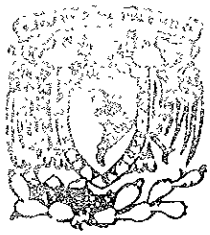
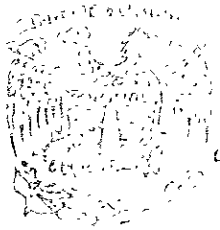
879309 50
57
9 ej.



UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE



FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
CLAVE 8793-09

LA PERSONAS JURIDICAS COLECTIVAS COMO SUJETOS ACTIVOS DEL DELITO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

Alicia Cerrablanca Nieto

ASESOR

Lic. Héctor Gustavo Ramírez Valdez

262919

CELAYA, GTO. ABRIL 1998

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Universidad Nacional Autónoma de México
UNAM
Biblioteca Central
Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

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.

CON TODITITITITITO MI AMOR, A
MI FAMILIA:

EL RATON VAQUERO.
LA GORDIS.
GESTITAS DE GESTILANDIA.
EL PEQUEÑO TORTIN.
Y A VITIT

LOS QUIERE..... LA LILI.

AGRADECIMIENTOS:

A MI ASESOR DE TESIS, LIC. H. GUSTAVO RAMIREZ VALDEZ, CON TODO RESPETO Y ADMIRACION,¡GRACIAS !.

A TODAS MIS AMIGAS(OS), POR SU CARIÑO, ENTUSIASMO,POR SU APOYO INCONDICIONAL, POR LOS MOMENTOS FELICES Y LOS QUE NOS FALTAN.

GRACIAS, A TODAS LAS PERSONAS QUE HAN CONFIADO EN MI, (ESPERO NO DEFRAUDARLES TAN PRONTO).

ÍNDICE.

INTRODUCCION. pág.

CAPITULO I
EL DELITO EN GENERAL.

1.1.- Generalidades del delito 1
1.2.- Antecedentes históricos del delito 3
1.3.- Noción de delito 7
1.3.1.- Noción sociológica de delito. 7
1.3.2.- Noción Jurídica de delito 10
1.4.- Aspecto jurídico formal del delito 10
1.5.- Aspecto jurídico substancial del delito 11
1.6.- Definiciones de delito. 12
1.7.- Elementos positivos y negativos del delito 15

CAPITULO II
ELEMENTOS DEL DELITO.

2.1.- Generalidades. 19
2.2..- Noción de los elementos del delito. 19
2.3.- La conducta. 19
2.3.1.- Concepto de conducta 20
2.3.2.- Objetos del delito 21
2.3.3.- Elementos de la acción 21
2.3.4.- Los sujetos de la conducta 21
2.4.- El tipo y la tipicidad 22

2.4.1.- Función de la tipicidad 23
2.4.2.- Aspecto negativo del tipo y la tipicidad 23
2.5.- Antijuricidad (Concepto) 23
2.5.1.- Aspecto negativo de la antijuricidad (causas de justificación) 23
2.6.- La imputabilidad (concepto) 25
2.6.1.- Aspecto negativo de la imputabilidad. La inimputabilidad. 25
2.6.2.- Causas de inimputabilidad 25
2.7.- La culpabilidad 26
2.7.1.- Formas de culpabilidad 26
2.7.2.- Aspecto negativo de la culpabilidad. La inculpabilidad 28
2.7.3.- Eximentes de culpabilidad. 28
2.8.- La punibilidad 29
2.8.1.- Aspecto negativo de la punibilidad.Causas absolutorias 29

CAPITULO III
EL SUJETO ACTIVO DE LA CONDUCTA.

3.1.- Generalidades de la conducta 32
3.2.- Conducta humana y el conocer jurídico 33
3.3.- Análisis jurídico normativo de la conducta 35
3.4.- El acto. 35
3.4.1.- El acto humano 35
3.4.2.- Acto jurídico 37
3.5.- El sujeto activo 37

CAPITULO IV
AUTORIA Y PARTICIPACION.

4.1.- Generalidades 40
4.2.- Delitos unisubjetivos y plurisubjetivos 41

4.3.- Noción de participación. 41
4.4.- Concepto de participación 42
4.5.- Naturaleza de la participación 42
4.5.1.- Desarrollo definitivo de la teoría causal. 45
4.6.- Elemento subjetivo de la participación 45
4.7.- Grados de participación 48
4.7.1.- Requisitos de la participación 52
4.8.- Encubrimiento 53
4.9.- Asociación delictuosa 55
4.10.- Pandilla 56
4.11.- Muchedumbre delincuente 57
4.12.- Secta criminal 58

CAPITULO V
LAS PERSONAS JURIDICO COLECTIVAS.

5.1.- Generalidades 62
5.2.- Noción de personalidad 63
5.2.1.- Concepto de personalidad jurídica 65
5.2.2.- Concepto jurídico de persona. 67
5.2.3.- Especies de personas 70
5.2.4.- Atributos de la persona. 71
5.2.5.- Principio y fin de la personalidad. 72
5.3.- Las personas jurídicas colectivas 72
5.3.1.- Teoría de la naturaleza jurídica de las personas jurídicas colectivas 75
5.3.2.- Capacidad de las personas juídicas colectivas. 86
5.3.3.- Creación de las personas jurídicas colectivas 91
5.3.4.- Funcionamiento de las personas jurídicas colectivas 91
5.3.5.- Extinción de las personas jurídicas colectivas 91

CAPITULO VI
DOCTRINAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURIDICAS COLECTIVAS.

6.1.- Problematica de las personas jurídicas colectivas. 94
6.2.- Doctrina de Carlos Franco Sodi 99
6.3.- Planteamiento de la responsabilidad societaria 103
6.3.1.- Teorías de la responsabilidad real y de la ficción 104
6.4.- Fundamentos de la responsabilidad extracontractual 107

CAPITULO VII
LAS SANCIONES PENALES.

7.1.- Noción general de sanción. 110
7.2.- La pena 111
7.2.1.- Caracteres de la pena 111
7.2.2.- Los fines de la pena 112
7.3.- Medidas de seguridad 113
7.4.- Clasificación legal de las penas y medidas de seguridad 113
7.5.- Las sanciones a sociedades en el Derecho Aleman vigente. Modelo de Derecho comparado de la República Federal Alemana 117
7.5.1.-El deber de vigilancia e inspeción. Penalidades a sociedades y directivos por el hecho del agente. 118
7.5.2.- Cuestiones relativas a la calidad del autor 119
7.6.- Panorama en los Estados Unidos. Penas a sociedades por el hecho de sus agentes. 121
7.7.- Análisis de los modelos legislativos: Aleman y de los Estados Unidos. 122

CONCLUSIONES. 127

BIBLIOGRAFIA 132

INTRODUCCION.

Como es sabido, el hombre vive en sociedad para su conservación y desarrollo, además a ésta le hace tener la posibilidad de satisfacer sus propias necesidades, lo cuál implica que el ser humano también se ve obligado a respetar el ejercicio de iguales facultades de los demás miembros de la sociedad.

Cualquier consideración en relación con el conjunto normativo que rige al ser humano, lo hace situarse como el punto central del derecho, y toda consecuencia jurídica que genere el ser humano, de su vida gregaria le es atribuída.

El hombre es apto para ser sujeto de derechos y obligaciones, no sólo como persona aislada, como individuo, sino también como grupo, como conjunto de individuos.

Así mismo, la persona humana, es el posible sujeto activo del delito, porque puede actuar con su voluntad y ser imputable, pero existen problemas modernamente de gran importancia en vista del creciente desarrollo de las actividades del ser humano, que implican la realización habitual de actos tan variados como complejos, ello como resultado del Estado de Derecho en el que vivimos, de los sindicalismos, de la prolífica actividad capitalista que ha tenido un auge altamente considerable, tangible, que permite la concentración de grandes capitales para alcanzar poderes económicos insospechados, los que han llegado incluso a rebasar fronteras de países donde tienen influencia trascendental y también en la economía de nuestro país, su estructura social y jurídica.

Las personas jurídicas colectivas no son sinónimo de excepción de estas macroactividades del ser humano. Las ideas penales han evolucionado, y un problema de actualidad entre los doctrinistas que resulta muy discutido, es el de sí sólo la persona individual o también la moral o jurídica puede ser sujeto activo del delito, mientras unos autores están convencidos de la responsabilidad de las personas jurídicas colectivas, otras la niegan categóricamente, por lo que en este trabajo de tesis pretendo hacer un análisis de carácter expositivo, ello debido al rol

que desempeñan actualmente las personas jurídicas colectivas, y toda vez que aunado a la importancia que adquieren estas en la vida moderna, de manera paralela se incrementa la posibilidad de comisiones delictivas perpetradas por estas.

De ahí la importancia de delimitar desde el punto de vista teórico las posibilidad de concebir a las personas jurídico colectivas, como posibles sujetos activos del ilícito penal y procurar enfocar estas posibilidades al ámbito práctico jurídico, pues no bastará con dictar sabias disposiciones, sino que es preciso asegurar su efectividad y su vigencia, reprimiendo eficazmente actos antijurídicos.

En éste trabajo de tesis, me propongo estudiar nuevamente los elementos constitutivos del delito, a fín de encontrar explicación alguna al problema que gira en torno a las personas jurídicas colectivas, así como la diferenciación de otras figuras como la autoría y participación, referidas en ésta tesis.

Por otra parte existen modelos de derecho comparado de la República Federal Alemana y de los Estados Unidos que permitan dar una visión bastante significativa relacionada con la problematica que dió origen a tesis que he titulado " Las Personas Jurídicas Colectivas Como Sujetos Activos del Delito".

Con éste trabajo de tesis pretendo dar más que una posible solución a un conflicto técnico jurídico, pretendo saciar una espectativa que inicia con una de las tantas figuras complejas de las exploradas en los cursos de Derecho Penal de la Licenciatura y que ahora culmina con un trabajo de investigación jurídica.

CAPITULO I

EL DELITO EN GENERAL.

1.1.- GENERALIDADES DEL DELITO.

La sociedad es sabidamente, una forma de vida natural y necesaria al hombre en la cuál se requiere un ajuste de las funciones y de las actividades de cada individuo, que haga posible la convivencia evitando choques, resolviendo conflictos y fomentando la cooperación.

En consecuencia, si el hombre ha de vivir en sociedad para su conservación y desarrollo, es claro que en esa sociedad, organizada con tales fines, ha de tener posibilidad de hacer todo aquello que sea medio adecuado para llenar sus propias necesidades, hallándose obligado a respetar el ejercicio de iguales facultades en los demás y aún a contribuir con el orden jurídico por el conjunto de normas que regulan y hacen posible la vida en común.

