editorial Porrúa, México 2002, Pág. 143

por ejemplo para dar muerte a quien va a abordar un avión, el sujeto activo del delito coloca una bomba cerca del motor, con la certeza de que, además de morir ese individuo, perderán la vida esas personas y se destruirá el aparato. *74

Refiere ENRIQUE DIAZ ARANDA, que dolo (de segundo grado), “*dolo indirecto*” son abarcadas todas las consecuencias que, aun que no las persigue, el sujeto prevé que se producirán con seguridad; *75

Entendiendo así entonces que el dolo en segundo grado equivale o es igual que decir que *dolo indirecto*, me permito citar a continuación al autor LUIS JIMENEZ DE ASSÚA, *76 quien refiere: que podemos no desear un resultado, pero si lo que queremos se liga a otro efecto, que nos representamos como inexorablemente unido a nuestro deseo, al realizar este tenemos que acatar las otras consecuencias luctuosos que entran así en nuestra intención. Por eso, el dolo de consecuencias necesarias no es un dolo eventual, ya que la producción de los efectos no es aleatoria sino irremediable. Por ello se considera esta clase de dolo como una variedad del dolo directo, esta especie de dolo ha recibido ahora, en el studienbuch de E. MEGER, una denominación más correcta dolo directo de segundo grado o dolo mediato.

4.5.2.3.- DOLO EVENTUAL.- *77 ZAFFARONI, establece que en el dolo directo, el resultado se quiere directamente, (como fin o como consecuencia necesaria del medio querido), y esta forma de querer es diferente del querer un resultado concomitante cuando se lo acepta como posibilidad: este es el *dolo eventual*.

Refiere el autor que cuando un sujeto programa la causalidad para obtener una finalidad, se representa los posibles resultados concomitantes de su conducta. En tal caso, se confía en que evitara o no sobrevendrán esos resultados, nos hallamos con un supuesto de culpa con representación, pero si actúa admitiendo la posibilidad de que sobre vengan, el caso será de dolo eventual.

Sigue manifestando que el dolo eventual, conceptualizado en términos corrientes, es la que se dice “*que se aguante*”, “*que se fastidie*”, “*si pasa, mala suerte*”, “*que me importa*”. Obsérvese que aun no hay una aceptación del resultado como tal si no su aceptación como posibilidad, como probabilidad. Uno de los casos más usuales de *dolo eventual* es el que se da cuando el sujeto activo no conoce con certeza la existencia de los elementos requeridos por el tipo objetivo, pero duda acerca de su existencia, aun que, no obstante esa duda, actúa, aceptando la posibilidad de su existencia.

*74 Márquez Piñero Rafael, Op. cit. supra 28 Pág 273.

*75 Díaz Aranda Enrique, Op. cit. supra 73 Pág 143.

*76 Jiménez de Azua Luis, Op. cit. supra 47 Pág. 244.

*78 ENRIQUE DIAZ ARANDA, refiere que actúa con dolo eventual quien no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que solo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad.

*79 JIMENEZ DE ASSÚA, establece que hay dolo eventual cuando el sujeto se representa la posibilidad de un resultado que no desea, pero cuya producción ratifica en última instancia. Pertenece el *dolus eventualis* al territorio de delito intencional, aun que se hay en la frontera que limita el dolo y la culpa, minuciosamente estudiada por Hans Grossmann. Así como se ha hecho en el concepto del dolo en donde la doctrina de la voluntad y de la representación, son aquí también tomadas en cuenta para definir el concepto de dolo eventual, pues entonces, *el dolo eventual, será la representación de la posibilidad de un resultado, cuyo advenimiento ratifica la voluntad. En esto estriba su diferencia con la mal llamada culpa con previsión.*

En la culpa típica lo que hay es posibilidad de la representación del resultado, y en el dolo eventual, representación de la posibilidad del resultado; pero también en la llamada culpa con previsión se representa el agente como posible el evento. La sola diferencia esta en que no lo ratifica, como en el *dolus eventualis*, y por el contrario si tuviere seguro el autor de la producción del resultado, no proseguiría su conducta.

En el dolo eventual, el arranque del hecho no es doloso ni ilícito y el resultado culpable se lo representa el autor y lo ratifica.

4.5.3.- CLACIFICACION DE LOS DELITOS.-

1.- EN FUNCION DE SU GRAVEDAD, Tomando en cuenta la gravedad de las infracciones penales, se han hecho diversas clasificaciones. Según una división bipartita se distinguen *los delitos de las faltas; o contravenciones*. En esta división se consideran crímenes los atentados contra la vida y los derechos naturales del hombre; delitos, las conductas contrarias a los derechos nacidos del contrato social, como el derecho de propiedad; por faltas o contravenciones, las infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno.

2.- SEGÚN LA FORMA DE LA CONDUCTA DEL AGENTE.- Por la conducta del agente, o como dicen algunos autores, según la manifestación de voluntad, los delitos pueden ser de acción y de omisión. Los delitos

* 77 Zaffaroni, Eugenio Raúl, Op. cit. supra 33 Pág. 444.

* 78 Díaz Aranda Enrique, Op. cit. supra 73 Pág 143.

* 79 Jiménez de Azua Luis, Op. cit. supra 47 Pág.244.

de acción se cometen mediante un comportamiento positivo; en ellos se viola una ley prohibitiva, Eusebio Gómez afirma que son aquellos en los cuales las condiciones de donde deriva su resultado, reconocen como causa determinante un hecho positivo del sujeto; en los delitos de omisión el objeto prohibido es una abstención del agente, consisten en la no ejecución de algo ordenado por la ley, para el mismo Eusebio Gómez, en los delitos de omisión, las condiciones de que deriva su resultado reconocen, como una causa determinante, la falta de observancia por parte del sujeto de un precepto obligatorio. Debe agregarse que los delitos de omisión violan una ley dispositiva, en tanto los de acción infringen una prohibitiva.

Los delitos de omisión suelen dividirse en delitos de *simple omisión* y de *comisión por omisión* también llamados delitos de omisión impropia.

Los delitos de *simple omisión* o de omisión propiamente dichos, consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con independencia del resultado material que produzcan, es decir, se sancionan por la omisión misma; tal es el caso previsto en el artículo 400, fracción IV, de nuestro Código Penal, que impone a todos la obligación positiva de auxiliar a las autoridades para la averiguación de los delitos y para la persecución de los delincuentes.

Los delitos de *comisión por omisión* o impropios delitos de omisión, son aquellos en los que el agente decide no actuar y por esa inacción se produce el resultado material. Para Cuello Calón, consisten los falsos delitos de omisión en la aparición de un resultado delictivo de carácter positivo, por inactividad, formula que se concretiza en la producción de un cambio en el mundo exterior mediante la omisión de algo que en el derecho ordenaba hacer. Como ejemplo del delito de comisión por omisión, se cita el de la madre que, con el deliberado propósito de dar muerte a su hijo recién nacido, no lo amamanta, produciéndose el resultado letal. La madre no ejecuta acto alguno, antes bien, deja de realzar lo debido.

En los delitos de simple omisión, hay una violación jurídica y un resultado puramente formal, mientras en los de comisión por omisión, además de la violación jurídica se produce un resultado material. En los primeros se viola un a ley dispositiva en los de comisión por omisión se infringen una dispositiva una prohibitiva.

3.- POR EL RESULTADO.- Según el resultado que producen , los delitos se clasifican en formales y materiales. A los primeros también se les denomina delitos de simple actividad o de acción; a los segundos se les llama delitos de resultado o de resultado material.

En los delitos formales son aquellos en los que se agota el tipo penal en el movimiento corporal o en la comisión del agente, no siendo necesario para su integración que se produzca alguna alteración en su estructura o funcionamiento del objeto material. Son delitos de mera conducta se sanciona la acción u omisión en sí misma. Los autores ejemplifican el delito formal con el falso testimonio, la portación de arma prohibida y la posesión ilícita de enervantes.

Los delitos materiales son aquellos en los cuales para su integración se requiere la destrucción o alteración de la estructura o del funcionamiento del objeto material (homicidio, daño en propiedad ajena).

4.- POR LA LESION QUE CAUSAN. Con relación al efecto resentido por al victima, ósea en relación con el bien jurídico, los delitos se dividen en delitos de *daño* y *peligro*. Los primeros consumados causan un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma penal violada, como el homicidio, el fraude, etc, los segundos no causan daño directo a tales intereses, pero los ponen en peligro, como el abandono de personas por la omisión de auxilio. El peligro es la situación que se colocan los bienes jurídicos, de la cual deriva la posibilidad de causación de un daño.

5.- POR SU DURACION.- Los delitos se dividen en *instantáneos*, *instantáneos con efectos permanente*, *continuados* y *permanentes*. Nuestra legislación penal reformada (según decreto publicado el 13 de enero d 1984), en su artículo 7 solo alude a tres especies de delitos en función de su duración: *instantáneo*, *permanente o continuo* y *continuado*.

Cabe hacer mención que en Código penal para el estado de Guanajuato también se aluden a tres especies de delitos especificado en el titulo segundo, concerniente al tema del delito, capitulo primero “clasificación y forma” articulo 10 del Código Penal.

Instantáneo.- La acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento. “el carácter instantáneo, dice SOLER, no se lo dan a un delito los efectos que él causa sino la naturaleza de la acción a la que la ley acuerda el carácter de consumatoria”. El delito instantáneo puede realizarse mediante una acción compuesta por varios actos o movimientos. Para la calificación se atiende a la unidad de acción, sin con ella se consuma el delito no importando que a su vez, esa acción se descomponga en actividades múltiples; el momento consumativo en la ley de la nota del delito instantáneo. Existe una acción y una lesión jurídica. El evento consumativo típico se produce en un solo instante, como el homicidio y el robo.

Actualmente la fracción I del artículo 7 lo define así “instantáneo cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos constitutivos.” (Código penal federal).

Y por lo que respecta al código de nuestra entidad, lo define en su artículo 10 al establecer “es instantáneo cuando la conducta se agota en el momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción legal”.

Continuado.- En este delito se dan varias acciones y una sola lesión jurídica. Es continuado con la conciencia y discontinuo en la ejecución. Con razón para Carrara la continuidad en este delito debe buscarse en la discontinuidad de la acción. Se dice que el delito es continuado consiste: 1.- Unidad de resolución; 2.- Pluralidad de acciones (discontinuidad en la ejecución); 3.- Unidad de lesión jurídica; 4.- Unidad de sujeto pasivo.

Según ALIMENA en el delito continuado “las varias y diversas consumaciones no son mas que varias y diversas partes de una consumación sola, mientras para SOLER este delito se comete cuando una sola resolución delictiva se ejecuta por medio de varias acciones, cada una de las cuales importa una forma análoga de violar la ley. El código penal federal no hacia referencia al delito continuado; con las reformas de 1984 lo definió en la fracción III del artículo 7, “continuado cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal” con la reforma del 13 de mayo de 1996 la fracción se adiciono con la exigencia de que se trate del mismo sujeto pasivo.

En El Código penal para el Estado de Guanajuato en el artículo 10 párrafo tercero establece “es continuado cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viole el mismo precepto legal. Trantadose de agresiones a la vida, a la salud, al honor, a la libertad y a la honestidad se requerirá identidad del sujeto pasivo.

Permanente.- Sebastián soler lo define en los términos siguientes: “puede hablarse de delito permanente solo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se la pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria de derecho en cada una de sus momentos”. Para ALIMENA existe el delito permanente cuando todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación. Permanece no el mero afecto del delito, sino el estado mismo de la consumación, a diferencia de lo que ocurre en los instantáneos de efectos permanentes. En el delito permanente puede concebirse la acción como prolongada en el tiempo; hay continuidad en la conciencia y en la ejecución; persistencia del propósito, no del mero efecto delito, sino del estado mismo de la ejecución; tal es

el caso de los delitos privativos de libertad como el plagio, el robo de infante, etc.

Actualmente la ley después de identificar al permanente con el continuo, menciona que existe cuando la consumación se prolonga en el tiempo (artículo 7, fracción II Código penal Federal, artículo 10 párrafo segundo; Código penal para el Estado de Guanajuato).

ALIMENA, con fines exclusivamente didácticos, expresa que el delito instantáneo, es instantáneo en la conciencia, e instantáneo en la ejecución; el continuado es continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución y, el permanente, es continuado en la conciencia y continuado en la ejecución. El mismo tratadista expresa que el delito instantáneo puede representarse gráficamente por un punto (.); el continuado con una sucesión de puntos (...); y el permanente con una raya horizontal (—). Para SOLER el elemento acción puede presentar tres aspectos diversos con relación al tiempo: a) Desarrollarse y perfeccionarse relativamente en un momento corto, y entonces se esta en presencia de un delito instantáneo, como en el homicidio, b)desenvolverse sin solución de continuidad en una forma idénticamente antijurídica, dándose con ello el delito permanente, y finalmente c)consistir en una serie discontinua de acciones parciales que mutuamente se integran, formando entre todas una sola agresión de conjunto al derecho, y eso sucede en el continuado.

PORTE PETIT enumera como elementos del delito permanente: a) una conducta o hecho, b) una consumación más o menos duradera. A su vez el segundo elemento comprende tres momentos a saber: a) un momento inicial identificado con al comprensión del bien jurídico protegido por la ley; b) un momento intermedio que va desde la comprensión del bien jurídico hasta antes de la cesación del estado antijurídico; c) un momento final coincidente con la cesación del estado comprensivo del bien jurídico.

Algunos autores encuentran el delito permanente en dos fases; la primera de naturaleza activa, consiste en la realización del hecho previsto por la ley; la segunda, de naturaleza omisiva, es el no hacer del agente, con lo que impide la cesación de la comprensión del bien jurídico. Contra este criterio se pronuncia ANTOLISEI al negar la existencia de tales fases. Para el de estos dos momentos solo uno de ellos es trascendente, o sea precisamente aquel que va de acuerdo con la conducta por el tipo descrita. Es de importante interés subrayar que el delito permanente requiere, esencialmente, la facultad, por parte del agente activo, de remover o hacer cesar el estado antijurídico creado con su conducta.

6.- POR EL ELEMENTO INTERNO O CULPABILIDAD.- Teniendo como base la culpabilidad, los delitos se clasifican en *dolosos* y *culposos*. Algunos autores agregan los llamados preterintencionales.

De conformidad al Código penal del distrito, las acciones y omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente (art.8), y en la legislación penal del Estado de Guanajuato artículo 8 establece que “el delito puede ser cometido por acción o por omisión”.