De lo anterior se desprende que el Derecho no es únicamente un conjunto sistemático de costumbres y de disposiciones de carácter obligatorio que rige a los individuos y a la comunidad, sino que además el Derecho es un instrumento de gobierno de la sociedad cuya vida estructura y ordena.

Estado tiene la misión de asegurar un orden y una constante coordinación de actividades que permitan una justa convivencia, no bastará dictar sabias disposiciones sino que es preciso asegurar su efectividad y su vigencia, reprimiendo eficazmente los actos antijurídicos.

Para esta labor, así como para muchas otras, la intuición o el obrar por impulsos espontáneos ha precedido a toda filosofía y a toda doctrina, de esa manera empírica e irrazonada los grupos primitivos, bien sea la familia, la tribu o la sociedad, procedieron con tono áspero a dictar sus mandatos sin olvidar jamás una amenaza, siempre aparejada, de imponer castigos en casos de desobediencia.

Las ideas penales han evolucionado y presentan diversos matices según el pueblo a estudio, de ahí que ni en todas las sociedades ha sido

igual, ni tampoco ha sucedido, con normal tránsito, en las diversas épocas, por lo que resulta difícilmente el lograr proporcionar una definición general de delito.

A través de los tiempos, se han realizado diversos análisis por parte de los estudiosos del derecho desde muy variados puntos de vista.

Existen en la actualidad tantas definiciones de delito como corrientes, disciplinas y enfoques doctrinarios de diversos tratadistas; cada uno lo define desde su perspectiva particular, de modo que cabe hablar de una noción sociológica, clásica, positivista, doctrinal, legal, criminológica etcétera.

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

Los pueblos más antiguos castigaron los hechos objetivamente dañosos y la ausencia de preceptos jurídicos no constituyo un obstáculo para justificar la reacción punitiva del grupo o individuo lesionado contra su autor, fuera éste hombre o bestia, como así se consideró en otras épocas y aún en nuestro siglo los ejemplos abundan en afirmar equívocamente en que los animales eran capaces de delinquir.

Garófalo estructura un concepto de 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.

Del anterior concepto fue merecedor de críticas y aunque trató de encontrar algo común al hecho ilícito en todos los tiempos y lugares, de manera que no estuviera sujeto a la constante variedad de sus estimativa según la evolución cultural e histórica de los pueblos, su empeño quedó frustrado, pues su concepto de delito quedó olvidado e inútil.

Para Carrara su concepto de " ente jurídico" distinguió al delito de otras infracciones no jurídicas y precisó sus elementos más importantes.

Lo consideró 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 ésta 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 la cuál separa lo jurídico de la conciencia del hombre, precisando su naturaleza positiva o negativa . La imputabilidad moral fundamenta la responsabilidad del sujeto y por último la calificación de dañosa (políticamente) da su verdadero sentido a la infracción de la ley y a la alteración de la seguridad de los ciudadanos para cuya garantía fue dictada. (1)

Carrara, sienta un criterio esencial, al afirmar que el delito no es un hecho, sino una infracción, un ente jurídico, aparte de ese elemento intenta sentar criterios para la valoración misma de la ley sancionadora, la cuál viene a quedar sometida a postulados racionales extratécnicos suministrados mediante deducción lógica, por la suprema ley natural del orden que emana de Dios.

Con lo anterior vemos que la definición de Carrara es más bien filosófica que dogmática.

Han sido tantos los esfuerzos realizados por numerosos penalistas para elaborar una definición filosófica del delito con validez universal, pero a pesar de la intensa labor realizada no se ha logrado, señala Cuello Calón, " pues hallándose la noción del delito en íntima conexión con la vida social y jurídica de cada pueblo y cada siglo, aquella ha de seguir forzosamente los cambios de éstos y por consiguiente es muy posible que lo que ayer como delito se consideró, hoy sea lícito y viceversa. Es pues, inútil buscar una noción del delito en sí. " (2)

1.2.-ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DELITO.

La historia del Derecho Penal no se estudia por afán de exhibir una supuesta erudición, vacía de sentido y de utilidad, sino por el beneficio que reporta para la mejor inteligencia de las instituciones actuales el conocimiento comparativo de sus orígenes y de sus antecedentes, así como la observación atenta del proceso que ha seguido el Derecho en su elaboración.

"Ni aquí ni en parte alguna - decía Aristóteles en sus lecciones sobre la vida política - llegaremos a ver el interior de las cosas, a menos de que las veamos crecer desde sus comienzos."

Cabe advertir que los conceptos y las instituciones penales han evolucionado esencialmente, independientemente del tiempo y del lugar en que se hayan producido, y comprobándola luego por el relato cronológico de lo ocurrido en cada país y en cada región.

La evolución del Derecho Penal se suele dividir en las etapas siguientes:

A) ÉPOCA BÁRBARA O DE LA VENGANZA PRIVADA.

Se caracteriza por el impulso de la defensa o de la venganza de todas las actividades provocadas por un ataque injusto. Por falta de protección adecuada que después se organiza, cada particular, cada familia o cada grupo se protege y se hace justicia por sí mismo.

La primer base de toda conducta en el hombre es la Naturaleza Humana, por tanto la irritación y la reacción provocados por un ataque venido del exterior respondieron primero al instinto de conservación.

Los estudiosos del Derecho consideran el impulso de la venganza, individual o familia, como primera respuesta al delito y como germen auténtico de la represión penal; esa venganza se originó por el homicidio o las lesiones y su ejercicio recayó sobre los familiares del ofendido, llevando por lo mismo el nombre de "venganza de la sangre" o "blutrache" como se nombraba entre los germanos y en ocasiones se generalizó a toda clase de ofensas.

Según se ve, en este periodo la función represiva estaba en manos de los particulares, los vengadores, al ejercitar su reacción, se excedían causando males mayores que los recibidos, hubo necesidad de limitar la venganza y así apareció la fórmula del talión " ojo por ojo y diente por diente", para significar que el grupo sólo reconocía al ofendido el derecho de causar un mal de igual intensidad al sufrido.

B) PERIODO TEOCRÁTICO O DE LA VENGANZA DIVINA.

Parece natural que al revestir los pueblos características de la organización teocrática, todos los problemas se proyectaron hacia la divinidad, como eje fundamental de la constitución misma del Estado, así surge en el terreno de las ideas penales, el periodo de la venganza divina; se estima el delito una de las causas de descontento de los Dioses; por eso los jueces y tribunales juzgaban en nombre de la divinidad ofendida, pronunciando sus sentencias e imponiendo las penas para satisfacer su ira, logrando el desistimiento de su justa indignación.

En ésta etapa evolutiva del Derecho Penal, la justicia represiva es manejada generalmente por la clase sacerdotal.

Los grupos se organizaron teocráticamente y consideraron ofendida la divinidad por el atentado cometido contra el grupo bajo su protección, o contra cualquiera de sus componentes, y era preciso desagraviarla, por medio de un sacrificio suplicatorio, de un suplicium, generalizándose entonces tal especie de venganza en nombre de sus divinidades ofendidas, como explicación, justificación y fin de las medidas penales.

C) CONCEPCIÓN POLÍTICA O DE LA VENGANZA PÚBLICA.

Un sentimiento empírico, mezcla ya de justicia y utilitario, hizo que se buscara remedio a éstos abusos estableciendo como ya en supralíneas se mencionó las Leyes del Talión cuya fórmula consagrada es la de " ojo por ojo y diente por diente", para limitar la venganza al monto o a la gravedad del daño recibido; se inició la composición mediante tratados de paz entre los perseguidores y los perseguidos, composición que fue estimulada y luego impuesta por las autoridades comunes quienes decidían si realmente había un culpable.

Poco a poco se va advirtiendo en algunos delitos su carácter de agresión al orden público y se distinguen los delitos públicos de los privados. Este era un paso más en la fijación de los verdaderos conceptos fundamentales del Derecho Penal, pese al arraigo de las penalidades excesivas y crueles.

En éste periodo la humanidad puntualiza Carrancá y Trujillo, abusó su ingenio para inventar suplicios, para vengarse con refinado encarnizamiento; la tortura era una cuestión preparatoria durante la instrucción y una cuestión previa antes de la ejecución, a fin de obtener revelaciones o confesiones. Nacieron los calabozos (" oubliettes " de oublier, olvidar, donde las víctimas sufrían prisión perpetua en subterráneos).

D) TENDENCIA HUMANITARIA.

El cristianismo había sembrado la semilla de la fraternidad, de la redención y de la enmienda, iniciando la substitución de las penas corporales por la prisión y legándonos sus primeras experiencias en materia de tratamientos penitenciarios.

A la excesiva crueldad siguió un movimiento humanizador de las penas y, en general, de los sistemas penales. La tendencia humanitaria, de antecedentes muy remotos tomó cuerpo hasta la segunda mitad del siglo XVIII con César Bonnesana, marques de Beccaria, Montesquieu, D´Alambert, Voltaire, Rousseau y muchos más que propugnaron éste movimiento.

E) PERIODO CIENTÍFICO.

Esta cristalización de los sentimientos de humanidad y del esfuerzo racionalizador de la materia penal, abrió el periodo científico en que se han sucedido diversas escuelas o doctrinas, cada una de las cuales va dejando, después de la crítica y de la depuración indispensables, sedimentos valiosos cuya suma y combinación acabaran por consolidar las verdades que definan con exactitud la naturaleza del problema y ofrezcan las soluciones más adecuadas. Comienza a sistematizarse los estudios sobre materia penal, iniciándose con la obra del marqués de Beccaria y culmina con la de Francisco Carrara, máximo exponente de la escuela clásica del Derecho Penal. (3)

Algunos autores señalan, como principio del periodo científico las doctrinas de los positivistas de fines de la pasada centuria; los positivistas confeccionaron ciencias causales explicativas de la criminalidad, pero no de derecho normativo por esencia.

1.3.- NOCIÓN DE DELITO.

Se ha dicho que la primer noción vulgar del delito es la que se refiere a un acto sancionado por la ley con una pena.

En la mente popular, en efecto que no tiene que preocuparse por esencias o contenidos en virtud de que tiene una idea empírica.

La función del Derecho Penal como una parte específica de todo orden jurídico, está determinada por su objeto, el comportamiento criminal, así como las consecuencias jurídicas previstas para el mismo.

De ambos elementos se deducen, al mismo tiempo, límites del Derecho Penal con respecto a otras ramas jurídicas.

La cuestión del comportamiento criminal como objeto o punto de referencia del Derecho Penal, nos sitúa ante un circulo vicioso: criminal es el comportamiento en tanto esté conminado a una pena.

Para avanzar sobre los límites de esta respuesta formal, es necesario que la conducta criminal presente cualidades que no se definan en primer término por las circunstancias de estar amenazada por una pena, sino que por el contrario, expresen el fundamento por el cuál tal comportamiento delictivo resulta punible.