Se dice que el delito es doloso cuando se dirige la voluntad consiente a la realización del hecho típico y antijurídico, en la culpa no se quiere el resultado penalmente tipificado, mas surge por el obrar sin las cautelas y precauciones exigidas por el estado para asegurar la vida en común, en la concepción finalista, el contenido del elemento culpabilidad es diverso al dolo y a la culpa; estos son formas de culpabilidad en el sistema tradicional y en el finalismo con parte de la acción u omisión típicas, consideradas como elementos subjetivos del tipo.

7.- DELITOS SIMPLES Y COMPLEJOS.- En función de su estructura o composición, los delitos se clasifican en *simples* y *complejos*, “llámese simples aquellos en los cuales la lesión jurídica es única, en ellos la acción determina una lesión jurídica inescindible; delitos *complejos* son aquellos en los cuales la figura jurídica consta de la unificación de dos infracciones, cuya fusión da nacimiento a una figura delictiva nueva, superior en gravedad a las que la componen, tomadas aisladamente.

8.- DELITOS UNISUBSISTENTES Y PLURISUBSISTENTES.- Por el numero de actos integrantes de la acción típica, los delitos se denominan *unisubsistentes* y *plurisubsistentes*; los primeros se forman por un solo acto, mientras los segundos constan de varios actos, expresa SOLER que el delito plurisubsistente, a diferencia del complejo, cada uno de los actos integrantes de una sola figura no constituye, a su vez, un delito autónomo. El delito plurisubsistente es el resultado de la unificación de varios actos, naturalmente separados, bajo una sola figura, el complejo, en cambio es el producto de la fusión de dos hechos en si mismos delictuosos. El delito plurisubsistente es fusión de actos, el complejo, fusión de figuras.

9.- DELITOS UNISUBJETIVOS Y PLURISUBJETIVOS.- Esta clasificación atiende a la unidad o pluralidad de sujetos que intervienen para ejecutar el hecho descrito en el tipo.

10.- POR LA FORMA DE SU PERSECUCIÓN.- Como una reminiscencia del periodo de la venganza privada, existe en las legislaciones un grupo de delitos que solo pueden perseguirse si así lo manifiesta el ofendido o sus legítimos representantes. Estos delitos son llamados privados o de querrela necesaria, cuya persecución únicamente es posible si se llena el requisito previo de la querrela de la parte ofendida; mas una vez formulada la querrela, la autoridad esta obligada a perseguir. MANUEL RIVERA SILVA entre otros, opina que no deben existir delitos perseguibles según el criterio de los ofendidos: el

derecho penal tan solo debe tomar en cuenta intereses sociales y, por lo mismo, no abrazar situaciones que importen intereses de carácter exclusivamente particular. Si el acto quebranta la armonía social, debe perseguirse independientemente de que lo quiera o no la parte ofendida y si por cualquier razón vulnera únicamente intereses particulares, ese acto debe desaparecer del catalogo de los delitos para ir a hospedarse a otra rama del derecho.

Los delitos perseguibles previa denuncia (conocidos como perseguibles de oficio), que puede ser formulada por cualquier persona, son todos aquellos en los que la autoridad esta obligada a actuar, por mandato legal, persiguiendo y castigando a los responsables, con independencia de la voluntad de los ofendidos. Consecuentemente, en los delitos perseguibles por denuncia no surte efecto alguno el perdón del ofendido, a la inversa de lo que ocurre con los de querrela necesaria.

11.- DELITOS COMUNES, FEDERALES, OFICIALES MILITARES Y POLITICOS. Esta clasificación es en función de la materia. Los delitos comunes constituyen la regla general; son aquellos que se formulan en leyes dictadas por las legislaturas locales; en cambio, los federales se establecen en leyes expeditas por el congreso de la unión, los delitos oficiales son los que comete un empleado o funcionario publico en el ejercicio de sus funciones.

Los delitos *de orden militar* afectan la disciplina del ejército. La constitución general de la republica, en el artículo 13 prohíbe a los tribunales militares extender su jurisdicción sobre personas ajenas al instituto armado.

Los delitos *políticos* generalmente se incluyen todos los hechos que lesionan la organización del Estado en si misma o en sus órganos o representantes.

12.- CLASIFICACION LEGAL.- El Código penal de 1931, en el Libro Segundo, reparte los delitos en veinticuatro títulos a saber: Delitos contra la seguridad de la Nación; Delitos contra el Derecho Internacional; Delitos contra la humanidad; Delitos contra la seguridad pública; Delitos contra la autoridad; Delitos contra la salud; Delitos contra la moral Pública y las buenas costumbres; Revelación de secretos y acceso ilícito a sistemas u equipos de informática; Delitos cometidos por servidores públicos; Delitos cometidos contra la administración de justicia, Responsabilidad profesional falsedad, Delitos contra la economía publica, delitos sexuales, ahora llamados delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, delitos contra el estado civil y la bigamia, delitos en materia de inhumaciones y exhumaciones, delitos contra la paz y la seguridad de las personas, delitos contra la vida y la integridad corporal; delitos contra el honor; privación de la libertad y

de otras garantías, delitos en contra de las personas en su patrimonio; encubrimiento y operaciones con recursos de procedencia ilícita, delitos electorales y en materia de registro nacional de ciudadanos, delitos contra el ambiente y la gestión ambiental; y, delitos en materia de derechos de autor.

CAPITULO V

EL DELITO DE DESOBEDIENCIA

5.1.- DEFINICION DEL DELITO DE DESOBEDIENCIA

Analizado que fue el concepto de delito, sus elementos y clasificación, resulta menester hablar ahora de lo que dio materia a la presente investigación jurídica y estudio minucioso de lo que es en si el ilícito de DESOBEDIENCIA tipificado por nuestra legislación penal en el artículo 255 para lo cual me permitiré hacer un desglose del delito en comento para posteriormente y dentro del presente capítulo referirme en todas y cada una de sus partes como lo son elementos del ilícito, características del delito y su clasificación, ello atendiendo al análisis elaborado en capítulos anteriores, de tal manera que habré entonces de hablar de los supuestos legales en los que es operante este delito y en los que existen restricciones legales, impedimentos en los que el agente activo no se encuentra obligado a cumplir con los mandatos de autoridad, acogido de derechos que la misma legislación le reconoce para tal efecto, como lo es cuando el testigo es citado a comparecer ante la autoridad para verter su declaración pero tal conlleva a inculpar a su familiar, cónyuge, concubino etc, otro supuesto será entonces también cuando a quien se le requiere sea el mismo indiciado, pues este goza de derechos que la constitución le reconoce en tal carácter de inculpado, en donde podrá hacer valer ese derecho de declarar o no declarar ante una autoridad y con los requisitos que la ley exige para ello.

Por otra parte en el presente capítulo me referiré a quienes la ley les obliga a dar cumplimiento a ese mandato de autoridad emanado de una resolución dictada por autoridad competente para ello, y en el caso en particular en materia penal que es lo que incumbe para el desarrollo de la presente tesis, así como también habré de mencionar entonces en que supuestos constitucionales será operante la aplicación de los medios de apremio que la autoridad impone para hacer valer su mandato emanado de su propia autoridad e, en donde su incumplimiento conlleva a un desacato de ese mandamiento y por consiguiente la sanción penal derivada de ese desacato.

Artículo 255 del código penal vigente en el estado de Guanajuato que define al delito de desobediencia de la siguiente manera: *“a quien agotadas las medidas legales de apremio, se rehusare a cumplir un mandato de autoridad, se le aplicara de tres meses a dos años de prisión y de diez a cincuenta días multa”* *80

Mientras el Código Penal Federal establece en el artículo 178 *“al que sin causa legítima, rehusare a prestar un servicio de interés público a que la ley le obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de autoridad, se le aplicaran de quince a doscientas jornadas de trabajo a favor de la comunidad”* *81

5.1.1- ELEMENTOS DEL DELITO DE DESOBEDIENCIA.

Se contempla esta figura como de omisión pura o simple que puede contener como elementos comunes **a) un presupuesto de la conducta, que es el agotamiento de los medios de apremio; b) la conducta en sí; y c) la exigencia de que la conducta sea indebida.**

Cabe hacer mención que el agotamiento de los medios de apremio obviamente solo es un presupuesto en aquellos casos, en que la ley regula la actividad de la autoridad ordenadora establezca tales medios, por lo tanto el CUMPLIR UN MANDATO abarca los demás mandatos específicos como pudieran ser *prestar un servicio de interés público, comparecer ante la autoridad, rendir declaración etc.*, así entonces por tanto todos ellos suponen la legitimidad de la orden y la consecuente obligación legal de cumplirla, ya sea que esta obligación se contenga expresa o implícitamente en alguna forma jurídica, siendo indispensable este requisito habida cuenta que los deberes impuestos a los gobernados solo pueden derivar de una norma.

El delito de DESOBEDIENCIA contiene los siguientes *elementos objetivos*:

- a) *sujeto activo*.- Se requiere que sea calificado: será entonces la persona requerida por medio de apremio de la autoridad.
- b) *Sujeto pasivo*.- La autoridad que emite el mandato a cumplir.
- c) *Conducta*.- Desobedecer el mandato legítimo de autoridad, la indebido de la conducta es una exigencia que sale sobrando, toda vez que si no se da esta característica quiere decir que concurre alguna causa de justificación y basta aplicar las normas generales relativas a las justificantes para concluir que no existe delito.
- d) *Finalidad*.- Desobedecer el mandato legítimo de la autoridad.

5.1.2.- CARACTERISTICAS ESCENCIALES DEL DELITO.

- a) No admite tentativa.
- b) Bien Jurídico Tutelado: Administración Pública.
- c) Forma de Persecución: De oficio.
- d) Forma de Culpabilidad: Dolosa.
- e) En cuanto a los sujetos que intervienen: Unisubjetivo.

*80 Guiza Alday Francisco Javier, Código Penal para el Estado de Guanajuato, sexta edición., editorial yusim México 2002 Pág. 148.

*81 Código Penal Federal, tercera edición, editorial Delma Derechos Reservados México 2000 Pág. 45.

5.2.- UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL DELITO DE DESOBEDIENCIA

5.2.1.- SU UBICACIÓN SISTEMÁTICA.- El Sistema seguido por los códigos penales, por cuanto al orden de ubicación de los delitos que constituyen desobediencia y atentados contra la autoridad es variado; algunos, como el español, los colocan dentro del Título de Delitos contra la Seguridad Interior del Estado; otros como el colombiano, los incluyen en el rubro de Delitos contra la Administración Pública. Véase como se quiera el problema, en manera alguna es desacierto del Código Penal en que los agrupa, porque con ello se establece, desde un punto de vista sistemático, un asidero entre las figuras que comprende, por cuanto todas ellas prevén conductas que en una u otra forma constituyen desobediencia, resistencia o atentados contra la autoridad, ya mediante una mera actitud pasiva frente a obligaciones impuestas por la ley, o derivadas de mandatos impuestos por representantes de aquella, o bien a través de actos violentos que llevan la finalidad de impedirle a la autoridad el desempeño de sus funciones, o de oponerse a sus determinaciones alterando el orden público.

El Examen de las figuras contenidas en los diversos capítulos de este Título, revela que su función obedece al propósito de proteger a la autoridad y a sus funcionarios públicos o agente de aquella, en el desempeño de sus actividades y funciones, las cuales son merecedoras de protección penal.

*82En efecto, en el orden natural de las cosas es concebible que el ejercicio legítimo de las funciones públicas realizadas por la autoridad en general, o por los funcionarios públicos o agentes de la autoridad, lesionan o pueden lesionar intereses particulares, por lo que debe protegerse en sus personas o en su investidura a quienes tienen encomendada una determinada función del Estado, o realicen o complementen mandatos emanados de autoridades competentes.

JIMENEZ HUERTA se ocupa del estudio de estos delitos en el rubro genérico de la tutela penal de la administración pública, dentro del cual distingue: a) Delitos cometidos por los particulares y b) Delitos cometidos por funcionarios, ubicando entre los cometidos por los particulares, los de desobediencia y resistencia; oposición a que se ejecute alguna obra o trabajo público; quebrantamiento de sellos; contra los órganos de la administración pública y ultraje a las insignias nacionales. Nos hace ver que los códigos penales “protegen la administración pública no en su abstracción o generalidad sino en aquellas de sus concretas manifestaciones que por su trascendencia en la vida de relación se estiman necesitadas de tutela penal”, y haciendo un poco de historia destaca que en los códigos penales de 1871 y 1929 de los delitos contra la administración pública, en el aspecto destacada, no se encontraban agrupados en forma sistemática sino

esparcidos en su articulado “sin ningún principio rector”, y aunque el Código Penal de 1931 se ocupa en sus Títulos Sexto y Décimo de los delitos contra la autoridad y de los Delitos cometidos por los funcionarios públicos (ahora “delitos cometidos por servidores públicos”), tal ordenación le parece “in sistemática”, elogiando en cambio el sistema seguido por el Anteproyecto de Código Penal de 1958 que agrupa, en los Títulos Sexto y Séptimo, los “Delitos contra la administración pública cometidos por particulares” y los “delitos contra la administración Pública cometidos por funcionarios y empleados”, lo que le parece “más sistemático”, aunque censura que los “delitos contra la administración de justicia”, sean objeto de un Título autónomo, o extramuros de los anteriores, no obstante que los mismos son también delitos contra la administración Pública.

En la actualidad los delitos cometidos en contra de la administración pública se encuentran comprendidos en el título segundo del código penal vigente en la entidad, capítulo noveno, y específicamente en el artículo 255 del código penal para el estado de Gto., se encuentra catalogado el delito de DESOBEDIENCIA y el cual es materia de la presente tesis respecto del análisis y estudio que del ilícito se realiza.

5.2.2.- DESOBEDIENCIA Y RESISTENCIA DE PARTICULARES.

*83El artículo 178 del Código Penal Federal, que se conserva idéntico en su redacción en el Código Penal del Distrito Federal, recoge la desobediencia y la resistencia de particulares, en los siguientes términos: **“Al que, sin causa legítima, rehusare presentar un servicio de interés público o que la ley le obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad, se le aplicarán de quince a doscientas jornadas de trabajo a favor de la comunidad.”**

La disposición comprende dos formas de desobediencia, que se traducen en resistencia a obedecer los mandatos de la ley o de la autoridad:

a) Rehusarse a presentar un servicio Público; b) Desobedecer un mandato legítimo de la autoridad.

En ambas hipótesis aparece, como lo afirma JIMÈNEZ DE ASÙA, en dramático conflicto de índole jurídica entre el Estado, que pretende ser obedecido, y el particular que pretende ser respetado.

El concepto de atribuciones del Estado y de su extensión, precisa el conocimiento tanto de las necesidades individuales y sociales, a cuya satisfacción está encaminada la actividad estatal, como de los intereses de la misma índole (privada o social), para poder conservar cierto equilibrio entre la acción del Estado y los derechos del individuo, a fin de evitar conflictos por invasión, de uno en la esfera del otro. El problema de cuáles son las atribuciones del Estado está íntimamente vinculado, como lo ha puesto de relieve

Gabino FRAGA, con el de las relaciones que en un momento dado guarden el Estado y los particulares; “La ampliación de la esfera de actividad de uno tiene que traducirse forzosamente en la merma de la esfera de acción de los otros.”

Aquí es conveniente recordar que para KELSEN, la noción de deber jurídico se encuentra íntimamente relacionada con el concepto de acto antijurídico, siendo aquél la contrapartida del concepto de norma jurídica. Dicho deber jurídico, como se encuentra definido en la jurisprudencia y lo define AUSTIN, sigue diciendo KELSEN, se define al individuo sobre el que recae la sanción por cometer el acto violatorio. “Tal individuo ---escribe textualmente el autor invocado arriba---está jurídicamente obligado a abstenerse de la comisión de dicho acto; si se trata de la omisión de cierta conducta esta obligado a ejecutar tal conducta”, de manera que un individuo “está jurídicamente obligado a la conducta opuesta a aquella que constituye la condición de la sanción dirigida contra él (...)”. “‘Viola’ su deber (u obligación) o, lo que equivale a lo mismo, comete un acto antijurídico, si se comporta de tal manera que su conducta sea condición de una sanción, cumple su deber (u obligación), lo que es lo mismo, deja de cometer un acto antijurídico, si su conducta es contraria a la que constituye la condición de la sanción. Así puesto, estar jurídicamente obligado a cierto comportamiento significa que la conducta contraria es antijurídica y que, como tal, representa la condición de una sanción establecida por la norma, o sea, estar jurídicamente obligado significa ser el sujeto potencial de un acto antijurídico, ser infractor en potencia”.

La primera de las formas aludidas de desobediencia precisa de una conducta que se traduce en rebeldía manifiesta para prestar un servicio de interés público, ello sin causa legítima. La obligación de prestar el servicio debe emanar de la ley, cualquiera que sea el rango de ésta. CARRANCÀ Y TRUJILLO destaca, como obligatorios, los servicios a que se contrae el artículo 5, de la Constitución General de la República en los términos que establezcan las leyes respectivas.

No basta, de acuerdo a lo antes dicho, que el sujeto omita simplemente prestar el servicio público a que la ley lo obligue, ya que la conducta descrita en la norma penal exige que el agente rebase la prestación del servicio, esto es, manifieste el firme propósito de incumplir el deber. Lo que en realidad se sanciona resulta ser, más que la mera omisión, el rehusarse a prestar el servicio, lo cual constituye el incumplimiento, con desacato a las obligaciones derivadas de la propia Ley. Para CARRANCÀ y TRUJILLO tratase de un delito de omisión simple”.

*82 Pavón Vasconcelos Francisco y Vargas López Gilberto, Derecho Penal Mexicano, quinta edición Parte Especial I, editorial Porrúa México 2000 Pág. 271.

*83 Pavón Vasconcelos Francisco y Vargas López Gilberto, Op. cit. supra 82 Pág. 273

5.3.- CAUSAS DE EXCLUSIÓN EN EL DELITO DE DESOBEDIENCIA.-

El tipo penal condiciona la sanción de la conducta a la inexistencia de una causa legítima para incumplir el deber. Existe causa legítima cuando la propia ley excepciona en forma expresa el cumplimiento de tales deberes, o cuando se opone a su cumplimiento un impedimento insuperable. La interpretación de la norma legal no debe circunscribirse a la causa legítima que emana de la ley, pues los impedimentos pueden originarse en ésta o en circunstancias de hecho, ajenas a la voluntad de quien incumple el mandato legal. El artículo 15, fracción VI del Código Penal Federal, en similares pero no idénticos términos que el Código Penal de aplicación en el Distrito Federal, consagra como causa de exclusión del delito, cuando **“la acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que esto último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro”**. Comentando el marco estrecho de las causas de exclusión del delito en el artículo 15 del Código Penal, antes de su última reforma, publicada el 10 de enero de 1994 en el *Diario Oficial*, afirmábamos que ante la ausencia de referencia legal al impedimento insuperable en la entonces fracción VIII del artículo 15, la interpretación lógica del precepto nos llevaba a considerar implícitamente contenidas en su fórmula a toda clase de impedimentos, esto es, tanto los expresamente consignados en la ley, como los originados en la fuerza de acontecimientos humanos o materiales ajenos a la voluntad del agente y que les impide el cumplimiento de los mandamientos legales. La realidad es que cuando se dan impedimentos insuperables, la solución para absolver de la obligación de cumplir el servicio de interés público requerido por la Ley o acatar el mandamiento legítimo de la autoridad habría que ubicarlo en la *inexigibilidad* de otra conducta, ahora regulada en la ley en la fracción IX del artículo 15, introducida en las reformas al entonces Código Penal del Distrito Federal aplicable en Materia Federal en toda la República, publicada en el *Diario Oficial* de la Federación de 10 de Enero de 1994, pues conforme a ella *se excluye el delito cuando atentas las circunstancias de concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho*.^{*} Otros Códigos, como el de Michoacán de 1962, posteriormente reformado, conservó expresamente dicha clase de impedimento ya que su artículo 12 declaró como causa excluyente de responsabilidad cuando se obrare: “VII. Contraviendo lo dispuesto en una ley penal, por un impedimento legitimo o insuperable. “La expresión “rehusarse”, empleada por el tipo penal, revela el carácter doloso de este delito, pues la desobediencia, que se traduce en el incumplimiento de los mandatos de la ley, exige no solo el conocimiento del deber, sino de la voluntad de no acatarlo.

La segunda de las formas de desacato apuntadas, consiste en desobedecer un mandato legítimo de la autoridad. La desobediencia, que implica la omisión por parte del obligado al cumplimiento del mandato

legítimo de la autoridad, es la denominada doctrinalmente como pasiva, la cual consiste exclusivamente en desobedecer el mandato sin usar de medios violentos o de amenazas, cuyo empleo configuran otro tipo penal. Recordemos que LEON DIGUIT, en su *Manuel de Derecho Constitucional*, señala tres especies de resistencia; a) *La pasiva*; b) *La defensiva*; y c) *La agresiva*. La doctrina penal moderna habla de *desobediencia activa o pasiva, según la actitud asumida por el agente al consumir el delito*.

La conducta tipificada requiere, para su ilicitud, que el mandato sea legítimo, en cuanto debe emanar de una autoridad pública constituida, que obre dentro del marco de la ley o de sus funciones. La norma penal no protege la mera investidura de la autoridad, puesto que propugna el cumplimiento de sus mandatos legítimos que son la forma de realizar sus funciones. Si el agente de la autoridad, por ejemplo, pretende detener a una persona fuera de los casos autorizados por la ley, esto es, sin la orden de aprehensión, excluidas las hipótesis de flagrancia o cuasi flagrancia, o sin que se haya cometido falta sancionable con arresto administrativo, la desobediencia no se consumiría porque el mandato sería ilegítimo; la actitud pasiva y aun la agresiva para oponerse a su ejecución, quedarían amparados en la causa de justificación del ejercicio de un derecho. En principio, sin embargo, existe la presunción de que la autoridad obra legítimamente, presunción que admite prueba en contrario. No nos referimos aquí a los casos en que la actuación de los agentes de la autoridad, deben estar respaldados en orden escrita de la autoridad competente, como lo sería la práctica de una diligencia de embargo o aseguramiento de bienes, la retención de sueldos, etcétera.

Sujeto activo del delito lo es cual quiera persona sin distinción de sexo, siendo sujeto imputable. Sujeto pasivo lo es sólo la persona investida de autoridad, sea funcionario o empleado público, debiendo entenderse como tal quien fuere ese carácter de virtud de nombramiento expedido legítimamente o, a “todo aquel que ejerza funciones publicas en virtud de un poder, mandato o magisterio, cuyo prístino origen está en la constitución de la que emanan las leyes y los reglamentos”.

La culpabilidad en este delito sólo puede presentarse en forma dolosa, excluyéndose la culpa. El sujeto activo debe conocer por tanto el mandato o su legitimidad, teniendo conciencia de que su desobediencia es contraria al deber prescrito, existiendo la voluntad de incumplimiento.

El artículo 179 del mismo Código Federal declarar. Al que sin excusa legal se negare a comparecer ante la autoridad a dar su declaración cuando legalmente se le exija, no será considerado como reo del delito previsto en el artículo anterior, sino cuando insista en su desobediencia después de haber sido apremiado por la autoridad judicial o apercibido por la administración, en su caso, para que comparezca a declarar. La parte

final, en el artículo 179 del Código del Distrito Federal dice lo siguiente: “(...) *sino cuando insista en su desobediencia después de haber sido apremiado o apercibido por la autoridad judicial o administrativa en su caso, para que comparezca a declarar*”.

Los códigos procesales de la materia imponen, a todo testigo, la obligación de declarar y rendir la protesta y conducirse con verdad, siendo principio reconocido el que los tribunales examinarán a los testigos, salvo las excepciones señaladas por las propias leyes, las que ordinariamente comprenden, entre otros a los parientes más cercanos y a las personas ligadas con el inculpado por amor, respeto o amistad, quienes si bien en principio pueden negarse a declarar en contra de él, podrán rendir declaración si manifiestan que ese es su deseo.

Es necesario hacer mención en este apartado que en el código Procesal Penal de esta entidad en su artículo 230 establece que ***“toda persona que sea citada como testigo esta obligada a declarar.”***

Dispositivo que les es exigible consecuentemente a *peritos*, cuando haya la necesidad de comparecer y ratificar cualquier dictamen una vez que se haya hecho la aceptación y el cargo, con el compromiso de elaborar el dictamen pericial solicitado.

Por otra parte el artículo en comento no exceptiona a que persona se excluye de esta obligación, máxime si fue presencial del hecho que se investiga siendo el caso que sea citado ante el ministerio público, o bien en careos o comparecencias dentro de un juicio en cualquiera de su competencia, en donde le es obligación a quien sea llamado a declarar el asistir a tal diligencia, en donde en caso de negativa, la autoridad ordenadora para hacer valer su mandato empleara los medios de apremio que le exija la ley, para entonces y solo si aun así desacata el mandato, se le pueda someter a investigación y en su caso sancionar por el delito de DESOBEDIENCIA.

En este orden de ideas establece el artículo 231 del Código Procesal penal Vigente en el Estado que *“No se obligara a declarar al tutor, curador, pupilo o cónyuge del inculpado ni a sus parientes por consanguinidad o afinidad en la línea recta ascendente o descendente, sin limitación de grados, y en la colateral hasta el cuarto inclusive, ni a los que estén ligados con el inculpado por amor, respeto, cariño o estrecha amistad, pero si estas personas tuvieran voluntad de declarar, se hará constar esta circunstancia y se recibirá su declaración.*

Mas sin embargo el código Penal Vigente en Estado en su artículo 33 fracción IX establece como causa de justificación la misma que establece el código Penal Federal en su artículo 15 que a la letra dice “Atentas

las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse determinado a actuar conforme a derecho.”

Fuera de las personas a quienes alcanzan la excusa absolutoria, se aplicarán las penas señaladas en el artículo 178, al que se negare a comparecer ante la autoridad a dar su declaración siempre que hubiere insistido en su desobediencia “después de haber sido apremiado por la autoridad judicial o apercibido por la administrativa, en su caso, para que comparezca a declarar”. Consecuentemente, sólo podrá existir desobediencia en estos casos, cuando haya existido apremio o apercibimiento de parte de la autoridad judicial o administrativa. Aunque la ley penal no exige los medios de apremio, debe entenderse que cuando la ley ordinaria aplicable señala varias medidas de apremio, no basta que el acusado haya sido apremiado por cualquiera de las autoridades citadas, para que su desobediencia caiga bajo las sanciones prescritas en el mencionado artículo 178, sino que se requiere el agotamiento de los apremios procedentes.

Cabe declarar, sin embargo, que no sólo las personas expresamente excepcionadas por la ley procesal penal quedan relevadas de responsabilidad, pues se amparan igualmente bajo la justificante del cumplimiento del deber, todos aquellos que por razones profesionales o técnicas estén obligados a guardar secreto respecto de los hechos que conocen en el ejercicio profesional, etcétera.

5.3.1- ATENTADOS CONTRA LA AUTORIDAD.

Es necesario hacer referencia al siguiente precepto legal en virtud de estar íntimamente relacionado y es de mucha utilidad referirme a él para el estudio del delito que se somete al presente análisis jurídico

*84El artículo 180, tanto del Código Penal Federal, como del Distrito Federal, ya que su texto es idéntico, expresa que “*Se aplicarán de uno a dos años de prisión y multa de diez a mil pesos; al que empleando la fuerza, el amago o la amenaza, se oponga a que la autoridad pública o sus agentes, ejerzan alguna de sus funciones o resista el cumplimiento de un mandato legítimo ejecutado en forma legal*”.

Este precepto recoge un verdadero atentado contra la autoridad pública o sus agentes, al exigir como medio para oponerse a ellos, o para resistir *el cumplimiento del mandato*, el empleo de la fuerza, el amago o la amenaza, que son las formas violentas en que puede manifestarse la desobediencia. Cuanto se habla de fuerza se alude a la *violencia física*; el sujeto activo del delito, en vías de hecho, *impide o pretende impedir* física y materialmente a los agentes de la autoridad ejercer algunas de sus funciones, *o resiste el cumplimiento del mandato legítimo que se ejecuta en*

forma legal, ya golpeándolos o neutralizándolos mediante el empleo de medios físicos de naturaleza idónea, o sea empleando la fuerza material. En el artículo se utilizan igualmente las palabras “*amago*” y “*amenazas*”, separándolas con la conjunción “o”, como si se trata de conceptos distintos, cuando en realidad ambas integran la llamada violencia o fuerza moral. En consecuencia, se está frente a un tipo cualificado en su sanción, a virtud del medio empleado para oponerse o resistir a la autoridad o a sus agentes. El atentado contra la autoridad pública puede originar un concurso de delitos, como cuando la fuerza física empleada contra el funcionario o el agente de la autoridad ocasiona lesiones u otros daños. El amago o la amenaza no debe consistir en un solo gesto o en meras palabras, sino constituir una verdadera violencia moral por su poder intimidatorio, tendiente a oponerse o a resistir a la autoridad.