Es extraordinariamente dudosa y discutida la cuestión de si existen tales cualidades, en qué consisten y la manera en que la Ley Penal se refiere a ellas.

1.3.1.- NOCIÓN SOCIOLÓGICA DEL DELITO.

Por mucho tiempo los positivistas se limitaron a repetir que el delito es un hecho natural, fruto de factores antropológicos, físicos y sociales, pero

sin ensayar una definición del mismo que lo caracterizara con independencia de toda valoración legal, Garófalo advirtió ésta deficiencia en su escuela y quiso remediarla buscando, por los medios inductivos a que se hallaba comprometido, una noción del delito natural. Para ello se empeña, al iniciar su Criminología, en que la palabra delito no es un técnicismo ni ha sido creada por los legisladores sino que existe en el lenguaje popular.

Rafael Garófalo, define el delito natural como la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad.

Garófalo sentía la necesidad de observar algo e inducir a una definición de la cuál dijo haber observado los sentimientos, afirmó que el delito es la violación de los sentimientos de piedad, y de probidad poseídos por una población en la medida mínima que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad.

El citado jurista demuestra que no iba a investigar el fenómeno delito en sí, sino más bien la palabra delito; ni trataba de saber qué es tal delito sino qué significa, por lo que su investigación era más de carácter lingüística que criminológica.

La conducta del hombre, el actuar de todo ser humano, puede ser un hecho natural supuesta la inclusión en la naturaleza de lo psicológico y de sus especialísmos mecanismos; pero el delito como tal es ya una clasificación de los actos, hecha por especiales estimaciones jurídicas, aún cuando su concepto general y demasiado nebuloso haya trascendido al vulgo, o quizá por él mismo se haya formado, como tal vez sucedió con la primera noción intuitiva de lo bueno, de lo útil, de lo justo, sin que por ello sea el contenido de éstas apreciaciones un fenómeno natural. La esencia de la luz se puede y se debe buscar en la naturaleza; pero la esencia del delito, la delictuosidad, es fruto de una valoración de ciertas conductas, según determinados criterios, las referencias conforme a los cuáles una conducta se ha de considerar delictuosa.

Cada delito en particular se realiza necesariamente en la naturaleza o en el escenario del mundo, pero no es naturaleza; la esencia de lo delictuoso, la delictuosidad misma, es un concepto a priori, una forma creada por la mente para agrupar y clasificar una categoría de actos,

formando una universalidad cuyo principio es absurdo querer luego inducir de la naturaleza.

Delito se ha convenido en llamar a todo atentado grave al orden jurídico; y si los fines del Derecho son la justicia, la seguridad y el bien común, el delito es tal porque lesiona, pone en peligro alguno de éstos tres valores, o atenta contra él.

Dentro de los conceptos modernos resultan muy amplios los alcances de la piedad y de la probidad para explicar los delitos contra la seguridad de la Nación, contra el derecho internacional, contra la seguridad pública, contra la autoridad, contra la moral sexual etc.

Por esto se ha hecho notar que es una base falsa, para una noción jurídica el referirse a sentimientos individuales y no ha necesidades colectivas. Ya antes Feuerbach, Mattermaier, Carmignani y Carrara, distinguieron aunque con diverso sentido, entre delito natural y delito legal, lo que en substancia no es sino la vieja distinción entre delicta mala in se y mala quia prohibita; en tanto que muchos otros como Frank, Pessina y el mismo Carrara ensayaron también la separación del contenido del delito, señalando especialmente Oudot, como Rossi, la oposición a la Ley moral, que es lo mismo que analiza Garófalo como la violación del sentido moral.(4)

Como consecuencia de lo anterior se deduce que de existir una definición sociológica de delito, no sería una noción inducida de la naturaleza y que tendiera a definir el delito como un hecho natural, que no lo es, sino como un concepto básico, anterior a los Códigos, que el hombre adopta para calificar las conductas humanas y formar los catálogos legales.

Ni Garófalo ni todos los que siguieron sus pasos en este propósito de formular una definición del delito natural, llegaron a ofrecer definición alguna.

En realidad se procura desarrollar al concepto de antijuricidad, fijando su contenido material, y nada más; pero la antijuricidad es un elemento del delito y no el delito mismo.

1.3.2.-NOCION JURÍDICA DEL DELITO.

Tratándose de delito, necesariamente de toda definición debe ser jurídica en mayor o menor grado: algunas se formaran desde un punto de vista sociológico, anterior e independiente de toda realidad legislada; otras obedecen a un punto de vista dogmático y particular; las habrá quienes den preferencia al elemento material, al elemento formal, al elemento objetivo, al elemento subjetivo del delito, pero si se trata de una esencia jurídica, señala Villalobos por este solo hecho y en cierta medida la definición será jurídica en todo caso.

Desde el ángulo jurídico, el delito atiende solo a aspectos de derecho, sin tener en cuenta consideraciones sociológicas, psicológicas o de otra índole.

El delito como noción jurídica es contemplada desde dos aspectos: jurídico formal y jurídico substancial.

1.4.-ASPECTO JURÍDICO FORMAL DEL DELITO.

Para algunos autores la noción jurídico formal se refiere a las entidades típicas que traen aparejada una sanción; no es la descripción del delito en concreto, sino la enunciación de que un ilícito penal merece una pena.

La verdadera noción formal del delito la suministra la ley positiva mediante la amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de ciertos actos, pues formalmente hablando, expresan, el delito se caracteriza por su sanción penal.

De lo anterior se desprende que sin una ley que sancione una determinada conducta, no es posible hablar de delito.

Para Edmundo Mezger, el delito es considerado una acción punible; esto significa que es, el conjunto de presupuestos de la pena.

1.5.- ASPECTO JURÍDICO SUBSTANCIAL DEL DELITO.

Consiste en hacer referencia a los elementos en que consta el delito.

Los diversos estudiosos no coinciden en cuanto al número de elementos que deben conformar al delito de modo que existen corrientes.

Son dos los sistemas principales para realizar el estudio jurídico-esencial del delito:

a.-) Unitario o totalizador.

Según la corriente unitaria o totalizadora, el delito no puede dividirse ni para su estudio, por integrar un todo orgánico.

Afirmando Antoliseli, que el delito es como un bloque monolítico el cuál puede presentar aspectos diversos pero que no es en modo alguno fraccionable.

Los partidarios de ésta tendencia afirman que el delito es una unidad que no admite divisiones.

b.-) Atomizador o analítico.

Los analíticos o atomizadores estudian el delito por su elementos constitutivos, y para estar en condiciones de entender todo éste sistema, precisa el conocimiento de sus partes, sin que por ello implique, la negación de que el delito integra una unidad.

Carrara habla del ilícito penal como una disonancia armónica.

En cuanto a los elementos integradores del delito no existe en la doctrina uniformidad de criterios; mientras unos especialistas señalan un número, otros lo configuran con más elementos.

Para los seguidores de esta tendencia, el delito es el resultado de varios elementos que en su totalidad integran y dan vida al delito.

Según esta corriente, algunos autores estiman que el delito se forma con un número determinado de elementos, otros consideran que el delito se constituye con dos elementos, otros más aseguran que se requieren tres, y así sucesivamente, hasta llegar a quienes afirman que el delito se integra con siete elementos.

Esquemáticamente, tal idea se presenta en el cuadro siguiente:

corrientes y elementos del delito

número de elementos	corriente	elementos
2	Bitómica	Conducta y tipicidad.
3	Tritómica	Conducta , tipicidad y antijuricidad
4	Tetratómica	Conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.
5	Pentatómica	Conducta, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad.
6	Hexatómica	Conducta, tipicidad, antijuricidad,culpabilidad, punibilidad y condicionalidad objetiva

(5)

1.6.- DEFINICIONES DE DELITO.

La palabra "delito", deriva del latino delictum del verbo delinquere, a su vez compuesto de delinquere, y el prefijo de, en connotación

peyorativa, se toma como delinquere viam o rectam viam: dejara o abandonar el buen camino.

Por eso Carrara dijo, que el delito es, esencialmente, una infracción; separación del camino y de la disciplina trazados por el Derecho; transgresión de las disposiciones que regulan el orden social.

Pero pese a las definiciones aportadas por los estudiosos del Derecho, no daban con esto satisfecha la delimitacion del objeto definido, aún faltaba algo esencial.

Mezger elabora una definición jurídico substancial, al expresar que el delito es la acción típicamente, antijurídica y culpable.

Para Cuello Calón es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible.

Por su parte Jimenez de Asúa refiere que " El delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal" cabe mencionar que en forma semejante se había expresado el penalista alemán Ernesto Beling, pero sin hacer referencia a la imputabilidad.

De la definición del maestro Jimenez de Asúa se incluyen como elementos del delito: la acción, la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de la penalidad.

Existen quienes niegan el carácter de elementos esenciales la imputabilidad, a la punibilidad y a las condiciones objetivas de la penalidad a que refiere Jimenez de Asúa.

De lo anterior cabe advertir que para algunos la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, o si se quiere del delito, pero no es un elemento del mismo.

La punibilidad, merecimiento de una pena, no adquiere el rango de elemento esencial del delito, por que la pena se merece en virtud de la naturaleza del comportamiento.

Celestino Porte Petit, en una conferencia sustentada ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, expresó que la penalidad es elemento esencial del delito, al definirlo como el acto u omisión que sancionan la leyes penales, exigiendo explícitamente la pena legal; actualmente el citado jurista niega el rango de elemento esencial de delito.

Para Pavón Vasconcelos si se acepta, de acuerdo con la Teoría de la Ley Penal, que la norma se integra mediante el precepto y la sanción, la punibilidad es el elemento o condición esencial del delito; de otra manera insiste en que la norma sin sanción deja de ser coercitiva y se transforma en precepto declarativo sin eficacia alguna.

El término " Delikt" ha sido empleado por Binding y Finger, en un sentido jurídico estricto, netamente distinto del que tienen las palabras "acción punible"; "Delikt" es el nombre genérico de la infracción culpable de la norma.

De ahí, que se debería de hablar de " delito jurídico- penal ".

La expresión " straftat" (hecho punible), empleada para expresar el concepto general, ha sido rechazada por algunos autores que la han considerado fea y no alemana.

No se le ha reprochado solamente tales defectos; también se ha dicho que ésta expresión es falsa, por cuanto el hecho punible es el acto del verdugo y no del asesino, y ello puede ser hasta cierto punto, exacto, por lo menos en el aspecto filosófico.