La conducta se expresa en este tipo penal en: *a) Oponerse mediante la violencia física o moral a que la autoridad o sus agentes ejerzan alguna de sus funciones; y b) Resistir mediante la violencia física o moral, el cumplimiento de un mandato legítimo ejecutado en forma legal.* Destacado el medio comisito, es importante subrayar que el delito es perfecto, por consumado, cuando empleada la violencia física o moral, con la finalidad señalada, la autoridad o el agente de ella ejerza la función a que se ha opuesto el autor o cumplimente el mandato legítimo que se ha pretendido resistir. Se trata, por tanto, de un delito formal, pues el tipo no exige que el autor logre su propósito. La Ley penal tutela o garantiza la cabal satisfacción de las funciones encomendadas a los agentes de la autoridad, a sus funcionarios o empleados, y el debido cumplimiento de sus mandatos, de manera que el bien jurídico se lesionad por el solo hecho de oponerse o resistirse voluntariamente a la autoridad publican con independencia de que el propósito se realice.

Es obvio que la función que se trata de ejercer o el mandato a cumplimentar deben ser legítimos, y además los medios empleados para ejecutar aquella o éste, deben legalmente ser los adecuados, dado que el tipo penal exige que el mandato sea ejecutado en forma legal. Si la función que se trata de ejercer no es legítima, se justifica legalmente la oposición a ella, estándose en tal caso en el ejercicio de un derecho y de existir una verdadera agresión ilícita, tal vez estaríamos ante una legítima defensa, cuando la repulsa a la agresión de un derecho, se concrete en un determinado daño material o en la situación de peligro a un bien jurídico cualquiera. Al expresar que el mandato legítimo sea ejecutado en forma legal, la ley alude al cumplimiento de los requisitos que las normas especiales señalen para cumplimentarlo, pues de no satisfacerse dicha exigencia, la oposición o resistencia a la ejecución del mandato no es constitutiva de delito.

*84 Pavón Vasconcelos Francisco y Vargas López Gilberto, Op. cit. supra 82 Pág. 279.

Se trata con toda evidencia de un delito doloso que excluye la comisión culposa. El sujeto emplea la fuerza, el amago o la amenaza, precisamente para oponerse a que la autoridad pública, o sus agentes, ejerzan alguna de sus funciones, o para resistir el cumplimiento de un mandato legítimo ejecutado en forma legal. El agente quiere mediante el empleo de los medios violentos (violencia física o moral) oponerse o resistir a la autoridad, con pleno conocimiento de la significación de su conducta en orden a su tipicidad e ilicitud.

En realidad la ley asimila coacción a intimidación, aplicándose de esta manera que mediante el empleo de la violencia física o moral se pretende constreñir u obligar a la autoridad a que se ejecute un acto ilícito. Solo así es posible armonizar los alcances de los términos descriptivos usados por la norma penal.”

Ahora bien, el tipo no exige que la autoridad realice necesariamente el acto ilícito que el agente pretende, hasta el empleo de la violencia (física o moral) con el propósito de que la autoridad pública ejecute un acto oficial sin los requisitos legales, u otro que no esté en sus atribuciones. Resulta por ello suficiente demostrar, en el caso, el elemento mencionado, de naturaleza subjetiva, que se vincula con la antijuridicidad de la acción, para que el delito se perfeccione, por no ser exigencia típica que la autoridad ejecute el acto legal que violentamente se le reclama.

En orden a la conducta, el tipo legal que comentamos permite clasificar el delito como: a) De acción, por requerir de movimientos corporales integrantes de una actividad positiva, a través de los cuales se materializa la fuerza física empleada sobre el representante de la autoridad, o un tercero, para coaccionarla o bien para verter las amenazas aptas de idéntico fin; b) *Es insubsistente o plurisubsistente, según* la violencia física o mortal ejercida sobre la autoridad, con el propósito ilícito señalado, requiera de uno o varios actos integrantes de la misma acción; c) Es instantáneo, pues se consuman en el momento en que se expresa o materializa el propósito del agente, empleando los medios exigidos por el tipo, o sea la violencia física o moral.

En orden al resultado, se le puede clasificar como: a) Delito formal, porque la descripción típica no exige un resultado material en conexión causal con la conducta; ello no excluye la posibilidad de que pueda realizarse el acto ilícito, exigido a la autoridad por el agente, a virtud del poder intimidante de la violencia empleada, lo cual no cambia la estricta naturaleza formal del delito; b) Delito de peligro, por cuanto la ley sanciona la situación de esa índole creada con la acción y no un daño concreto que puede incluso originarse en el empleo de la violencia, como lesiones, daños etcétera, integrantes de delito diverso, que resultaría acumulable al de desobediencia.

La *tipicidad* de la acción en la norma precisa destacar que el sujeto activo lo puede ser cualquiera: se trata de un *tipo de sujeto común o indiferente*. El *sujeto* pasivo en cambio se encuentra calificado, dado que lo es la *autoridad público*, a través de sus agentes o representantes. El objeto jurídico se identifica con el bien materia de tutela, no otro que la libertad del Estado para determinarse en cumplimiento de sus fines, libertad que se realiza a través de los actos ejecutados por sus funcionarios o agentes.

La conducta para ser delictuosa debe ser antijurídica, lo cual significa que el agente del delito no puede legalmente ampararse en una causa de justificación. Se han estimado viables casos de justificación el ejercicio de un derecho y el estado de necesidad, hipótesis en las cuales es necesario establecer o determinar el interés preponderante que tutela la ley y que ampara la conducta típica enjuiciada.

La culpabilidad en este delito es exclusivamente dolosa”. No olvidemos que la ley sanciona la coacción hecha a la autoridad, mediante el empleo de la violencia física o moral, para obligarla a ejecutar un acto oficial sin los requisitos legales, o bien otro que no esté en sus atribuciones, conducta la anterior que supone la representación del hecho típico, con pleno conocimiento de que la violencia empleada se dirija a coaccionar a la autoridad con los fines señalados, por tanto, es claro que tales elementos en la culpabilidad, hacen patente la necesaria concurrencia tanto del dolo genérico, como de un dolo específico. Se ha planteado doctrinalmente como posible la comisión culpable por error superable, en el caso del empleo de la violencia para impedirle a la autoridad ejercer un acto ilícito derivado de sus funciones; como lo sería el ejercicio de un derecho putativo.

Se puede participar en el delito en cualquiera de los grados recogido en el artículo 13: a) Autoría intelectual; b) Autoría material; c) Complicidad; y d) Encubrimiento, incluyéndose en éste las formas de Coautoría, ya intelectual o material, o bien meramente material. Algunos piensan que puede inclusive funcionar la autoría mediata, cuando el autor se vale de un inimputable para ejercer a través de él la violencia física del delito.

Cuando la intensidad de la violencia sobrepase la ordinariamente necesaria para doblegar la resistencia natural de la autoridad, se puede originar un concurso ideal de delitos: resistencia y lesiones, por ejemplo; asimismo, cuando el acto ilegal realizado por la autoridad, a virtud de la coacción ejercitada sobre ella, es constitutiva de un delito particular, se origina para el autor un concurso ideal; PUES EN ESTOS CASOS, LA AUTORIDAD SE CONVIERTE EN MERO INSTRUMENTO DEL AUTOR.

He aquí algunas tesis, sostenidas por nuestro más alto tribunal de justicia, relacionadas con el delito que venimos examinando:

5.4.-. OTRO CASO DE DESOBEDIENCIA.

*85El artículo 182 del ordenamiento penal señala pena pecuniaria de diez a treinta días multa, a quien “*debiendo ser examinado en juicio sin que le aprovechen las excepciones establecidas por este código o por el de Procedimientos Penales, agotados sus medios de apremio, se niegue a otorgar la protesta de Ley o a declarar*” agregando el precepto que en el caso de reincidencia, se impondrá prisión de uno a seis meses, o de 30 a 89 días multa.

Aunque genéricamente ya el artículo 178 se refiere “al que sin causa legítima rehusare prestar un servicio de interés público al que la ley le obliga o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad”, en tanto el artículo 179 sanciona a quien se negare sin excusa legal a comparecer ante la autoridad a rendir su declaración cuando legalmente se le exija, el artículo 182 al que nos vamos a referir, recoge y especifica casos de desobediencia de relativa trascendencia, dado que la ley lo estructura con tipicidad propia.

Destaca de la redacción del precepto, en primer término, la existencia de un presupuesto de la conducta de carácter jurídico: el deber que le ley impone al sujeto activo de otorgar la protesta de conducirse con verdad o bien de declarar un juicio. NO están obligadas a declarar o por ello a otorgar protesta de Ley las personas exceptuadas expresamente por el Código penal o por el de Procedimientos Penales.

La conducta se expresa en la negativa del autor a otorgar la protesta de ley o a declarar, la cual puede ser expresa o tácita. Se trata evidentemente de un delito de omisión simple, perfeccionándose los elementos del tipo en el momento mismo en que, quien se encuentra legalmente obligado a ser examinado en juicio, y sin que le aprovechen las excepciones de ley, omite incumpliendo el deber de hacer o de obrar, consistente en otorgar la protesta la ley o en declarar.

A diferencia del artículo 179, no se trata aquí de una desobediencia a comparecer ante cualquier autoridad. En primer lugar la conducta es diversa, pues mientras en el tipo del artículo 179 el delito se perfecciona por la negativa a comparecer, en el artículo 182 el sujeto se niega a otorgar la protesta de ley o a declarar; en segundo término, el tipo primeramente mencionado alude a cualquier clase de autoridad, en tanto que el último se refiere exclusivamente a la autoridad judicial.

Como bien dice CARRANCÀ Y TRUJILLO, este subtipo se refiere a quienes no siendo acusados, son en general llamados a declarar ante los tribunales y resulta especialmente aplicable a los testigos.”

*85 Pavón Vasconcelos Francisco y Vargas López Gilberto, Op. cit. supra 82 Pág. 288.

Lo mismo sucede en nuestra legislación penal en tanto que en el artículo 230 del código Procesal Penal establece la obligación de declarar una vez que sea requerido para ello, obligando con ello a todo aquel que la autoridad requiera, y mas aun cuando hay sido presencial o circunstancial de un hecho delictuoso.

El sujeto activo lo es el que teniendo obligación de comparecer a juicio y sin que le aprovechen las excepciones de ley, se niegue a otorgar la protesta de ley o a declarar. Eusebio GOMEZ, estima que la persona citada como debe tener la obligación de serlo y además debe habersele citado con observancia de las formalidades legales, lo cual resulta igualmente aplicable al perito o al interprete.”

Se trata de un delito doloso, pues el sujeto agente se niega a otorgar la protesta o a declarar con el conocimiento de que tiene el deber de hacerlo y que su omisión incumple o quebranta dicho deber, realizando la omisión en forma voluntaria. En consecuencia, puede ser causa de inculpabilidad negarse a cumplir los mencionados deberes cuando la omisión se origine en la amenaza de sufrir un mal que (vis compulsiva).

La parte final del precepto declara que en caso de reincidencia se impondrá prisión de uno a seis meses o de 30 a 90 días multa. Como se aprecia, esta parte del precepto en comento contradice la regla genérica del artículo 65, que determina que la reincidencia “será tomada en cuenta para la individualización judicial de la pena, así como para el otorgamiento o no de los beneficios o de los substitutivos penales que la ley prevea. En caso de reincidencia, el juzgador sólo impondrá la pena que corresponda al delito que se juzga en los términos del artículo 52”.

El problema de la norma a aplicarse está vinculado con el del concurso aparente de normas, siendo evidente en el caso la aplicación preferente del artículo 65, que funciona como norma especial.

Por último, el artículo 183 declara que “cuando la ley autorice el empleo del apremio para hacer efectiva las determinaciones de la autoridad, sólo se consumará el delito de desobediencia cuando se hubieren agotado los medios de apremio. “Lo dispuesto en este artículo confirma el comentario hecho sobre el contenido del 179, pues en efecto el agotamiento de los medios de apremio constituye una auténtica condición objetiva de punibilidad, al supeditar la punición del delito al cumplimiento de la condición legal de agotar los medios de apremio, cuando la ley autorice su empleo.

Así entonces cabe mencionar que el delito de DESOBEDIENCIA derivado del anabiosis anterior es de considerarse como un delito de consumación PERMANENTE en los términos establecidos en el artículo 10 del código penal vigente en el Estado de Guanajuato, ello es así por que la consumación de la conducta se

prolonga en el tiempo, esto es, debe existir una conducta típica, ya que mientras exista la conducta típica existe el delito tal y como lo expuse en el capítulo cuarto del presente análisis cuando hable de FRANCISCO PAVON VASCONCELOS quien clasifica los delitos en delitos instantáneos, permanentes y continuados.

Para el caso en concreto respecto al delito que nos ocupa, lo anterior significa que mientras el agente activo omita dar cumplimiento a un mandato emitido por cualquier autoridad ordenadora *existirá la conducta típica, prolongándose la consumación del delito hasta en tanto el activo cumpla con ese mandato*, así entonces una vez que el activo de cumplimiento a lo ordenado por la autoridad, a ese mandato, *así y solo hasta entonces* una vez que el activo cumplió con el mandato deja de existir la conducta típica.

5.4.1.- TESIS DEL DELITO DE DESOBEDIENCIA.

*86“DEPOSITARIOS, DESOBEDIENCIA DE LOS, A UN MANDATO LEGÍTIMO DE AUTORIDAD. Si en un juicio civil el juzgado ordena a determinada persona, depositar en un banco las cantidades que, como depositario judicial, conservaba en su poder, y aquélla se niega a cumplir la orden sin causa legítima, no obstante que para ello se le aplicaron los medios de apremio que autoriza la propia ley, se demuestra la existencia del cuerpo del delito de desobediencia a un mandado legítimo de autoridad, y el auto de formal prisión dictado en tales condiciones, no es violatorio de garantías. “Amparo penal de revisión 13/37. Pablo Tomás, 27 de abril de 1937,. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Tomo LII, pàg. 1131 (IUS: 311034).

DEPOSITARIOS JUDICIALES OBLIGACIONES DE LOS. El depositario judicial, como auxiliar de la administración de justicia, debe ser requerido por el órgano jurisdiccional que le discernió el cargo, dado que sólo tiene la posesión precaria de los bienes embargados, a nombre de quien obtenga en la contienda, y con sujeción a las disposición del juez de los autos; por tanto, es indudable que sólo cuando requerido por dicho órgano, el depositario no haga la entrega de los bienes que le fueron confiados, en guarda, sin dar razón fundada y justificada de su negativa, es cuando puede surgir o bien los elementos del delito de desobediencia a un mandado legítimo de autoridad, si no ha dispuesto de las cosas puestas a su cuidado, o bien, en este último caso, los conducentes a configurar el delito de abuso de confianza. “Amparo penal en revisión 138/43, 25 de julio de 1944. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Carlos L. Ángeles. La publicación no menciona el

*86 Pavón Vasconcelos Francisco y Vargas López Gilberto, Op. cit. supra 82 Pág. 296

nombre del ponente, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Tomo LXXXI, pàg. 1721 (IUS: 3063679). “DESOBEDIENCIA A LAS AUTORIDADES. Si los policías que pretendían ejercitar un acto de autoridad, no se encontraban de servicio, y consta que su jefe ordenó que no lo hicieran en determinada fecha, y éstos desobedecieron, no puede decirse que quienes resistieron la acción de los policías, desobedecieron un mandato legítimo de autoridad ejecutado en forma legal. “ Amparo penal directo 1396/42, 15 de junio de 1943. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José María Ortiz Tirado. La publicación no menciona el nombre del ponente. Primera Sala Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo LXXVI, pàg. 4713 (IUS: 307550). “DESOBEDIENCIA A UN MANDATO DE AUTORIDAD. DELITO DE (LEGISLACION DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). Uno de los elementos constitutivos del delito de desobediencia a un mandato legítimo, de autoridad, previsto por el artículo 855 del Código Penal del Estado de Nuevo León, es la existencia de ese mandato, y no basta que el mandato conste en una disposición legislativa, sino que es necesario que exista de una manera patente y efectiva y que haya sido conocido por el acusado. Otro de los elementos de dicho delito es que la desobediencia se cometa sin tener para ello causa legítima; extendiéndose como tal, no sólo las que están expresamente determinadas por la ley, sino todas aquellas que impliquen un motivo justificado para dejar de cumplir el mandato de la autoridad; como, por ejemplo, cuando se ha notificado a una persona su arraigo en determinado lugar y lo quebranta, la infracción no es dolosa, si aparece que el arraigado no procuró los medios de quebrantar el arraigo, sino que se vio precisado a hacerlo, en virtud de los servicios que le estaban encomendados por razón de su empleo; puesto que la característica del delito de desobediencia es la resistencia abierta, hostil, maliciosa, acompañada de actos de contradicción decidida y resuelta, de reiterada pasividad punible, que implica una franca actitud de rebeldía. “ Amparo penal en revisión 6866/34, 15 de febrero de 1936. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José María Ortiz Tirado. La publicación no menciona el nombre del ponente. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época, Tomo XLVII, pàg. 2605 (IUS; 311811). “DESOBEDIENCIA A UN MANDATO DE LA AUTORIDAD. DELITO DE (LEGISLACION DE SONORA). No hay un precepto que determine que en procesos instruidos por el delito de resistencia de un particular a un mandato legítimo de la autoridad, el carácter de autoridad se comprueba precisamente con el nombramiento respectivo, por lo que, aún sin tal requisito las actuaciones judiciales del proceso, pueden probar plenamente tal carácter. “Amparo penal directo 3500/47. 30 de Junio de 1948. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. Primera Sala Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Tomo XCVI, pàg. 2197 (IUS; 302210). “DESOBEDIENCIA A UN MANDATO LEGITIMO DE AUTORIDAD (ABUSO DE CONFIANZA). La sentencia que se reclama no viola en perjuicio del quejoso ninguna garantía individual al declararlo responsable del delito de desobediencia a un mandato legítimo de la autoridad, si no entregó una mercancía que recibió en depósito, al ser requerido por el juez para hacer esa entrega; y si, sin autorización alguna, en su carácter de depositario de bienes asegurados, pignoró éstos y con posterioridad los enajeno a

tercera persona, sin dar cuenta de las sumas percibidas por él para demostrar que fueron aplicadas legalmente, se llega a la conclusión de que también es responsable del delito de abuso de confianza. “ Amparo penal directo 6887/42. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de Junio de 1953, no se menciona el nombre del promoverte, 24 de Junio de 1953. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXVII, pàg. 1491 (IUS: 296919). “DESOBEDIENCIA A UN MANDATO LEGÌTIMO DE AUTORIDAD (COMISARIOS EJIDALES). No es exacto que no se hubiese comprobado en autos el cuerpo del delito de desobediencia a un mandato legítmo de la autoridad, ni se atribuye al acusado haber desobedecido las órdenes emanadas del delegado del Departamento Agrario en el Estado que previno a dicho acusado, en su carácter de presidente de un comisariado ejidal, que ministrara agua a un ejidatario, y aparece que no sólo no acató dicha orden, sino que dio instrucciones a los representantes de la sección de riego para que se abstuvieran de ministrársela, e independientemente de que el reo le hubiese parecido irregular la expedición del certificado de derechos agrarios al ejidatario, de autos aparece que se le dio posesión a dicho ejidatario por el jefe de la Zona de Organización Ejidal asistiendo a la entrega de la parcela el presidente del comisariado ejidal y del consejo de vigilancia de la comunidad agrícola, y la circunstancia que alega el quejoso de que había recibido un oficio de la Dirección de Tierras y Aguas en el sentido de que carecen de validez los movimientos efectuados en la distribución de parcelas, particularmente en lo que se refiere al ejidatario citado, no destruye el carácter antijurídico de la conducta observada por el acusado, al rehusar el cumplimiento de un mandato legítmo emanado de autoridad competente como es el delegado del Departamento Agrario que en negocios de esta índole, actúa en representación del jefe del departamento, en los términos del artículo 1º, fracción III, del Código Agrario en vigor. El artículo 183 del Código Federal establece que cuando la ley autorice el empleo del apremio para hacer efectivas las determinaciones de la autoridad, solo se consumará el delito de desobediencia, cuando se hubieren agotado los medios de apremio, pero en el Código Agrario en vigor, no se encuentran expresas disposiciones para conminar a los desobedientes a la observancia del mandato y la integración de la ley es obra del Poder Legislativo y no del resorte de las autoridades administrativas. “ Amparo directo 6649/55. 6 de agosto de 1957. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Rodolfo Chávez S. Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época. Volumen XXXVI, Segunda parte, pág. 105 (IUS: 261788). “DESOBEDIENCIA A UN MANDATO LEGITIMO DE AUTORIDAD, DELITO DE (LEGISLACION DE CHIAPAS). El artículo 328 del Código Penal del Estado determina que cuando sin causa justificada se rehusare alguien a prestar un servicio de interés público que la ley obligue, o se desobedeciere un mandato legítmo de la autoridad, se le aplicará al responsable quince días a un año de prisión, y multa de veinte a doscientos pesos. Para configurarse esa infracción penal, se requiere la existencia de un mandato, que éste sea legítmo, es decir, arreglado a la ley, que provenga de una autoridad, y que fuere desobedecido por la persona contra quien se dictó; es un delito, por su naturaleza, de omisión, al dejar de hacer o cumplir lo

ordenado por una autoridad legítima. Y no se halla demostrado que se hubiese expedido un mandato judicial o administrativo en contra del recurrente, y que proviniera de autoridad legítima, puesto que el denunciante que se ostentó como autoridad, no justificó su personería, en consecuencia, si no se justificó la existencia de esa autoridad y, tampoco, un mandato legítimo emanado de conformidad con la Ley, faltando ese elemento intrínseco del delito de que se trata, no pudo éste configurarse, tanto más, cuanto que no llegó a justificarse que el quejoso hubiera desobedecido mediante pasividad la orden que se le dio, si a ese respeto sólo obra la declaración del denunciante. “Amparo penal en revisión 4513/50. 7 de mayo de 1951. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luís Chico Goerne. Relator: Luis G. Corona. Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época, Tomo CVIII, pàg. 1219 (IUS: 298765). “DESOBEDIENCIA A UN MANDATO LEGÌTIMO DE AUTORIDAD (LEGISLACION DEL ESTADO DE SONORA). Si se comprueba que el acusado fue nombrado depositario de bienes, en un juicio del orden civil, que después se nombro a un nuevo depositario; que se previno al primero, que entregara el segundo los bienes que recibió en depósito; que por no haber obedecido, se le impuso una multa y se le fijó nuevo plazo, y no habiendo acatado la orden, se hizo efectiva la sanción pecuniaria y se le fijó otro nuevo plazo bajo el apercibimiento de que en caso de rehusarse, se le consignaría a la autoridad judicial, por desobediencia a un mandato legítimo de la autoridad, y que a pesar de ello no entrego los bienes, es inconcuso que existe el delito de desobediencia a un mandado legítimo de autoridad, previsto por el artículo 785 del Código Penal del Estado de Sonora, y la sentencia que así lo declara, no es violatoria de garantías.” Amparo penal directo 5379/37. 16 de octubre de 1937. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Rodolfo Asiáin. La publicación no menciona el nombre del ponente. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época, Tomo LIV, pág. 617 (IUS: 310670). “DESOBEDIENCIA A UN MANDATO LEGITIMO DE LA AUTORIDAD, DELITO DE. El artículo 183 del Código penal Federal, establece que: Cuando la ley autorice el empleo del apremio para hacer efectivas las determinaciones de la autoridad, sólo se consumará el delito de desobediencia cuando se hubieren agotado los medios de apremio. De esto se sigue, que si la ley que rige el procedimiento de donde proviene el mandato que se reputa desacatado, prevé medidas de apremio para constreñir al rebelde a la observancia de tal determinación, es requisito legal que para proceder penalmente en su contra, previamente se hayan agotado estos medios de apremio; por lo que, atento a ello debe convenirse que los elementos intrínsecos del delito de desobediencia a un mandato legítimo de la autoridad, a que se contrae el numeral 178 del ordenamiento invocado, son: a) La existencia de un mandato de autoridad; b) Que dicho mandato sea legítimo; c) Que el mismo sea desobedecido sin causa legal, y d) Que previamente se hayan agotado en contra del rebelde, los medios de apremio contemplados en la ley que rige el procedimiento de donde emana la resolución desobedecida. Por tanto, si en la causa penal instruida al quejoso, hay prueba de que pese a agotarse en su contra los medios de apremio legales, continuó en su conducta rebelde de no acatar el mandamiento de la autoridad, es inconcuso que quedó configurada la hipótesis criminal que se le atribuye en el citado artículo 178. “SEGUNDO TRIBUNAL

COLEGIADO DEL DECIMO PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 378/96. 19 de Septiembre de 1996. Unanimidad de votos Ponente: Juan Díaz Ponce de León. Secretario: Gilberto Díaz Ortiz. Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación a su Gaceta, Novena Época, Tomo IV, octubre de 1996, tesis XI, 2º 18 P, pág. 524 (IUS: 201137). “DESOBEDIENCIA, DELITO DE COMETIDO POR EL REPRESENTANTE LEGAL DE UNA SOCIEDAD ANONIMA. Si bien es cierto que el consejo de administración en pleno es el órgano encargado del funcionamiento y operaciones del objeto de la sociedad anónima, sin embargo todos y cada uno de los administradores son responsables de la existencia, mantenimiento y presentación de los libros de la sociedad conforme al artículo 158, fracción III, de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Por tanto, al ser solidariamente responsables todos y cada uno de los administradores respecto de la existencia y regularidad de los libros sociales y por ende de facilitar a los socios o a terceras personas la inspección de los mismos. Luego la conducta omisa de un apoderado legal con facultades de representación y ejecución al no acatar la determinación de la autoridad judicial para que exhiba los libros de su representada, es constitutiva de delito de desobediencia a que se refieren los artículos 178, 180, última parte y 183 del Código Penal Federal “SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo directo 71/92. 4 de marzo de 1992 Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna. Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo X-julio pág. 357 (IUS; 218940). “DESOBEDIENCIA DE PARTICULARES A UN MANDATO LEGITIMO DE AUTORIDAD. Esta Sala a sostenido que el delito de Resistencia al cumplimiento de un mandato legítimo ejecutado en forma legal, tutela la fase ejecutiva de un mandamiento de autoridad formalmente valido. Lo que la ley pune es la resistencia a la material ejecución del mandamiento, sin que sea lícito al particular oponerse al mismo so pretexto de su ilegalidad intrínseca. Si pudiera el gobernado obedecer una orden a la autoridad cuando estuviera convencido de la falta de validez intrínseca, se rompería el principio de autoridad y se convertiría el particular en juez de legalidad de las acciones de los órganos del Estado: Cada uno de los gobernados tendría prácticamente una facultad de voto sobre los órganos de la autoridad, lo que independientemente de los resultados prácticos negativos para la conveniencia social, resulta jurídicamente inadmitible. La ley establece una serie de formas- y entre ellas la Suprema es el juicio de garantías-, para atacar la validez de los actos de autoridad, pero nunca el gobernado podrá ser al mismo tiempo, destinatario y juez de un mandamiento. Las ideas transcritas, externadas por esta sala en relación con el delito de resistencia, son también aplicables al delito de desobediencia y debe entenderse que cuando la ley en su artículo 178 alude a un mandamiento legítimo de la autoridad, la legitimidad en cuestión se refiere a cuestiones formales y no a la validez intrínseca de dicho mandato. “ Amparo directo 2519/73. 23 de Noviembre de 1973. Unanimidad de cuatro votos ponente: Abel Huitròn y Aguado. Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Segunda parte: Volumen 55, pág. 51. Amparo Directo 2176/72. Pedro Mata y coagraviado. 9 de Julio de 1973. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Abel