Con todo, dicha expresión se ha generalizado y expresa el sentido de referencia en forma concisa y evita toda confusión, señala Edmundo Mezger. (6)

Hasta el momento no existe una uniformidad de criterios respecto a definición del delito y respecto a los elementos esenciales del delito, pero a pesar ello subsiste la idea de que sí existen elementos para integrar la naturaleza jurídica del delito, y sin llegar a hacer un análisis a fondo de las definiciones anteriores se desprenden las siguientes características del Delito:

a.-) Conducta.
b.-) Tipicidad.
c.-) Antijuricidad.
d.-) Imputabilidad.
e.-) Culpabilidad.
f.-) Condiciones objetivas de punibilidad.
g.-) Punibilidad.

La conducta que se exige provenga de un sujeto imputable (capaz de querer y entender) sólo es delictuosa, si se encuadra exactamente con la escrita en la Ley Penal (tipicidad), si se opone al orden jurídico (antijuricidad), si subjetivamente, le es imputable a su autor (culpabilidad) y si se encuentra amenazada con la sanción (punibilidad); debiéndose cumplir además las eventuales condiciones de las cuáles depende la efectividad aplicativa de la sanción (condiciones objetivas de la punibilidad).

1.7.- ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO.

Según la definición expuesta por Jimenez de Azúa los elementos del delito vienen a ser:

a.-) La acción (conducta o hecho)
b.-) La tipicidad.
c.-) La antijuricidad.
d.-) La imputabilidad.
e.-) La culpabilidad.
f.-) Las condiciones objetivas de penalidad.

El licenciado Fernando Castellanos Tena en su obra Lineamientos Elementales del Derecho Penal, manifiesta que la imputabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas no tienen el carácter de elementos esenciales del delito, pero como ese mismo autor señala y éste trabajo de tesis se adhiere a tal postura, es conveniente hacer el estudio conjunto de los elementos esenciales del delito, con los que no lo son, para tener una idea completa de la materia.

Los aspectos positivos del delito son:

a.-) Conducta
b.-) tipicidad.
c.-) antijuricidad
d.-) imputabilidad.
e.-) culpabilidad
f.-) Condicionalidad objetiva,
g.-) punibilidad.

Los aspectos negativos son:

a.-) Falta de conducta.
b.-) Ausencia de tipo.
c.-) Causas de justificación.
d.-) Inimputabilidad.
e.-) causas de inculpabilidad.
f.-) Ausencia de condicionalidad objetiva.
g.-) excusas absolutorias.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPITULO I

(1) PAVÓN VASCONCELOS FRANCISCO, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, Parte General, Editorial Porrúa, S.A., México 1967, segunda edición, pág. 139.

(2) CASTELLANOS FERNANDO, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa,S.A., México, 1985., vigesimoprimera edición. pág. 125.

(3) VILLALOBOS IGNACIO, *Derecho Penal Mexicano*, Parte General, Editorial Porrúa, S.A., México 1990, Quinta Edición. pág. 201.

(4) Dr. GÜNTER STRATENWERTH, *Derecho Penal*, Parte General, Tomo I, Editorial EDERSA, España, 1982. Segunda edición. pág. 89.

(5) AMUCHATEGUI REQUENA IRMA G., *Derecho Pena.l* Parte General, Colección de Libros Universitarios,Editorial Harla, segunda edición 1990, pág. 45.

CAPITULO II

ELEMENTOS DEL DELITO.

2.1.- GENERALIDADES.

Sin riesgo a equivocación, podría decirse que éste tema constituye la columna vertebral del Derecho Penal.

Por otra parte, el adecuado manejo de los elementos permite entender la práctica de cada delito.

En el capítulo anterior se afirmó que como son diversos los criterios y corrientes respecto al número de elementos que conforman al delito, en éste capítulo se analizarán los elementos del delito que en una generalidad así son considerados.

2.2.- NOCIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO.

Los elementos del delito son las partes que lo integran, dicho de otra manera, existen en razón del existir de los elementos, a saber: conducta, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, imputabilidad, punibilidad y condicionalidad objetiva.

2.3- LA CONDUCTA.

El delito es ante todo una conducta humana.

Para expresar este elemento del delito se han usado diversas denominaciones : acto, acción, hecho etc.

Luis Jimenez de Asúa explica que emplea la palabra "acto" en una amplia acepción, comprensiva del aspecto positivo "acción" y del negativo "omisión".

Radbruch distingue dentro del concepto conducta que puede comprenderse la acción y la omisión; es decir, el hacer positivo y el negativo; el actuar y el abstenerse de obrar.

Porte Petit se muestra partidario de los términos conducta y hecho para denominar al elemento objetivo del delito: dice.- "no es la conducta únicamente, como muchos expresan, sino también el "hecho", elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo."

Cita en apoyo de su punto de vista las opiniones de Cavallo y Battalini; para el primero, el hecho "en sentido técnico, es el conjunto de los elementos materiales del mismo, que realiza la lesión o el peligro a un interés penalmente protegido" y para el segundo, el hecho " en sentido propio, es solamente el hecho en sentido material que comprende la acción y el resultado"

En la Teoría del Derecho se entiende por hechos jurídicos los acontecimientos a los cuales el Derecho atribuye ciertas consecuencias, y desde ésta referencia, todo delito es un hecho jurídico.

La conducta es la forma como el hombre se expresa activa o pasivamente, el maestro Fernando Castellanos Tena define la conducta como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito.

Como puede apreciarse la conducta es una manera de asumir una actitud que puede manifestarse como una acción o como una omisión.

2.3.1.-CONCEPTO DE CONDUCTA.

En términos generales la conducta se define como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.

Es pues, el elemento psíquico interno, fundado en la voluntad y la actuación interna del sujeto.

(1)

2.3.2.- OBJETOS DEL DELITO.

Los autores distinguen entre objeto material y objeto jurídico del Delito. El objeto material lo constituye la persona o cosa sobre quien recae el daño, peligro u acción, delictuosa. El objeto jurídico es el bien protegido por la Ley que el hecho u omisión lesionan.

2.3.3.- ELEMENTOS DE LA ACCIÓN.

Al respecto señala Porte Petit: Generalmente se señalan como elementos de la acción, la manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad.

La manifestación de voluntad y una actividad corporal.

Jiménez de Asúa estima que son tres: manifestación de voluntad, resultado y relación de causalidad.

Porte Petit habla de conducta o hecho porque para él, la primera no incluye un resultado material, mientras el segundo abarca tanto a la propia conducta como el resultado y al anexo de causalidad cuando el tipo particular requiere una mutación del mundo exterior.(2)

2.3.4.- LOS SUJETOS DE LA CONDUCTA.

A.-) SUJETO PASIVO.

El sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma.

B.-) OFENDIDO.

Es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal. Generalmente existe coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido, pero a veces se trata de personas diferentes; tal ocurre en el delito de

homicidio, en donde el sujeto pasivo o víctima es el individuo a quien se ha privado de la vida, mientras los ofendidos son los familiares del occiso.

El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido por la norma penal y es quien resiente, directamente, los efectos del delito, el ofendido es la persona que sufre de forma indirecta los efectos del delito.

De lo anterior puede distinguirse el sujeto pasivo del delito y el sujeto pasivo del daño, siendo el primero el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma, y que generalmente es la persona física el sujeto pasivo del delito, pero también tiene éste carácter el Estado, tratándose de los delitos políticos y las personas morales, (robo cometido a bienes de una sociedad mercantil).

Así mismo puede distinguirse el sujeto pasivo del daño siendo aquellos que sin ser titulares del derecho violado, resienten el perjuicio causado por la acción criminal.

Como se mencionó anteriormente frecuentemente coinciden el sujeto pasivo del delito y del daño, como en los delitos de robo, lesiones, injurias, etc. Sin embargo algunos delitos como el de homicidio, el occiso es el sujeto pasivo del delito y los deudos, del daño.

C.- SUJETO ACTIVO.

Es aquél que realiza la conducta jurídicamente dañosa.

2.4.- EL TIPO Y LA TIPICIDAD.

Tipo es la descripción legal de una conducta estimada como delito que lesiona o hace peligrar bienes jurídicos protegidos por la norma penal.

El tipo es una concepción legislativa, es la descripción de una conducta hecha dentro de los preceptos legales.

La tipicidad, según Castellanos Tena, es: el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la Ley, la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

El tipo viene a ser el marco o cuadro y la tipicidad el encuadrar o enmarcar la conducta al tipo.

2.4.1- FUNCIÓN DE LA TIPICIDAD.

Al establecerse en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se le da a la tipicidad el rango Constitucional de garantía individual, por lo que podemos afirmar que la tipicidad tiene la función de principio de legalidad y seguridad jurídica.

2.4.2- ASPECTO NEGATIVO DEL TIPO Y LA TIPICIDAD.

Se acepta unánimemente que no hay delito sin tipo legal, razón por la cuál se deduce que cuando el legislador no describe una conducta dentro de las leyes penales, tal conducta no es delito, es decir hay ausencia de tipo cuando no existe descripción legal de una conducta como delictiva.

Habrá ausencia de tipicidad cuando una conducta no se adecue a la descripción legal; existe tipo, pero no encuadramiento de la conducta al marco legal constituido por el tipo, por ejemplo, un caso de adulterio cometido sin escándalo y además fuera del domicilio conyugal.

2.5.- ANTIJURICIDAD.

CONCEPTO. Podemos entender la antijuricidad, desde un punto de vista penal, como lo contrario a la norma penal; la conducta antijurídica es aquella que viola una norma penal tutelar de un bien jurídico.(3)

2.5.1- ASPECTO NEGATIVO DE LA ANTIJURICIDAD, CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

Cuando la conducta realizada, sea cuál fuere (alterar la salud, privar de la vida, etc.) se encuentra permitida por el derecho, tal conducta no es

antijurídica, pues no viola ninguna norma penal, no choca con el orden jurídico, no rompe el marco normativo de la sociedad, se efectúa el amparo de una causa de justificación.

Las causas de justificación son las condiciones de realización de la conducta que eliminan el aspecto antijurídico de dicha conducta.

Conforme a nuestro derecho son causas de justificación las siguientes:

1.- Legítima Defensa.

Existe legítima defensa cuando la persona, objeto de una agresión actual, violenta y sin derecho que entrañe un peligro inminente para su persona, honor o bienes, o para la persona, honor o bienes de otro, reacciona enérgicamente y causa un daño al agresor.

2.- El Estado de necesidad.

Es la situación de peligro real, grave, inminente, inmediato para la persona, su honor o bienes propios o ajenos, que sólo puede evitarse mediante la violación de otros bienes, jurídicamente tutelados, pertenecientes a persona distinta.

3.- Cumplimiento de un deber.

Consiste en el actuar por obligación, ya sea que ésta obligación provenga de la Ley o que provenga de un superior jerárquico.

4.- Ejercicio de un derecho.

La persona que actúa conforme a un derecho, que la propia Ley le confiere, se ampara en una causa de justificación.