Huitròn y Aguado. Primera Sala Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volumen 59, Segunda Parte, pàg. 15 (IUS: 236029). “DESOBEDIENCIA DE PARTICULARES SI NO SE PRUEBA QUE EL MANDATO DE LA AUTORIDAD LO RECIBIO PERSONALMENTE EL DESTINARIO NO SE INTEGRA EL DELITO. Para integrar el delito de desobediencia de particulares, no basta que exista un mandato legitimo de autoridad, y se agoten los medio de apremio para hacerlo efecto, sino que es necesario se demuestre, además, que la orden y los requerimientos para cumplirla se hicieron personalmente al destinatario, quien rehusó acatarla”. Cuatro Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Amparo Directo 2253/92. 3 de Febrero de 1993. Unanimidad de Votos. Ponente: Alfonso Manuel Patiño Vallejo. Secretaria: Beatriz Tobon Castillo. Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo XII/ agosto, pàg. 412 (IUS: 215400). “DESOBEDIENCIA Y RESISTENCIA DE PARTICULARES DELITO DE. Para la configuración del delito de desobediencia y resistencia de particulares, se requiere que, agotadas las medidas de apremio se cometan hechos que sean una marcada desobediencia a la resolución pronunciada por la autoridad judicial. “ Amparo Directo 8408/63.19 de Septiembre de 1966. 5 Votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen CXI, Segunda parte, pàg. 29 (IUS: 259035:. “DESOBEDIENCIA Y RESISTENCIA DE PARTICULARES, DELITO DE CASO EN QUE NO SE CONFIGURA. Cuando los agentes de la Policía Judicial no se identificaron como tales, ni mostraron la orden de aprehensión correspondiente al hoy quejoso, quien en su confesión manifestó que no escuchó que se trataba de policías y que por eso había disparado, postura que sostuvo en sus diversas declaraciones, en las que se señalo que sus aprehensores no se identificaron como policías, lo que inclusive se comprobó con el dicho de testigos, tal conducta desplegada por el quejoso no encuadra en el ilícito de que se trata. “TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO. Amparo directo 462189. 21 de Junio de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Antonio Hernández Martínez. Secretaria: Ninfa Maria Garza Villarreal de Magaña. Tribunales Colegiados de Circuito Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tomo VII-mayo, pàg. 185 (IUS: 222901). “DESOBEDIENCIA Y RESISTENCIA DE PARTICULARES DIFERENCIA ENTRE LAS CONDUCTAS INTEGRADORAS DE LOS DELITOS DE (LEGISLACION DEL ESTADO DE VERACRUZ). La detenida lectura del artículo 264 del Código Penal vigente en la entidad, que tipifica los delitos de desobediencia y de resistencia de particulares, permite advertir que el primero de esos ilícitos se comete cuando el activo rehúsa prestar un servicio de interés público al que la ley lo obligue o desobedece un mandato legítimo de autoridad, en tanto que el segundo se actualiza cuando dicho activo impide que la autoridad ejerza sus funciones o resiste el cumplimiento de una orden legítima cuya ejecución se lleve a cabo en forma legal, en la inteligencia de que si para ello se emplea la violencia física o moral, la sanción correspondiente será agravada. En las condiciones apuntadas, claro resulta que la conducta integradora del primero de los antisociales en cita, o sea el de desobediencia, está constituida por una omisión consistente,

según sea ha dicho ya, en rehusarse al activo a prestar un servicio de interés público al que la ley lo obligue o en desobedecer un mandato legítimo de autoridad, en tanto que la integradora del delito de resistencia de particulares lo está por una acción tendiente, como se ha señalado, a impedir el ejercicio de las funciones de la autoridad o a resistir el cumplimiento de una orden legítima de la misma cuya ejecución se lleve al cabo en forma legal. “TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL DEPTIMO CIRCUITO. Amparo en revisión 411/93, 11 de enero de 1994. Unanimidad de votos Ponente: Luís Alfonso Pérez y Pérez. Secretaria: Leticia López Vives. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tomo XIII-marzo, pág. 356 (IUS: 213112).”DESPOJO, DELITO DE (LEGISLACION DEL DISTRITO FEDERAL Y GUANAJUATO). Si el reo fue vencido por la ofendida en el juicio ordinario civil que siguió en su contra, ejercitando acción plenaria de posesión y reivindicatoria de un inmueble, habiendo obtenido la misma señora, la posesión material de ese terreno, que se le dio por el personal del juzgado, el hecho de que dicho reo continué detentando el predio en cuestión, negándose a desocuparlo, no puede constituir el delito de despojo, sino que, en todo caso, integraría el de desobediencia a un mandato legítimo de autoridad, después de haberse agotado los medios de apremio que prescribe la ley, pudiendo ser lanzado judicialmente de dicho predio, a petición de su propietaria, pues si en principio el ahora quejoso se consideró con justo título para ocupar el terreno de que se ha venido hablando, la antes dicha sentencia a la subsiguiente diligencia de posesión del predio a favor de la ofendida, lo dejaron sin base legal ninguna para seguirlo ocupando. Se ve, pues, con toda evidencia y claridad, que en el caso no se trató de un nuevo apoderamiento u ocupación del referido inmueble, ejecutado de propia autoridad y por medio de violencia física o moral y las personas o furtivamente, o empleando amenazas o engaño, circunstancias que caracterizan el delito de despojo, según la fracción I del artículo 352 del Código Penal del Estado de Guanajuato (igual a la fracción I del artículo 395 del Código Penal del Distrito Federal). “Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época. Tomo XCII, pág. 909 (IUS: 303093). “DESPOJO Y DESOBEDIENCIA A UN MANDATO LEGITIMO DE AUTORIDAD, DELITOS DE. Si el inculpado, contrariando un mandato judicial de restitución de los inmuebles de que se trata, metió a ellos diversos objetos de su propiedad, de propia autoridad, y contra la voluntad y sin consentimiento del propietario, están integrados los elementos de los delitos de despojo de inmueble y desobediencia a un mandato legítimo de autoridad, si la restitución quedó ordenada sin hacer salvedad alguna y, en consecuencia, el quejoso no lo pudo contravenir motu proprio aun cuando el asunto estuviese sub. judice. “ Amparo penal directo 3988/53. Por Acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promoverte. 20 de agosto de 1954. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época, Tomo CXXI, pág. 1690 (IUS: 295517). “LIBROS DE CONTABILIDAD, EXHIBICION DE LOS. La resistencia injustificada de los comercios a presentar libros de contabilidad para los efectos fiscales, constituye un delito de desobediencia a un mandato legítimo de autoridad.” Amparo penal directo 25/30, 8 de abril de 1931.

Mayoría de tres votos. Disidentes: Fernando de la Fuente y P. Machorro y Narváez. La publicación no menciona el nombre del ponente. Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época. Tomo XXXI, pág. 2059 (IUS: 314355). “RESISTENCIA DE PARTICULARES, NATURALEZA DEL DELITO DE (ARTICULO 178 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL). Para la configuración del delito de resistencia de particulares previsto por el artículo 178 del Código Penal Federal, conforme a una correcta exégesis jurídica, se requiere que la desobediencia del activo se traduzca en una conducta pasiva por cuanto no contiene compulsión, ni resistencia. Por tanto si el activo, al oponerse a la orden del oficial de policía que le ordena detener su vehículo porque, al parecer, incurrió en diversas infracciones de tránsito, lo hace imprimiendo a su vehículo una velocidad mayor, para posteriormente y con motivo de la persecución que se le hizo, lograr que se detenga; se niega a proporcionar la documentación que se le solicita, a estacionarse correctamente, expresando diversos insultos y amagando al agente de la autoridad al señalarle que lo iba a cesar de su empleo si continuaba molestándolo, ello, lógicamente, no puede establecer una conducta pasiva, pues tales manifestaciones llevan a concluir una oposición violenta al mandato de la autoridad, y por lo mismo, la conducta desplegada no configura el delito previsto por el mencionado artículo 178 del Código Penal Federal.

“TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO. Amparo en revisión 340/86. Salvador Chemas González, 2 de octubre de 1986. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Baltazar Alvear. Tribunales colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volúmenes 205-216. sexta parte, pág. 441 (IUS: 248108).”TESTIGO LIGADO AL INCULPADO. EL HECHO DE NO ESTAR OBLIGADO A DECLARAR NO LO EXIME DEL DEBER DE PRESENTARSE ANTE EL JUEZ A MANIFESTAR SU VOLUNTAD. Es inexacto que el derecho de no ser obligado a declarar, que la ley le confiere al que esté ligado con el inculcado por amor, respeto, gratitud, cariño o estrecha amistad, sea susceptible de ejercerse no asistiendo a la audiencia que con motivo de su comparecencia tenga lugar, dado que si bien es verdad que el derecho a no rendir declaración le asiste, no debe soslayarse que corresponde a la autoridad judicial verificar el vínculo con el imputado, pues de lo contrario, la regla general de que está obligado a declarar todo aquel a quien le consten hechos relacionados con ilícitos, quedaría sujeta al arbitrio personal, además de que el testigo puede hacerse acreedor a cualquiera de las medidas de apremio decretadas por el juez responsable, y su conducta omisiva se ubica en el delito de desobediencia y resistencia de particulares.

“SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO CUARTO CIRCUITO. Amparo en revisión 479/96. 19 de noviembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Pablo V. Monroy Gómez. Secretario: Francisco J. García Solís. Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, Tomo V, febrero de 1997, tesis XIV 2º. 51 P, pág. 802 (IUS: 199388).

5.5.- EL GARANTISMO PENAL FRENTE AL DELITO DE DESOBEDIENCIA.

Para concluir con el presente trabajo es necesario establecer aquellos supuestos en los que la Administración de Justicia se encuentra con lagunas en la legislación penal de distintas entidades federativas en virtud de que aun cuando la gente activa se le han impuesto los medios de apremio para que este a su vez cumpla con el mandato de autoridad que le fue ordenado, y no obstante a ello y a pesar de seguir en su omisión respecto de dar cumplimiento a lo ordenado, se le procesa por el delito de desobediencia que en lo particular el artículo 255 del Código Penal vigente en el Estado señala, ello con motivo del desacato que el agente activo omitió al no dar cumplimiento al mandato que le fue impuesto, en este caso reside el problema jurídico pues al inculcado que habiendo sido procesado por el delito de desobediencia y condenado por su omisión, la autoridad no podrá por ningún motivo:

- a) imponer nuevamente los medios de apremio para hacer valer ese mandato que origino que el inculcado fuese procesado y condenado.
- b) Tampoco la autoridad podrá procesarlo nuevamente por el delito de desobediencia a que hace referencia el artículo 255 del Código Penal Vigente en el Estado.

Y ante estos supuestos quizás censillos pero no por ello menos importantes, la administración de justicia se encontrara imposibilitada legalmente para obtener en su caso la reparación del daño de la victima pues no habrá manera legal alguna para hacer que inculcado de cumplimiento con ese mandato, mandato de autoridad que obviamente se ordena para un fin el de procurar justicia para quien ha sido violentado en su bien jurídico tutelado razón por la que en estos supuestos en inculcado se encuentra legalmente protegido en el supuesto de que habiendo sido procesado y condenado no se le impongan los medios de apremio correspondientes para dar cumplimiento a ese mandato que origino que fuese procesado, y mucho menos podrá ser procesado de nueva cuenta por el delito de desobediencia quedando así desprotegidos los derechos del gobernado.

Lo anterior atiende a quien fue condenado pro el delito de desobediencia y aun así no cumple con el mandato de autoridad por el cual fue sancionado, no podrá la autoridad requerirle con medio de apremio para que cumpla ese mandato ni mucho menos volverlo a sancionar pues se le violentaría al agente activo la garantía que le otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 23 que textualmente dice *“Ningún juicio criminal deberá tener mas de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces pro el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva os e le condene. Queda prohibida la practica de absolver de la instancia”*.

Garantía constitucional la anteriormente enunciada que es aplicable:

- a) A peritos;
- b) Testigos, a los cuales la ley les obliga a declarar;
- c) A los demandados en las Instancias Civiles cuando la sentencia es la entrega de cosas o personas, esta ultima en tratándose de la perdida de la Patria Potestad del menor etc.;
- d) A las personas que se les requiera información para la investigación de un hecho delictuoso o para el esclarecimiento de la verdad legal ante jueces o magistrados;
- e) A las personas morales cuando se les ordene el cumplimiento de un deber o una obligación, etc.

En estos casos si se les llegara a condenar por el incumplimiento del mandato omitido por la autoridad, y aun así siguen sin dar cumplimiento a ese mandato, los representantes del estado encargados de la Administración e Impartición de Justicia se encontraran imposibilitados legalmente para ello.

Señala Ignacio Burgoa, *87 que la auto limitación y por ende, las limitaciones o restricciones a la conducta de las autoridades, se establecen por todo el orden jurídico del estado, independientemente de la índole jerárquica de las distintas normas que lo integran. Directa y primeramente frente a los miembros del estado o gobernados, la auto limitación estatal y las limitaciones jurídicas a la actuación de las autoridades se revelan en las garantías individuales.

Por tanto, estas se traducen jurídicamente en una relación de derecho existente entre el gobernado como persona física o moral y el estado como entidad jurídica y política con personalidad propia y sus auto prioridades cuya actividad en todo caso se desempeña en el ejercicio de su poder y en representación de la entidad estatal. En realidad los sujetos inmediatos y directos de la relación jurídica que implica la garantía individual están constituidos por el gobernado, por una parte, y las autoridades del estado pro la otra, puesto que es la conducta de estas mismas la que esta limitada o restringida de modo directo por dicho vinculo de derecho sin embargo, como una autoridad no debe ser reputada como entidad o funcionario, esto es, que traduzca una voluntad propia en cuanto al desempeño de su actuación publica, si no que siempre se le debe considerar como representante del estado, a quien se le encomienda el ejercicio del poder de este, hablando con propiedad las limitaciones que comprende la relación jurídica que entra la garantía individual y que inmediata y directamente se imputan a la conducta autoritaria, repercute en la potestad del Estado, ya que la primera nos e traduce si no en el ejercicio o desempeño de esta.

*87 Burgoa Orihuela Ignacio, Las Garantías Individuales, , veintinueve edición, editorial Porrúa México1997, Pág. 166.

Así entonces, hace falta un medio o sistema para garantizar o asegurar la prevaencia de las normas jurídicas superiores sobre de las de menor jerarquía, obteniendo así a mi criterio *“una garantía de justicia para el gobierno sin dejar de observar también las garantías individuales que la constitución le reconoce con el único fin de obtener el bien público temporal”*

5.6.- EL MODELO GARANTISTA.-

De lo expuesto en párrafos anteriores es necesario culminar el presente análisis no sin antes referirme a ese modelo garantista que nuestro sistema penal requiere y que sin duda el legislador deberá de observar ante la propuesta que con posterioridad haré alusión en cuanto a la reforma que proponga respecto del ilícito que nos ocupa, por ello hablare entonces de los modelos garantistas para posteriormente hacer mención de las garantías penales y las garantías procesales, para lo cual me permito citar al autor español Luigi Ferrajoli quien en su obra *Derecho y Razón teoría del galantismo penal* establece un modelo garantista, que a mi criterio resulta ideal que se considerara para la reforma que propondré una vez concluido el presente estudio.

5.6.1.- LA EPISTEMOLOGIA GARANTISTA.-

*88El derecho penal de los ordenamientos desarrollados es un producto predominante moderno. Los principios sobre los que se funda su modelo garantista clásico, la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre partes y la presunción de inocencia, en gran parte son como es sabido el fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal. Los filones que se entreveran en esta tradición madurada en el siglo XVIII son muchos t distintos, las doctrinas de los derechos naturales, las teorías contractualcitas, la filosofía racionalista y empirista, las doctrinas políticas de la separación de poderes y de la supremacía de la ley, el positivismo jurídico y las concepciones utilitaristas del derecho y de la pena.

Así entonces los distintos principios garantistas se configuran antes que nada como un esquema epistemológico de la identificación de la desviación penal encaminado a asegurar respecto de otros modelos de derecho penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad. Este esquema, como es sabido presenta numerosas aporías lógicas y teorías que hacen de él un modelo ideal y en gran parte ideológico y que en varias ocasiones han provocado su descalificación científica y política por parte de la cultura jurídica con resultados indefectiblemente antigarantistas, por lo demás antes de emprender la critica y la revisión teórica es útil delinear, siquiera sea solo esquemáticamente, sus elementos constitutivos.

Estos elementos son dos uno relativo a la definición legislativa y el otro a la comprobación jurisdiccional de la desviación punible y corresponden a sendos conjuntos de garantías, las garantías penales y las garantías procesales del sistema punitivo al que dan fundamento.

5.6.2.-CONVENCIONALISMO PENAL Y ESTRICTA LEGALIDAD.

*89El primero de estos elementos es el *convencionalismo penal* seguido la *estricta legalidad*, así entonces tal y como resulta del principio de estricta legalidad en la determinación abstracta de lo que es punible, este principio exige dos condiciones, el carácter formal o legal del criterio de definición de la desviación y el carácter empírico o factico de la hipótesis de desviación y el carácter empírico o factico de las hipótesis de desviación legalmente definidas, la desviación pueble es reconocida en cada ocasión como inmoral, como naturalmente anormal o como socialmente lesiva o similares; es mas bien la formalmente indicada por la ley como presupuesto necesario de la aplicación de una pena según la clásica formula *nulla poena nullum crimen sine lege.*, por otra parte , conforme a la segunda condición, la definición , la definición legal de la desviación se debe producir no con referencia a figuras subjetivas de status o de autor, sino solo a figuras de comportamiento empíricas y objetivas, según la otra máxima clásica *nulla poena sine crimine et sine culpa.*

La primera condición equivale al principio de la reserva de ley en materia penal y del consiguiente sometimiento del juez a la ley: conforme a ella, el juez no puede calificar como delitos todos (o solo) los fenómenos que considera delictuosos o, en todo caso, merecedores de sanción, sino solo (y todos) los que con independencia de sus variaciones, vienen formalmente designados por la ley como presupuestos de una pena.

El principio de *estricta legalidad* por tanto no se propone como una técnica legislativa específica dirigida a excluir, por arbitrarias y discriminatorias, las convenciones penales referidas no ha hechos sino directamente a personas y, por tanto, con carácter constitutivo antes que regulativo de lo que es punible.

Diremos pues, aplicando al derecho penal una distinción recientemente elaborada por la teoría general del derecho que el principio de estricta legalidad no admite normas constitutivas, sino sólo normas regulativas de la desviación punible, por tanto no normas que crean o constituyen *ipso iure* las situaciones de desviación sin prescribir nada, sino solo reglas de comportamiento que establecen una prohibición. Es decir, una modalidad deontica cuyo contenido no puede ser mas que una acción respecto de la que sea eleticamente posible tanto la *omisión imputable a la culpa o responsabilidad de su autor.*

El sentido y el alcance garantista del convencionalismo penal reside precisamente en esta concepción al mismo tiempo nominalista y empirista de la desviación punible, que remite a las únicas acciones taxativamente denotadas por la ley excluyendo de ella cualquier configuración antológica o, en todo caso, extra legal.

No es la verdad, la justicia, la moral ni la naturaleza, sino solo lo que con autoridad dice la ley lo que confiere a un fenómeno relevancia penal la ley no puede calificar como penalmente relevante cualquier hipótesis indeterminada de desviación, sino solo comportamientos empíricos determinados, exactamente identificables como tales y, a la vez, adscribibles a la culpabilidad de un sujeto.

Dos logros fundamentales de la teoría clásica del derecho penal y de la civilización jurídica liberal se traban con esta concepción, **el primero, es la garantía para los ciudadanos de una esfera intangible de libertad**, asegurada por el hecho de que al ser punible solo lo que esta prohibido por la ley, nada de lo que la ley no prohíbe es punible, sino que es libre o esta permitido, por *ius* entiende Hobbes la libertad que la ley me deja de hacer cualquier cosa que la ley no me prohíba y de dejar de hacer cualquier cosa que la ley no me ordene . **el segundo es la igualdad jurídica de los ciudadanos ante la ley**, las acciones o los hechos, cualquiera que los cometa pueden realmente ser descritos por las normas como tipos objetivos de desviación y, en cuanto tales, ser previstos y probados como presupuestos de iguales tratamientos penales; mientras que toda prefiguración normativa de tipos subjetivos de desviados no puede dejar de referirse a diferencias personales, antropológicas, políticas o sociales y, por tanto, de concluir en discriminaciones apriorísticas.

5.7.- EL PROBLEMA DEL GARANTISMO PENAL.

El nexo entre legitimidad y verdad epistemológico y normativo al mismo tiempo define la naturaleza específica de la jurisdicción en el moderno estado de derecho. Es claro que ha diferencia del conocimiento científico las decisiones sobre la verdad que intervienen en el juicio penal expresan un poder dado que forman el presupuesto y el silogismo practico que concluyen con un fallo, sea de absolución o de condena, se trata sin embargo de un poder de comprobación o de verificación distinto de cualquier otro poder publico y típicamente propio de la función judicial.

El derecho es una construcción humana y puede elaborar el mismo condiciones y criterios de justificación de las decisiones por él admitidas como validas, precisamente el derecho es un universo

*88 Ferrajoli Luigi, Derecho y Razón Teoría del Galantismo penal, quinta edición editorial Trota, España, 2001 Págs. 33.

lingüístico artificial que puede permitir, gracias a la estipulación y a la observación de técnicas apropiadas de formulación y de aplicación de las leyes a los hechos juzgados, la fundamentación de los juicios es decisión sobre la verdad, convalidables o invalidables como tales mediante controles lógicos y empíricos y, por tanto, sustraídos de lo mas posible el error y al arbitrio.

Así entonces el problema del galantismo es elaborar tales técnicas en el plano teórico, hacerlas vinculantes en el plano normativo y asegurar su efectividad en el plano practico.

Como se apunto con anterioridad, al potestad punitiva se ejerce, en un primer momento, cuando se crea la ley y se promulga, y en otro momento, cuando se aplica a sujetos concretos. Esto se traduce en dos problemas fundamentales que deben resolverse:

1.- Los limites que el Estado de Derecho impone al que detenta la potestad en orden a la construcción del sistema penal positivo, y

2.- Los limites que el Estado de Derecho establece en orden a la aplicación y ejecución de las penas sobre un autor concreto.

Estos problemas deben ser resueltos a través de los limites formales de esa potestad, pero esto no quiere decir en modo alguno, lo que formalmente el Estado puede prohibir u ordenar sino al forma que ha de revestir la expresión de esa potestad punitiva en todos sus aspectos, tomando en consideración un modelo de estado democrático, cuyo orden jurídico debe ser sistematizado e integral, a efecto de garantizar el respeto a los derechos fundamentales de los justiciables.

Frente a esta cuestión, me permito aquí mencionar por que lo considero oportuno dentro del desarrollo de la presente tesis y con el propósito de hacer respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos, como uno de los postulados esenciales del Derecho Penal, han surgido ciertos principios que tienen como finalidad regular o limitar esa potestad punitiva del Estado; principios que se derivan ciertas garantías en materia penal que hacen posible la materialización de estos que les dan origen.

Por lo que primeramente me permito citar el que considero más importante. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD en su primigenia formulación, el principio de legalidad perseguía al sometimiento del estado a

*89 Ferrajoli Luigi, Op. cit. supra 88 Pág. 34.

*90 Ferrajoli Luigi, Op. cit. supra 88 Pág. 69.

la ley, decía Beccaria. En la actualidad, ese concepto no puede tener la misma significación y dicho principio ha de hacer posible la aplicación de la ley penal en sintonía con el espíritu y letra de la constitución, a la que los jueces que podrán entenderlas derogadas en aquellos casos que contradigan la norma fundamental constitucional – según algunos autores contemporáneos-, entre ellos García Enterría. Así pues, el principio de legalidad ha de ir más allá y llegar al ideal de justicia material que el derecho positivo dice perseguir.

*91En México, la garantía de legalidad en materia penal se encuentra establecida en el artículo 14 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, en su párrafo tercero, en el que se establece:

“en los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata...”(*nullu poene sine lege*) es importante destacar que este principio de legalidad es de la misma forma, para la ciencia jurídico penal la base para la construcción sistemática del tipo y de la tipicidad penal; la primera entendida como parte de la función legislativa y la segunda como propia de la función jurisdiccional.

El principio de legalidad establece que la intervención punitiva estatal, tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar regida por el imperio de la ley, entendida esta como expresión de la voluntad general. Es pues útil este principio para evitar el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder punitivo estatal.

Este principio supone, año mismo tiempo, un freno para una política penal demasiado pragmática que decida acabar con la criminalidad a toda costa, aun movida por razones defensivas o resocializadoras radicales, sacrificando las garantías mínimas de los ciudadanos, imponiendo incluso sanciones no previstas, ni reguladas en ley alguna, por que “el fin jamás justificara los medios” y por que la experiencia en el ámbito penal ha reflejado que es preferible una política penal mala, pero llevada a cabo con el respeto a las garantías jurídicas mínimas, a una buena política penal realizada sin ningún tipo de control, la idea expresada por VON LISZT, quien sostenía que el derecho penal es la MAGNA CARTA DEL DELINCUENTE es consecuencia del principio de legalidad en sus inicios de evolución.

Así entonces ante esta postura tenemos que en el ámbito del derecho penal, el comportamiento humano voluntario es hasta ahora el único relevante, es decir, la acción realizada en forma positiva o bien en

*91 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, primera edición, tercera reimpresión de la primera edición , editorial Fernández Editores 2001Pág.11.

forma omisiva, así como el resultado material o formal que producen y atendiendo a la afectación material del bien jurídico penal o a la sola puesta en peligro afectación formal o jurídica de este, es lo que convierte ese comportamiento en delictivo.

Estas categorías son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, acorde a una sistemática jurídico penal moderna. Por ello, solo baste decir, de modo general, que toda acción u omisión es delito cuando se encuentra descrita en la ley penal (tipicidad) por tanto, se infringe el ordenamiento jurídico (antijuridicidad) y puede ser atribuida a su autor (culpabilidad), siempre que no se actualice una causa de exclusión (legítima defensa, atipicidad, causa de inculpabilidad, etc.), o no existan obstáculos punitivos (excusas absolutorias) que impidan la aplicación de la penalidad.

La tipicidad es la adecuación de un hecho (supuesto de hecho) a la descripción (tipo) que del mismo se hace en la ley penal. Esto, como se ha citado, derivado del principio de legalidad en su vertiente *nullum crimen sine lege*, puesto que solo los hechos descritos en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales. No sobra decir que esta categoría sistemática del delito lleva implícito la institución del tipo penal, pero no solo eso, sino que además se obtiene que la tipicidad es una función en la sistemática que esta reservada a los órganos jurisdiccionales, es decir, la atipicidad es propia del juez, solo este la puede declarar en el momento cuando un caso concreto se amolda al supuesto de hecho descrito en la ley penal.

En base a lo anterior y para poder proponer la reforma a mi criterio es necesaria en el Código Penal para el estado de Guanajuato, solo resta decir en términos generales que el tipo jurídico penal es la descripción de la conducta ordenada o prohibida, bien como acción o como omisión, que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hechos de una norma penal. Por ello, la tipicidad tiene como presupuesto la existencia de un tipo, por que significa que el comportamiento es subsumible en el supuesto de hecho de la norma penal. Es esta la diferenciación correcta. Ahora bien, el tipo en cuanto a su elaboración del tipo una diversidad de formas de aparición de comportamientos humanos que deben ser estimados como delitos, con una imagen conceptual lo suficientemente abstracta como para poder englobar el mayor número de comportamientos que tengan características esenciales comunes, es así como se establece que en el derecho penal, el tipo tiene una triple función:

1.- Función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes.

2.- Función garantista o de garantía, en la medida que solo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente.

3.- Función motivadora general, puesto que, con la descripción de los comportamientos en el tipo penal, el legislador indica a los ciudadanos que acciones u omisiones están preceptuados o prohibidos, y espera que con la conminación en los tipos penales, los ciudadanos se abstengan de su realización.

5.8.- PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 255 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN EL ESTADO DE GUANAJUATO.

Establecer la oportunidad o conveniencia de modificar nuestra legislación penal, sin duda resulta una tarea difícil de asumir honradamente. Nuestra legislación penal y procesal penal en el estado de Guanajuato fue publicada en el periódico oficial del estado el 2 de abril de 1959, de esa fecha hasta el día de hoy, el derecho penal ha sufrido varias transformaciones doctrinales y jurisprudenciales que exigen una modificación de nuestra ley adjetiva para hacerla acorde a un sistema penal garantista.

Dicha legislación penal y procesal penal debe considerarse buena y coincidente con los principios de un sistema de derecho penal democrático; no obstante, es necesario puntualizar que, de igual forma, los posibles cambios o modificaciones que podrían en un momento dado presentarse, serían con el único objetivo de perfeccionar instituciones y procedimientos relacionados con el respeto a garantías procesales previstas por el artículo 20 constitucional y dar la pauta para que el inicio del proceso sea ágil y garantista, sin olvidar desde luego la reparación del daño para la víctima o para quien tenga derecho a ella en los términos de la ley foral y que desde luego es lo que la administración de justicia busca en cualquiera de sus competencias.