5.- Impedimento Legítimo.

Consistente en una conducta omisiva que atiende a un interés preponderante, superior, tal es el caso de la negativa a declarar por razones del secreto profesional.

2.6.- LA IMPUTABILIDAD.

CONCEPTO. La imputabilidad es la capacidad de entender y querer considerada dentro del ámbito del derecho penal.

Dicha capacidad tiene dos elementos :

a) Intelectual.

Referido a la comprensión de los alcances de los actos que se realizan, es decir que es la capacidad para comprender.

b) Volitivo.

Consistente en desear el resultado. Capacidad para desear un resultado.(4)

2.6.1. ASPECTO NEGATIVO DE LA IMPUTABILIDAD. "LA INIMPUTABILIDAD".

La Inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad, o sea, es la incapacidad para entender y querer en materia penal.

2.6.2.- CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.

Las causas de Inimputabilidad son las siguientes:

- Minoría de edad.
- Trastorno mental.
- Desarrollo intelectual retardado.
- Miedo grave.

2.7.- LA CULPABILIDAD.

La defensa de la Sociedad como organización, consiste en conservar un orden justo y de paz, combatiendo aquellos comportamientos que desconocen y contrarían tal ordenación.

CONCEPTO.

La culpabilidad se identifica con la reprochabilidad hacia sujeto activo, por haberse éste conducido contrariamente a lo establecido por la norma jurídico penal.

Jiménez de Asúa define la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.

Según Castellanos Tena, la culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.

La para Ignacio Villalobos culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y a conservarlo, desprecio que se manifiesta por la oposición, en el dolo, o indirectamente, por la indolencia y desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa.

Se reprocha el acto culpable por que al ejecutarlo se da preponderancia a motivos personales sobre los intereses o motivos de la solidaridad social en concurso; y por que teniendo la obligación de guardar la disciplina y las limitaciones impuestas a la expansión individual, y todo el cuidado necesario se desconoce o se posterga ese deber.(5)

2.7.1.-FORMAS DE LA CULPABILIDAD.

La culpabilidad se presenta en las tres formas siguientes: dolo o intención, culpa o imprudencia, y preterintensión.

El dolo opera cuando el sujeto activo se ha representado en su mente la conducta que va a realizar y el resultado de esa conducta, y decide en un acto de voluntad llevar a cabo lo que en su mente se representó.

La conducta dolosa es intencional y voluntaria.

El dolo tiene como elementos el moral o ético y el volitivo o psicológico, el primero contiene el sentimiento, la conciencia de que se viola un deber, el volitivo o psicológico es la voluntad, la decisión de realizar la conducta.

El dolo puede representarse de diferentes formas, pero podemos considerar que existen cuatro especies principales que son:

a) Directo.- El resultado corresponde al que había previsto el sujeto activo.

b) Indirecto.- Existe cuando el sujeto se representa un fin, pero prevé y acepta la realización necesaria de otros fines delictivos.

c) Indeterminado.- Es la voluntad genérica de delinquir, sin fijarse un resultado delictivo concreto.

d) Eventual.- El sujeto se propone un resultado delictivo, pero se prevé la posibilidad de que surjan otros típicos no deseados, pero que se aceptan en el supuesto de que ocurran.

La culpa o imprudencia la encontramos cuando el activo no desea realizar una conducta que lleve un resultado delictivo, pero por un actuar imprudente, negligente, carente de atención, cuidados y reflexión verifica una conducta que produce un resultado previsible delictuoso.

En éste caso la conducta es imprudencial, culposa o no intencional.

Los elementos de la culpa son: una conducta positiva o negativa, ausencia de cuidados o precauciones exigidas por el Estado, resultado típico, previsible, evitable y no deseado y una relación causal entre la conducta y el resultado.

Las especies de culpa son la siguientes:

a) Consiente, con previsión o con representación.

Existe cuando el sujeto activo prevé la posibilidad de un resultado ilícito penal, pero no desea tal resultado y espera que no haya tal evento típico.

b) Culpa inconsciente, sin previsión, sin representación.

Esta especie de culpa se da cuando el resultado, por naturaleza previsible no se prevé o no se representa en la mente del sujeto.

Algunos autores clasifican la culpa inconsciente o sin previsión en sentido amplio cuando el resultado es previsible por cualquier persona, leve cuando es previsible por una persona cuidadosa y levísima por los extremadamente cuidadosos.

La preterintensión es una suma del dolo y la culpa, una conducta que tiene un inicio doloso o intencional y una culminación culposa o imprudencial.

2.7.2.- ASPECTO NEGATIVO DE LA CULPABILIDAD. LA INCULPABILIDAD.

El aspecto negativo de la culpabilidad es la inculpabilidad, o sea, la ausencia del elemento de culpabilidad.

Según expresión de Jiménez de Asúa la inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto del juicio de reproche.

La inculpabilidad se presenta cuando una persona actúa en forma aparentemente delictuosa, pero no se le puede reprochar su conducta por existir una causa de inculpabilidad que se refiere a la ausencia de conocimiento o voluntad en la realización de la conducta.

2.7.3.-EXIMENTES DE CULPABILIDAD.

- Error esencial.
- Obediencia jerárquica.
- Otras eximentes.
    a) Legítima defensa.
    b) Estado de necesidad.
    c) Deber y derechos legales putativos.
    d) No exigibilidad de otra conducta.

e) Temor fundado.
f) Encubrimiento de familiares y allegados.
g) Estado de necesidad tratándose de bienes de igual jerarquía.

2.8 .- LA PUNIBILIDAD.

CONCEPTO.

El hecho típico, antijurídico y culpable debe tener como complemento la amenaza de una pena, o sea debe de ser punible y sancionado con una pena el comportamiento delictuoso.

La punibilidad, como elemento del delito ha sido sumamente discutida.

Hay quienes afirman que efectivamente es un elemento del delito y hay otros que manifiestan que es sólo una consecuencia del mismo.(6)

Conforme a la definición de delito que proporciona el Código Penal vigente en la entidad, se infiere que la punibilidad si es un elemento del delito.

2.8.1.-ASPECTO NEGATIVO DE LA PUNIBILIDAD. EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Según Castellanos Tena, son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho impiden la aplicación de la pena.

En éstos casos el carácter delictivo de la conducta y demás elementos del delito subsisten sin modificación, únicamente se elimina la punibilidad.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPITULO II

(1) CASTELLANOS FERNANDO, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal,* Editorial Trillas S.A. México, vigésimo primera edición. pág. 147.

(2) PORTE PETIT CELESTINO. *Apuntamientos de la parte general del Derecho Penal,* Editorial Jurídica Mexicana, México, 1969 Volumen. I, primera edición, pág. 301.

(3) OSORIO Y NIETO CESAR AUGUSTO, *Síntesis de Derecho Penal,* Parte General, Editorial Trillas, México, 1986, segunda edición. pág. 55.

(4) Cit. Ídem. Pág. 57.

(5) CASTELLANOS FERNANDO, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Trillas S.A. México, vigésimo primera edición. pág. 245.

(6) Cit. Ídem. Pág. 245.

(7) *Apuntamientos de Derecho Penal*, Parte General, Primer curso.

CAPITULO III

EL SUJETO ACTIVO DE LA CONDUCTA.

3.1.-GENERALIDADES DE LA CONDUCTA .

Como ya anteriormente se mencionó en el capítulo anterior, la conducta es el elemento objetivo del delito (si el tipo legal describe simplemente una acción u omisión), y hecho cuando la Ley requiere (además de la acción o de la omisión) la producción de un resultado material, unido por un nexo causal.

Ahora bien, el elemento objetivo es decir la conducta, como quedó establecido en un concepto anteriormente referido implica un comportamiento humano voluntario, y no a las bestias o las cosas como en antaño se pensaba, de ahí que la conducta humana adquiere relevancia para el Derecho Penal.

El acto y la omisión deben corresponder al hombre, porque únicamente es posible sujeto activo de las infracciones penales; es el único ser capaz de voluntariedad.

Este principio, indiscutible en nuestro tiempo, carecía de validez en otras épocas. Sólo la persona humana es posible sujeto activo de la infracción, pues sólo ella puede actuar con voluntad y ser imputable, afirma Carrancá.

El espíritu individualista que ha penetrado en el Derecho moderno, nace ya indisputablemente éste principio desde la Revolución Francesa, en consecuencia la responsabilidad penal es personal.

También los animales fueron considerados en otro tiempo como sujeto activo, es decir fueron humanizados. En el antiguo Oriente, Grecia, Roma, la Edad Media y la moderna y aún en nuestro siglo, según enseña la historia, en antaño se consideró a los animales como los delincuentes, distinguiéndose tres periodos o etapas:

1.- Fetichismo; se humanizaba a los animales equiparándolos a las personas.

2.- Símbolo; se entendía que los animales no delinquían pero se les castigaba para impresionar, (acción pauperies romana: pauperies est damnum sine injuria facientis datum; necessim potest animal injuria fecisse, quod sensu care) ;

3.- Por último, solamente se sanciona al propietario del animal dañoso por medio del abandono noxal a título de indemnización (Garraud).

La Edad Media ofrece ejemplos numerosos de procesos contra animales y Addosio ha podido reunir 144 de dichos procesos relativos a caballos homicidas, cerdos infanticidas, perros acusados de crimen bestialitis, topos, langostas y sanguijuelas etc.

Chanssance y Bally ganaron celebridad como abogados defensores de tales absurdos sujetos.

Todavía modernamente Jimenez de Azúa registra más ejemplos : en Troyes (1845) fue sentenciado un perro por cazador furtivo; en Leeds (1861) un gallo por haber picoteado el ojo de un niño y suman muchos los ejemplos que la historia señala al respecto, así se cita el gallo que fue quemado vivo en 1474, en Basilea, por falta de definición sexual, a quien se atribuía haber puesto un huevo. Así mismo recuérdese el proceso instaurado en Europa al papagayo que gritaba "viva el Rey", contraviniendo las ideas de la triunfante revolución. (1)

3.2.- LA CONDUCTA HUMANA Y EL CONOCER JURÍDICO.

La vinculación que existe entre la conducta del hombre y el objeto de la ciencia del Derecho ha sido y es aún tema de ardua y fecunda controversia en el campo de la jurisfilosofía. Y los diferentes modos de consideración de ese tema han dado origen a diversas y notables teorías que enriquecen la gama de investigación tendiente a la tarea de jurista y al material con que éste ha de desempeñarse.

El eminente investigador italiano Giorgio Del Vecchio, trasladando el criticismo kantiano a la teoría general de la Ciencia Jurídica, siendo el primero en dar forma jurídica al concepto de que el Derecho, en tanto,

categoría de obrar, consiste en la interferencia intersubjetiva de la conducta humana.

Parte Del Vecchio del supuesto de que todos los actos humanos pueden ser considerados en su correlación (o interferencia) con otras acciones humanas.

Esta correlación puede efectuarse, en su concepto, de las siguientes maneras:

a) Como una correlación o interferencia subjetiva.

Constituye éste un modo subjetivo y unilateral de conceptuar y valorar la conducta humana, que es propicio de la moral.

De acuerdo con él, todo sujeto puede determinarse prefiriendo una de entre muchas acciones posibles de realizar.

Puede decirse, entonces, que esas acciones se correlacionan o interfieren en el fuero interno del sujeto hasta que éste, pronunciándose respecto de la que debe realizarse y los que no deben realizarse, prefiere y se decide por aquélla, excluyendo a éstas.

b) Como una correlación o interferencia intersubjetiva .

Esta forma bilateral de comprender la conducta es según Del Vecchio, propia y privada del Derecho consistente en contraponer la acción realizada por el sujeto, no ya con las que pueda llevar a efecto de ese mismo sujeto, sino con las que pueden realizar con otros sujetos.

Es decir, que cuando se afirma que determinada acción humana es jurídicamente permitida se ésta afirmando por implicancia, que los otros sujetos no pueden impedirla.

Completando la labor iniciada por Del Vecchio y señala de forma polémica frente al racionalismo dominante, Carlos Cossio, el cuál muestra, a la conducta humana, el carácter esencialísimo que le cabe como objeto perenne del conocer jurídico.

En forma de oposición con Hans Kelsen, para quien la conducta humana es sólo el contacto objetivo de la norma jurídica, sostiene que esa conducta , entendida , en su libertad metafísica , es el verdadero objeto de la Ciencia del Derecho.

Cossio concluye en que ese objeto es egológico (de ego, yo) e infiere ello porque la conducta humana, vista por el Juez desde el

específico ángulo de la inferencia intersubjetiva, es la propia vida humana viviente y no una de las meras objetivaciones que produce la vida en el incesante acaecer. (2)

3.3.- ANÁLISIS JURÍDICO NORMATIVO DE LA CONDUCTA.

Considerada normativamente la conducta, es decir, no en su ser, sino en su deber, ella se nos presenta como una serie de posibilidades de obrar.

Un hombre puede realizar o no realizar, actos que le estén permitidos, o que le estén exigidos, o que le estén prohibidos.

Es pues, cualquier situación objetiva descrita por una norma jurídica completa que es la que prescribe esas posibilidades como permitidas o como prohibitivas.

3.4- EL ACTO.

El acto, menciona Ignacio Villalobos es siempre la manifestación de una facultad en movimiento, facultad que se ejerce o se pone en juego para la realización que le es propia; es hacer, a diferencia de la capacidad de hacer, y por eso se suele contraponer la simple potencia al acto.

3.4.1.-EL ACTO HUMANO.

Cuando se habla de un acto humano se quiere radicar su origen precisamente en aquella entidad continua e idéntica a través del tiempo y del espacio .

Aún cuando ocurren en el hombre, no son actos del hombre todas aquellas funciones netamente biológicas, como la respiración o la digestión , que se producen sin haber pasado por la conciencia y sin el concurso de la

voluntad; funciones que, por ser comunes a todo el reino animal, resultaría impropio incluir en la clasificación de " actos humanos".

Tampoco lo son determinados movimientos reflejos que, aun cuando por su apariencia externa pudieran confundirse con los actos ordenados por el sujeto, observados a fondo se descubre que no pasan de ser reacciones a fibras y centros nerviosos vegetativos, sin la intervención del yo consciente y voluntario como sujeto.

El lenguaje ordinario demuestra una exacta penetración intuitiva de estas distinciones, cuando al referirse a un tic nervioso o a un reflejo cualquiera , no le ocurre a nadie que el sujeto mueve el rostro o la pierna sino que se le mueve el rostro o le salta una pierna, con lo cual quiere significar que el acto no es suyo sino de una de las partes de su cuerpo ; y precisamente ignorando esta distinción surge con frecuencia los equívocos de quienes toman por intencionados los movimientos involuntarios de un enfermo.

En terreno ya de las facultades intelectivas y volitivas, el actuar no es sino la realización o puesta en práctica de un pensamiento o de un deseo del sujeto; es evidente, por tanto, que las tendencias emotivas, la conciencia y aún el pensamiento podrán tomar parte en esa actuación, por cuanto que el acto que se realiza debe primero ser contenido del conocimiento; pero la determinación de actuar, la de orden de movimiento, el acto mismo, son funciones inmediata y necesariamente de la voluntad.

Por ello se dice que todo acto humano, es esencialmente, una manifestación de la voluntad.

La actividad mental sin voluntad, no obstante que al corresponder a una de las facultades superiores y propiamente humanas, no es el acto del hombre por no provenir de él como unidad; por no estar ordenado o acordado por el sujeto ni podérsele atribuir a él mismo; así, cuando una imagen o una idea obsesiva se presenta en la conciencia y vuelve y nos tortura con mas tenacidad cuanto más la rechazamos, el acto neutro consiste en esa repulsa, en ese esfuerzo voluntario por desentendernos de aquel deseo, de aquel recuerdo, de aquel impulso o de aquella frase que brota de la subconsciencia y se repite como muestra de fatiga o intoxicación, pero sería impropio decir que esta involuntaria imagen que nos molesta es algo más que un hecho, un fenómeno mental que no alcanza la categoría de un acto humano.

El pensar en cambio, es ordenado voluntariamente por el sujeto evocando las imágenes, ordenando los conceptos y buscando las conclusiones, sí es un acto humano por ser emanado del sujeto y dispuesto por el ego que representa la personalidad o el hombre.

3.4.2.- ACTO JURÍDICO.

Del punto anterior se desprende que los actos internos se substraen, por su naturaleza, a la esfera del Derecho que se forma esencialmente de normas de relación; así, aún cuando existen verdaderos actos humanos internos, carecen de importancia para todo estudio jurídico y por ello se suele afirmar que el acto que interesa para la integración del delito, el acto que puede ser calificado de jurídico o antijurídico, no sólo debe ser la realización, sino la exteriorización de voluntad humana.

3.5.-EL SUJETO ACTIVO.

Sólo el hombre es sujeto activo del delito, en virtud de que se encuentra provisto de capacidad y voluntad y puede, con sus acción u omisión, infringir el ordenamiento jurídico penal.

Se dice que una persona es sujeto activo cuando realiza la conducta o hecho típico, antijurídico, culpable y punible, siendo autor material del delito, o bien cuando participa en su comisión, contribuyendo en su comisión, contribuyendo a su ejecución en forma intelectual al proponer, instigar o compeler (autor intelectual) o simplemente auxiliando al autor con anterioridad a su realización, concomitantemente con ella o después de su consumación. (cómplice y encubridor). (3)

Tratándose de las personas jurídico colectivas, cabe mencionar que estas no pueden cometer delitos por la naturaleza de las mismas, por otra parte el artículo 15 del Código Penal para el Estado de Guanajuato, señala que cuando una persona jurídico colectiva de naturaleza civil facilite los medios para la comisión de un delito, de modo que éste resulte cometido a

nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el Juez con audiencia del representante legal de la misma, podrá imponer las sanciones previstas por éste Código, cuando lo estime necesario para la seguridad pública, sin perjuicio de la responsabilidad individual por el delito cometido.

De lo anterior se desprende que de dicho precepto jurídico las personas jurídicas colectivas pueden facilitar los medios para la comisión de un delito, pero su responsabilidad resulta de carácter subjetivo, lo cuál será expuesto en posteriores capítulos, a fin de delimitar figuras en las que existe una problemática en cuanto al autor del delito y su participación.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPITULO III

(1) CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. CARRANCA Y RIVAS RAUL, *Derecho Penal Mexicano*. Parte Genaral. Editorial Porrúa S.A., México 1977. pág. 225.

(2) *ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA*, Tomo III, Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1967.

(3) PAVÓN VASCONCELOS FRANCISCO, *Manual de Derecho Penal Mexicano,* Parte General, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 1967, pag. 143.

CAPITULO IV

AUTORIA Y PARTICIPACIÓN.

4.1.- GENERALIDADES.

Se considera que respecto a que el Derecho Penal gira en torno a la Ley, el delito, el delincuente y la pena, no se podrá pasar por alto al protagonista del acto delictuoso.

Sería absurdo tratar sólo el punto de vista jurídico como si el delito fuera una abstracción, cuando en realidad se trata de un acontecimiento que existe a causa del sujeto.

Aunque a la criminología corresponde analizar a fondo al criminal desde su enfoque interdisciplinario (sociología, biología, antropología y psicología), también es cierto que desde el punto de vista del derecho penal se pueden apreciar ciertos aspectos necesarios para comprender los problemas que ofrece esta ciencia jurídica.

Al igual que el delito, se pueden presentar el concurso, respecto a las personas también ocurre el fenómeno de la concurrencia, esto es la reunión de dos o más personas como sujetos activos del delito.

En principio, los delitos, en su mayoría, son cometidos por una sola persona . A veces, dos o más lo cometen, mientras que otras veces, la propia ley exige la concurrencia de dos o más sujetos para que pueda existir el delito.

A veces el delito no es obra de una sola persona; varias suman sus fuerzas para realizarlo participando en él. La actividad delincuente se sirve a veces de los mismos medios que la actividad honesta, y por ello la codelincuencia se asemeja a una empresa industrial como lo señala Manzini.

De aquí los problemas de la participación, tanto más importantes cuanto que los más graves delitos se cometen con pluralidad de sujetos activos, esto es, en societas sceleris, y tal es la tendencia de la criminalidad en la vida moderna.

4.2.- DELITOS UNISUBJETIVOS Y PLURISUBJETIVOS.

Dentro de la clasificación del delito existe ésta clasificación que atiende la unidad o pluralidad de sujetos que intervienen para ejecutar el hecho descrito en el tipo.

El peculado, por ejemplo es delito unisubjetivo, por ser suficiente para colmar el tipo legal, la actuación de un sólo sujeto que tenga el carácter de encargado de un servicio público y sólo él concurre con su conducta a conformar la descripción de la Ley, más es posible su realización de dos ó más personas, también son unisubjetivos el homicidio, robo, violación, etc.

El adulterio, al contrario, es un delito plurisubjetivo, por requerir necesariamente, en virtud de la descripción típica, la concurrencia de dos conductas para integrar el tipo; igualmente la asociación delictuosa, en donde se exige típicamente el concurso de tres o más individuos. El delito plurisubjetivo es aquel en el que la propia norma exige la concurrencia o participación de dos o más sujetos.

4.3.- NOCIÓN DE PARTICIPACIÓN.