Así entonces se procederá a analizar los aspectos del ilícito que dio tema para la elaboración del presente trabajo de tesis que a continuación me permito presentar y que a criterio del postulante pueden ser modificados, ello con el único objeto de contribuir a un mejor procedimiento, y para que con ello se logre una mejor procuración e impartición de justicia.

Hemos visto que si una autoridad emite un mandato para ser ejecutado por un particular y este hace caso omiso, se vería afectada la administración de justicia y consecuentemente la víctima al no obtener lo que por derecho le corresponde, traducido ello no en otra cosa, sino que, en la reparación del daño ha que hubiese lugar en tratándose de alguna sentencia que por derecho así lo ordene, merced a ello si se trata de un mandato de autoridad en donde sea citado a comparecer ante tal, alguna persona que este relacionada en un hecho criminoso o haya presenciado el hecho de manera directa o tenga información al respecto y que legalmente le asista la obligación de comparecer a la autoridad particularmente como lo establece el artículo 230 del código

penal vigente en el estado, y que no exista impedimento legal alguno par que así sea, en tratándose de que el mandato sea librado por el Ministerio Público se podrán imponer medidas de apremio para hacer valer tal determinación, medidas de apremio que se encuentran estipuladas en el artículo 42 del Código Procesal penal, y así obligar legalmente sin violar las garantías individuales del particular para dar cumplimiento a ese mandato.

Pero, si no obstante de que el Ministerio Público agoto los medios de apremio para hacer valer sus determinaciones, y el agente activo hace caso omiso, la administración de justicia sigue afectada al igual que la víctima del hecho criminoso, por lo tanto y hasta este momento procesal, es permisible por la ley de la materia, que de manera oficiosa, **si y solo si** se agotaron los medios de apremio se pueda iniciar una averiguación previa al agente activo que hizo caso omiso por el delito de DESOBEDIENCIA A UN MANDATO DE AUTORIDAD a que hace referencia el artículo 255 del código Penal Vigente ene el estado que a la letra dice *“a quien agotadas la medidas de apremio legales, se rehusare a cumplir un mandato de autoridad, se le aplicara de tres meses a y tres años y de diez a cincuenta días de multa”*^{*92} y ser sancionado penalmente por esta omisión.

Pero he aquí en donde radica la problemática en el citado precepto legal, y en donde en múltiples ocasiones la administración de justicia se ve afectada quedando impune muchas veces el hecho criminoso o la víctima que fue perturbada en sus bienes derechos o posesiones sin la reparación del daño, pues si bien es cierto, ya se agotaron los medios de apremio por parte de la autoridad ordenadora, además se inicio averiguación previa por el desacato de ese mandato de autoridad e inclusive se condeno al agente activo por no dar cumplimiento a ese mandato, (cualquiera que fuese la orden a ejecutar) quedando hasta ese momento inconclusa la imparticion de justicia para con quien fue perturbado en sus derechos bienes o posesiones y que exige justicia por la conducta que le perjudico sus intereses.

Y en base a lo anterior, atendiendo a los principios del garantismo penal que han quedado descritos en supralineas, la autoridad que ordeno el mandato, no puede por ningún motivo volver a imponer medios de apremio al agente activo para que de cumplimiento a ese mandato de autoridad que inclusive genero una condena, mucho menos puede procesársele nuevamente por el delito de desobediencia a un mandato de autoridad, por que este se generaría de la misma omisión por la cual inclusive el agente activo ya fue procesado, y se violaría el artículo “23 “ de la carta magna que establece que *“ningún juicio criminal deberá*

^{*92} Código Penal para el Estado de Guanajuato, Op. cit. supra 80 Pág. 148.

^{*93} Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Op. cit. supra 91 Pág. 21

*tener mas de tres instancias.*93 Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la practica de absolver de la instancia.”* He aquí el verdadero problema que el legislador debe considerar para hacer efectiva al reparación del daño de la victima, para darle la justicia que reclama de la autoridad, para restituírle de esos derechos que le fueron vulnerados.

Por ello propongo que en materia de reparación del daño al que la victima tenga derecho o de quien tenga derecho a ello, se le tenga al gobernado que incurre en el delito de DESOBEDIENCIA DE UN MANDATO DE AUTORIDAD como COMPLICE del hecho en tratándose de un hecho criminoso, para que así y solo así se le persiga además por el delito que se indaga y que inclusive genero el mandato de autoridad, pues establece el código penal en su artículo “22” que es cómplice “quien dolosamente preste ayuda a otro a la comisión dolosa de un delito. Cuando contribuya con ayuda posterior al delito, solo habrá complicidad si fue convenida con anterioridad” y en este supuesto con tal omisión si bien es cierto o retrasa la administración de justicia, o como en muchos casos sucede, el hecho criminoso queda impune por ocultar el agente activo información a la autoridad que es de utilidad para esclarecer la veracidad de los hechos, de tal manera que quedan desprotegidos los ciudadanos al ser vulnerados sus derechos,

Por otra parte si el mandato emana de una autoridad distinta al orden penal, propongo se adicione que la pena se agrave cuando el mandato de autoridad consista precisamente en que el agente activo del delito de “desobediencia” deba hacer alguna reparación del daño como restitución de inmuebles, pago en efectivo de algún daño causado, restitución de menores a quien tenga derecho a ellos cuando se habla de litigios de pérdida de patria potestad o custodia, incumplimiento de obligaciones alimenticias etc., pues al no hacerlo el actor quedaría afectado, de tal manera que pudiese aplicar en este precepto legal el principio de **proporcionalidad racional de las penas y medidas de seguridad** que establece que “la respuesta penal debe ser equilibrada. No todo comportamiento igual se sanciona. Tampoco un comportamiento de lesión a un bien jurídico tiene el mismo desvalor que la simple puesta en peligro. Establece que el origen o ratio escendi del delito, por que el juzgador debe considerar los motivos que se tuvieron para realizar el delito y esto se debe reflejar en la sanción”, para que de esta manera se obligue al agente activo a dar cumplimiento de ese mandato.

Ahora bien si el agente activo da cumplimiento al mandato de autoridad hasta antes de que el Ministerio Público rinda conclusiones propongo que la sanción sea atenuada.

CONCLUSIONES.

1.- Debe de tenerse especial cuidado en la reestructuración del ilícito en estudio, pues considero que es un delito de resultado formal en donde la administración de justicia es quien resulta afectada, pero no por ello menos importante, pues como se advierte en los capítulos anteriores el estado como persona moral tiene la responsabilidad de la impartición de justicia de una manera eficaz y eficiente para los gobernados y al quedar un hecho impune, no se estaría cumpliendo con la misión del estado que es preservar para todos el bien publico temporal a través de una administración e impartición de justicia.

2.-Que se realicen las modificaciones legales pertinentes en nuestra legislación con la finalidad de que en nuestro estado haya una mejor administración e impartición de justicia sin vulnerar los derechos de los gobernados, siempre apegados a un estado de derecho, aplicando una pena mayor a los individuos que desacaten los mandatos de quienes tienen la encomienda por el estado de administrar e impartir justicia en nuestra entidad federativa.

3.- Deben impulsarse reformas para que el procedimiento de sanción tenga mayor realce cuando algún gobernado incurra en el delito de desobediencia, pues ello dará margen para que sean cada vez menos los ilícitos que queden impunes y cada vez mas sean los beneficiados cuando se les condene a la reparación del daño o bien cuando se esclarezca la verdad legal en la indagatoria que realiza el misterio público.

4.- Considero además que no es lo más adecuado establecer un sistema sancionador pero si que los legisladores hagan conciencia que solo agravando la pena en el delito de desobediencia de un mandato de autoridad ó considerar al agente activo del delito de desobediencia como cómplice del hecho que se investiga se podrán obtener mejores resultados favorables a la victima o afectado y la administración de justicia quedara mejor protegida en esos supuestos en los que actualmente resulta imposible obtener un resultado favorable en las resoluciones promulgadas al momento de pretender obtener la reparación del daño del activo ó bien en las investigaciones que el ministerio publico realiza para el esclarecimiento de los hechos criminosos.

5.-Seguir respetando los derechos de los gobernados para cuando la ley no los obligue o les reconozca el derecho que les asiste para dar cumplimiento a un mandato emanado por la autoridad en tratándose de la investigación y persecución de los delitos que realiza el Ministerio Público y continuar respetando las garantías constitucionales de los gobernados pero no por ello permitir que la victima o el demandante de un

derecho que la le asista en cualquiera de sus ámbitos legales quede desprotegido al no luchar por ese derecho que le asiste y que el Estado le tutela que es el bien publico temporal que desde luego se logra con una buena administración e impartición de justicia.

6.-La administración de justicia no debe permanecer estática y debe evolucionar en forma rápida a efecto de responder a las necesidades actuales, debiendo plantearse la posibilidad que con las reformas que propongo al artículo 255 del código penal vigente en la actualidad además de aplicar una mayor sanción a quien desobedezca un mandato emitido por cualquier autoridad con facultades para ello, cuando así proceda, debe plantear aspectos de reparación o resarcimiento de los daños y perjuicios, no solo en ámbito penal sino los de carácter civil, laboral, mercantil, administrativo etc., derivados de ese desacato, esa manifestación del gobernado de no cumplir lo ordenado por la autoridad cuándo así proceda.

7.- Debo concluir aseverando que de manera insoslayable la impartición de justicia ha sido y siempre será preocupación prioritario en cualquier ente social y en cualquier Estado, por ello no debemos olvidar que si un ciudadano comienza con incumplir una imposición legal emanada de una resolución judicial o una orden emitida por autoridad competente comenzaran a perderse esos valores, esos principios que rigen al Estado como responsable de mantener el bien publico temporal par a todos sus gobernados, ya que su correcta aplicación es garantía de seguridad y bienestar de toda colectividad que a la vez proyecta la imagen de la procuración y administración de justicia en sus poderes legislativo ejecutivo y judicial, por que a ella se asocia la justicia como valor fundamental de orden y derecho.

BIBLIOGRAFIA.

- Amuchategui Requena Griselda, Derecho Penal Mexicano, segunda edición Editorial Oxford, México 2000 Pág. 344
- Arellano García Carlos, Teoría General del Proceso, octava edición Editorial Porrúa México 1999 Págs.257.
- Briceño sierra Humberto, categorías institucionales del proceso, Editorial Oxford University Press México 1999 t IV., Pág. 693.
- Carnelutti Francesco biblioteca clásicos del derecho Derecho Procesal Civil Y penal, volumen 4, Editorial Harla, 1997 Págs. 1184.
- Carranca y Trujillo Raúl, Carranca y Rivas Raúl, Derecho Penal Mexicano, décimo novena edición, Editorial Porrúa, México 1997, Págs. 982.
- Chiovenda Giuseppe, biblioteca clásicos del derecho, Curso de Derecho Procesal Civil, Vol., 6 Editorial Harla, 199, Pág.407. Págs. 573.
- Díaz Aranda Enrique, Dolo, cuarta edición editorial Porrúa, México 2002, Pág. 179
- Ferrajoli Luigi, Derecho y Razón Teoría del Garantismo penal, quinta edición editorial Trota, España, 2001 Págs. 1354.
- Gómez Lara Cipriano, Teoría General del Proceso, décima edición, editorial Oxford México 2003, Págs.363.
- Jiménez de Azua Luis, lecciones de derecho penal volumen 7 biblioteca clásicos del derecho, editorial Harla, México1997 Págs. 367.
- Márquez Piñero Rafael, Derecho Penal parte general, cuarta edición, Editorial trillas, México 1997 Págs.345.
- Monarque Ureña Rodolfo, Lineamientos Elementales de la Teoría General del Delito, edición 2001,

editorial Porrúa México 2001,pags. 273

- Orellana Wiarco Octavio A., Teoría del Delito, décimo primera edición Editorial Porrúa México 2001. Págs. 217.
- Ortiz porras marco Antonio, carrera de Derecho Procesal Civil Editorial Harla México1995 Págs. 653.
- Pallares Eduardo Diccionario de derecho procesal civil, Editorial Porrúa México 1995 Págs. 379.
- Pavón Vasconcelos Francisco, Derecho Penal Mexicano décima sexta edición Editorial Porrúa, México 2002 Págs. 664.
- Pavón Vasconcelos Francisco y Vargas López Gilberto, Derecho Penal Mexicano, quinta edición Parte Especial I, editorial Porrúa México 2000 Págs. 467.
- Porrúa Pérez Francisco, teoría del estado vigésimo séptima edición editorial Porrúa México 1994 Págs. Págs. 531.
- Vela Treviño Sergio, antijuridicidad y justificación, tercera edición, Editorial trillas México 1999, Pág.334.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, manual de derecho penal, cuarta reimpresión, editorial Cárdenas Editor Distribuidor Argentina, 1998, Págs.857.

LEGISLACIÓN.

- Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales Y otros ordenamientos, segunda edición, editado por el IFE, México 1999, Págs.417.
- Código Penal Federal, tercera edición, Derechos Reservados, editorial Delma México 2000 Págs. 809.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal Reformado, cuarta edición, Derechos Reservados, editorial Delma México 2000 Págs. 640.
- Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato, cuarta edición, editorial Yussim Derechos Reservados México 2005, Págs.135.

- Colección Mercantil décimo primera edición, Der. Reservados, editorial Delma México 2004 Págs. 739.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, primera edición, tercera reimpression de la primera edición, editorial Fernández Editores 2001, Págs. 191.
- Guiza Alday Francisco Javier, Código Penal para el Estado de Guanajuato, sexta edición., editorial yusim México 2002 Pág. 213.
- Legislación Agraria, única edición, editorial Sista, Derechos Reservados, México 2001, Págs.258
- Ley Federal del Trabajo, tercera edición, editorial Yussim Derechos Reservados, México 2005, Págs.156.

O T R A S F U E N T E S .

- De Pina Vara Rafael, Diccionario de derecho, editorial Porrúa, México 1992, Págs. 253.
- <http://www.scjn.gob.mx>.
- <http://www.bibliotecajuridicavirtual.mx>.
- Roxin Claus, Teoría del Tipo penal, editorial depalma, única edición Argentina 1979, Págs.303.