Si ordinariamente se considera el delito como una conducta de un solo hombre, nada impide reconocer que pueden concurrir, y de hecho concurren con frecuencia varios sujetos activos para la realización del acto o del conjunto de actos que constituyen la infracción penal; en estos casos se dice que hay una participación o una contribución de todos esos agentes para la comisión del delito, y se plantean importantes problemas que debemos analizar.

Desde el Derecho Romano se reconoce que toda participación queda condicionada, para serlo y para ser tratada como tal, a que el delito se realice en un grado punible.

4.4.- CONCEPTO DE PARTICIPACIÓN.

A veces la naturaleza misma de determinados delitos requiere la pluralidad de sujetos, como en el adulterio, en donde la intervención de dos personas es una condición indispensable para la configuración del tipo.

En la mayoría de los casos, el delito es el resultado de la actividad de un individuo; sin embargo, en la práctica de dos o más hombres conjuntamente realizan un mismo delito; es entonces cuando se habla de participación.

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

La participación es la intervención de dos o más sujetos en la ejecución de un delito, sin que lo exija la norma, por ejemplo, homicidio o robo cometido por dos o más sujetos activos.

La participación es en sentido técnico es la cooperación eventual de varias personas en la comisión de un delito que podría ser consumado sin la intervención de todos aquellos a quienes se considera partícipes.(1)

4.5.- NATURALEZA DE LA PARTICIPACIÓN.

Muchos tratadistas se han preocupado por distinguir el delito colectivo, el bilateral y el recíproco, que son aquellos que no pueden cometerse sin la concurrencia de dos o más personas (como el motín, el duelo, la riña, el adulterio, etcétera), pues consideran que a tales casos no deben aplicarse las reglas especiales de la participación ya que el concurso de varias personas es un presupuesto necesario para la integración del tipo y cada concurrente debe responder de su propio acto como delito integral, aun cuando es claro que en esa especie de infracciones puede haber también partícipes accesorios que induzcan al delito, proporcionen medios para su comisión y aun concurran sin necesidad a la ejecución de los actos constitutivos del tipo.

La participación ha sido tratada por diversas teorías, a fin de explicar su naturaleza, a saber si realmente lo que se comete es un solo delito o son varios, y si es un solo delito cuál es la posición jurídica de cada partícipe, éstas diversas doctrinas pretenden desentrañar la esencia de la participación; con un propósito sintetizador pueden reducirse a tres, a saber: De la causalidad, de la accesoriedad y de la autonomía.

A) TEORÍA DE LA ACCESORIEDAD.-

Dando por supuesta la unidad del delito y exagerando la dependencia de los auxilios prestados por los partícipes a contar en éste "autor principal" el núcleo de unificación de todas las actividades convergentes, las cuáles se tuvieron como accesorias, pues se pensó que solo así podría explicar el hecho de que muchos actos, ejecutados por distintos sujetos, con indiscutible antijuricidad y la conciencia y voluntad que hacía responsables a sus autores, no se tuvieran como otros tantos delitos completos.

Tan fuerte llegó a ser la convicción de este carácter accesorio de la responsabilidad de los partícipes, respecto a la del agente principal, que aun el efecto eximente de algunas causas de Inimputabilidad, por parte del verdadero delincuente o autor material del delito, se comunicaban y beneficiaban a quienes habían auxiliado a éste, pues tales conductas " accesorias" se tenía por cierto que debían seguir la naturaleza de la principal y, no siendo ésta delictuosa ni punible, no lo eran tampoco las de todas las demás.

Es autor quien realiza el acto delictivo o conducta típica; así, hay una conducta principal y otras accesorias que corresponden a los partícipes.

B) TEORÍA SOBRE LA CAUSALIDAD.

Como reacción provocada por los caracteres más repelentes de la tesis de la accesoriedad de la participación, se puso la mira en el verdadero nexo que une a todos los partícipes con el delito realizado y les hace responsables del mismo, o sea en el hecho de que todos concurren a la

causación del evento producido, aportando cada uno algún influjo para su perpetración y teniendo por ello responsabilidad en el delito.

A Von Buri se atribuye esta valiosa observación, aunque injustamente se le hace cargo de haber firmado la equivalencia de todas las causas concurrentes, sobre argumentos ligeros, para concluir volviendo a los sistemas del Derecho Romano, que asignaban la misma pena para todos los partícipes.

La Teoría de la causalidad trata de resolver la naturaleza de la participación, de acuerdo con la causalidad.

Quienes coadyuvan con su unión a causar el resultado son coautores, partícipes o codelincuentes.

C) TEORÍA DE LA AUTONOMÍA.

Frente a las dos posiciones anteriores e insistiendo en asignar a cada responsable una penalidad adecuada al acto por él ejecutado, a su responsabilidad y a su peligrosidad demostrada, se pensó que tal propósito era incompatible con la unidad y comunidad del delito y se quiso cortar el mal de raíz, para lo cuál se atribuyó a cada concurrente (que ya no podía llamarse partícipe") un delito autónomo con su pena propia .

Así, además, se podían estimar para cada sujeto las excluyentes, agravantes o atenuantes que a él se ligaran, con absoluta independencia de los demás cuyos actos tenían sus elementos propios y formaban unidades distintas.

Afirma que cada sujeto realiza una conducta autónoma, por lo cual se producen varios delitos. Respecto de sus conductas, existe autonomía.

Para esta corriente, el delito producido por varios individuos pierde su unidad al considerar que los concurrentes a la producción del evento delictivo realizan comportamientos autónomos y surgen así distintos delitos, cada uno de ellos con vida propia de ahí que quienes intervienen ya no son partícipes, habida cuenta de la autonomía de su conducta; por ende a la actuación de uno no se le comunican las circunstancias de los demás.

Sólo son admisibles individualmente las causas de excluyentes de responsabilidad, o las calificativas o modificativas.

Esta corriente es clasificada como pluralística, por admitir varios delitos, en oposición a las dos corrientes anteriores, llamadas monísticas o unitarias, por estimar que autor y partícipes producen un delito único (2)

4.5.1. DESARROLLO DEFINITIVO DE LA TEORÍA CAUSAL.

Según la expresión de Mezger, dice Fernando Castellanos que de la supuesta necesidad de igualar las penas y con una sanción valorativa más fina, se volvió a la aspiración de sancionar a cada partícipe de acuerdo con su mayor o menor aportación objetiva en la realización de lo que indiscutiblemente es un solo delito, pero de acuerdo también con los datos individuales y subjetivos de responsabilidad, lo cuál significa la verdadera síntesis de los ensayos anteriores.

Dado a la estimación de la responsabilidad correspondiente a cada partícipe, cabe examinar cada uno de los datos que concurren a formarla: tanto el objetivo de mayor o menor eficacia causal o del aporte prestado para la realización del hecho típico, como el subjetivo que se refiere a la perversidad demostrada por cada sujeto o a su más o menos franca y reprochada actitud de oposición al orden social.

4.6 .- ELEMENTO SUBJETIVO DE LA PARTICIPACIÓN.

El delincuente afirma Ferri, es el más peligroso y más astuto no es forzosamente el autor material del delito sino que puede encontrarse en quien se ha reservado el papel de investigador y aun el de cómplice, pues en muchos casos el autor material obedece a motivos menos innobles que los del cómplice.

Ahora bien, este factor subjetivo se presenta en diversas formas:

A) INTENCIÓN.

Existe la intensión en un partícipe cuando no sólo ejecuta un acto que contribuye a la realización del delito sino que lo hace precisamente con ese propósito y sabiendo que el resultado es delictuoso.

Hay tratadistas como Giuseppe Maggione, que razonan con mayor amplitud sobre el particular y que pudieran en determinado momento arrastrar a su misma posición intelectual afirma Villalobos.

Por otra parte se encuentran estudios del maestro de Palermo la consideración básica de que la participación supone la unidad del delito cometido, de donde salta, con apariencia dialéctica, a la siguiente conclusión : " como no puede haber delito sin que concurran a la vez el elemento físico y el elemento psíquico, así tampoco puede haber una participación puramente moral u una puramente física o material."

La conclusión anterior no resulta clara de lo que puede decirse que de no existir el delito sin que la concurrencia de los factores moral y material no se sigue que en un hecho complejo, que se realiza por varios sujetos, no pueda uno de éstos poner el elemento psíquico de concebir y planear el delito y otro el de ejecutarlo materialmente.

El delito es único y se compone de parte psíquica y parte física; pero los agentes son dos o más, por hipótesis, y no realiza cada uno la totalidad de la infracción sino que pone una parte solamente y a ella se refiere su responsabilidad.

Hay unidad en el delito en cuanto a su parte objetiva, de hecho ; pero no necesariamente en la actitud mental de cada sujeto.

El partícipe para serlo, debe ejecutar un acto encaminado a cooperar, lo que vale tanto como decir voluntad y realización externa; pero basta que dicha voluntad sea referida al dicho movimiento externo, (por ejemplo apuntar a una persona y jalar del gatillo) y a su naturaleza como cooperación.

Desarrollando su estudio Maggiore dice, que "precisamente la presencia del elemento psicológico (conciencia y voluntad) es lo que distingue al concurso de varias personas a un delito y el concurso de causas independientes; en ambos casos dice, hay concurso de causas, pero lo que

reúne en la coparticipación criminosa todas las causas en una sola es el elemento psicológico y moral, la tendencia de todas las voluntades a un resultado común.

Estas "conciencia y voluntad", esta "tendencia de todas las voluntades a un resultado común", se interpretan en que sólo se reconoce la coparticipación con dolo, ya que éste consiste en la tendencia de la voluntad consciente, al resultado.

Para que la coparticipación exista basta que haya un resultado típicamente antijurídico que se produzca por la concurrencia de aportaciones causales "independientemente de la culpabilidad de este o de aquel copartícipe " , con mayor razón se puede afirmar lo mismo cuando sólo hay diversidad en el grado de culpabilidad en los partícipes; es decir que todos concurren materialmente a la producción de un resultado y en cada uno se integra su especial responsabilidad, o aún si se excluye ésta, según la presencia, la ausencia o la calidad del factor moral con que se actúa ".

B) DOLO INDIRECTO INDETERMINADO O EVENTUAL.

Alguno o algunos de los partícipes actúan con éstas clases de dolo, concurriendo con gentes cuya actitud mental sea diferente.

El caso se daría por ejemplo, si quien manda algunos objetos en avión quiere restituirlos para cobrar el seguro, e induce a quien tiene facilidad de acercarse al aparato para que ponga en él un explosivo, exitando el rencor, el odio o el deseo de venganza que éste último tiene respecto al piloto, procesados después ambos por el homicidio resultante, se podrá distinguir: en el inductor, un dolo indirecto; en el inducido la intensión directa de matar.

Este dolo del inductor no es indeterminado porque se precisan de antemano los efectos el acto, y es el ejemplo que pone Ignacio Villalobos para ajustarse a los supuestos precisos del dolo indeterminado y el eventual.

C) CULPA.

Maggiore señala que se va extendiendo más y más la posibilidad de la participación en delitos culposos, si una o varias personas obran de manera que consciente y voluntariamente prestan su ayuda a la acción ajena, por que lo que se podría hablar de un delito único, cometido por todos los copartícipes imprudentes, negligentes o no observantes de ordenes o instrucciones, y a favor de esta tesis Ignacio Villalobos, señala que es evidente el carácter unitario de los delitos culposos cometidos de manera solidaria, que es inútil hablar de concurrencia de causas autónomas e independientes.

(3)

4.7.-GRADOS DE PARTICIPACIÓN.

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

Evidentemente si todos son causa de la infracción, no siempre lo serán en el mismo grado; éste estará en relación con la actividad (o inactividad) de cada uno, de donde surgen varias formas de participación.

Para Francisco Carrara existen autores principales y accesorios.

AUTOR PRINCIPAL.- Es el que concibe, prepara o ejecuta el acto delictuoso.

EL AUTOR ACCESORIO O CÓMPLICE.- Son quienes indirectamente cooperan para la producción el delito.

En la participación existen diversos grados, según la forma y medida en que participan cada sujeto.

AUTORIA.

Llámese autor al que pone una causa eficiente para la producción del delito; es decir, al ejecutor de una conducta física y psíquicamente relevante.

La doctrina está de acuerdo, por supuesto, en considerar como autores no sólo a quienes materialmente o psicológicamente son causa del hecho típico, sino que es suficiente, para adquirir tal carácter la contribución con el elemento físico o con el anímico, de donde resultan los autores materiales y los autores intelectuales.

Si alguien alguien ejecuta por sí solo el delito, se llama simplemente autor ; si varios lo originan, recibe el nombre de coautores.

Los auxiliares indirectos son denominados cómplices, quienes aun cuando contribuyen secundariamente, su intervención resulta eficaz en el hecho delictuoso.

Sebastían Soler, entre otros, habla de autores mediatos para señalar a aquellos que siendo plenamente inimputables, se valen para la ejecución material del delito de un sujeto excluido de responsabilidad.

El autor mediato no delinque con otro, sino por medio de otro que adquiere el carácter de mero instrumento.

Autor es la persona física que realiza la conducta típica, y puede ser material o intelectual.

AUTOR MATERIAL.

Es quien de manera directa y materialmente ejercita la conducta.

AUTOR INTELECTUAL.

Es quien anímicamente dirige y plantea el delito.

COAUTORIA.

Aquí intervienen dos o más sujetos en la comisión del delito.

COMPLICIDAD.

La producen las personas que de manera indirecta ayudan a otras a ejecutar un delito.

AUTORIA MEDIATA.
Existe cuando un sujeto se vale de un inimputable para cometer el delito. El autor será el sujeto imputable, mientras que el medio o instrumento del que se valió el autor para cometer el ilícito será el inimputable.

INSTIGACIÓN.
Consiste en determinar a otra persona a cometer el delito.

PROVOCACIÓN O DETERMINACIÓN.
Consiste en utilizar y aprovechar la idea que otra persona tiene, propiciando el reforzamiento para que lo cometa.

MANDATO.
Consiste en ordenar a otros que cometan un delito, con beneficio solo de quien lo ordena.

ORDEN.
Es una especie de mandato, en el que el superior ordena al inferior la realización de un delito en abuso de autoridad.

COACCIÓN.
Es cuando se ordena la comisión de un delito, pero con algún tipo de amenaza hacia el sujeto.

CONSEJO.
Se instiga a alguien para cometer un delito en beneficio del instigador.

ASOCIACIÓN.
Es un convenio que celebran varios sujetos para cometer un delito con beneficio de todos.
(4)

Maggiore clasifica las formas de participación según el grado, la calidad, el tiempo y la eficacia.

A) SEGÚN EL GRADO.

1.- Principal: se refiere a la consumación del delito.

2.- Accesoria : Atiende a su preparación.

B) SEGÚN LA CALIDAD.

1.- Moral: Atiende al carácter psíquico o moral del aporte del autor principal. Puede ser:

a) Instigación.- Cuando el sujeto quiere el hecho, pero producido por otro.

- Mandato.- Encomienda a otro la ejecución.

- Orden.- Forma de mandato, que el superior impone al inferior con su abuso de autoridad.

- Coacción.- Cuándo el mandato se apoya en una amenaza.

- Consejo.- Instigación para inducir a cometer un delito con utilidad y provecho del instigador.

- Asociación.- Acuerdo o pacto por varias personas para cometer un delito en beneficio de todos los asociados.

b) Determinación o provocación.

El sujeto aprovecha la idea existente de otro, realizando actos , consejos, convenciendo y orillando a la ejecución.

2.- Física: Si el aporte es de carácter material, si se realiza dentro de la fase física del delito.

C) EN RAZÓN DE TIEMPO.

1.- Anterior: acuerdo previo a la comisión del delito y se precisa la intervención de cada partícipe.

2.- Concomitante. Temporalidad referida al instante mismo de comisión del delito.

3.- Posterior: Actos que se ejecutan después del evento pero con acuerdo previo.

D) SEGÚN SU EFICACIA.

1.- No necesaria: Por su naturaleza exige la concurrencia o concurso de personas.

2.- No necesarias: No necesita.

4.7.1.- REQUISITOS DE LA PARTICIPACIÓN.

De alguna manera se han delineado, con lo anteriormente expuesto los requisitos de la participación, por lo que cabe mencionar lo que al respecto señala Cavallo:

a) Un elemento material identificado en el hecho ejecutado, que se integra con la conducta, resultado y nexo causal.

La conducta resulta plural por cuanto que son varías las que intervienen para la producción de un resultado, de manera que cada una de sus conductas deben constituir condición causal en el resultado, por ser todas ellas tendientes a la producción de un resultado.

b) Un elemento subjetivo o psíquico, consistente en la convergencia de las voluntades respecto a la producción del resultado, sin ser necesario a éste un momento determinado dentro del proceso ejecutivo. (5)

Lo importante es quienes participan tengan conciencia y voluntad de cooperar con el acaecimiento del evento. Este elemento se estructura bajo dos aspectos: bien hacia el resultado o hacia las conductas asociadas y cooperantes.

4.8.- ENCUBRIMIENTO.

La teoría de la causalidad ha puesto en claro que el encubrimiento, que siempre se tuvo como algo accesorio del delito encubierto y, bajo esta sugestión, como una forma de participar en el delito, no cabe en realidad en el delito de participación.

En efecto, si es partícipe todo el que contribuye a producir un delito, y no puede corresponder a tal categoría el encubrimiento en cuyos presupuestos figura el de practicarse cuando el delito ha sido consumado.

El encubrimiento es el auxilio posterior que se da al delincuente, por lo que propiamente no hay participación en el delito, sino ayuda posterior a él, para evitar la acción de la justicia.

Se pueden presentar las tres siguientes situaciones.

1.- Encubrimiento de otro delito.

El encubrimiento de otro delito consiste en la ayuda posterior a la ejecución del delito que se da al delincuente, previa promesa de hacerlo.

Aquí se contempla una responsabilidad de quien ayuda en el delito cometido.

2.- Encubrimiento como delito autónomo.

El Código Penal para el Estado de Guanajuato, señala lo siguiente:

articulo 168.- Al que teniendo conocimiento de la comisión de un delito y sin concierto previo ayude al delincuente a eludir la acción de la autoridad o entorpezca la investigación.

artículo 169.- Al que teniendo conocimiento de la comisión de un delito y sin haber participado en él, reciba, oculte, compre o expenda el objeto material.

artículo 170.- Al que teniendo conocimiento de la comisión de un delito que se persiga de oficio y no lo denunciare a la autoridad.

Causas de exclusión de la pena :

artículo 171.- No se sancionará al que oculte al responsable de un delito, sus efectos, objetos o instrumentos o entorpezca la investigación, si se trata de :

a) Los ascendientes o descendientes consanguíneos, afines o por adopción;

b) El cónyuge , concubino y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo, y

c)Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad.

La excusa no favorecerá a quien obre por motivos reprobables o emplee medios delictuosos.

(6)

Nuestro Código contempla el delito de encubrimiento, que abarca varias hipótesis, y también considera, como se mencionó en la parte relativa, varios casos de excusas absolutorias.

3.- Comisión de un delito distinto del convenido.

En ocasiones, el acuerdo es acerca de la comisión de un delito (por ejemplo, el robo) ; pero si alguno de los partícipes comete otro, no convenido (por ejemplo, daños), todos serán responsables de este segundo delito, a menos:

I .- Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal.

II.- Que aquél no sea una consecuencia necesaria natural de éste, o de los medios concertados;

III.- Que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito;

IV.- Que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo delito, o que habiendo estado, hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo (Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

4.9.- ASOCIACIÓN DELICTUOSA.

Numerosos delitos son concebidos, preparados y ejecutados con el concurso organizado de varias voluntades.

Las asociaciones para delinquir, forma la más precisa de las societas sceleris, señala Carrara, ello en virtud de que representan una temibilidad agravada por temibilidad en razón del concurso; la teoría de Sighele sobre la agravada peligrosidad que debe de reconocerse a la pareja criminal y en general a la participación, es especialmente aplicable a la asociación delictuosa.

En las Partidas se decía que en las asociaciones de malechores "crecen los corazones y merman los cerebros ".

Tales asociaciones que en otro tiempo alcanzaron organizaciones y eficacia notables, ahora nacen en las cárceles, entre los reclusos y para actuar al término de la condena.

En nuestro derecho existe un tipo legal de delito denominado "asociación delictuosa y que se integra por formar parte de una asociación o banda de tres o más personas, organizada permanentemente para delinquir, haya o no jerarquía.

La pena, debe individualizarla el Tribunal en atención a la temibilidad de cada infractor, apreciando en uso de su arbitrio y según la legislación.

La Jurisprudencia de la Suprema Corte, apéndice al t. L. pág. 319 y A. J. t. VI pág. 135 ha establecido que los elementos constitutivos del delito de asociación delictuosa y son:

a) La existencia de una asociación o banda que esté integrada por un grupo de individuos que se asocian no transitoriamente ni ocasionalmente, sino de modo más o menos permanente, con conciencia de grupo.

b) Que esa asociación o banda delictuosa esté integrada por tres o más individuos;

c) Que esté organizada para delinquir, es decir que adopte conscientemente una disposición o método para ejecutar hechos delictuosos.

d) Que los acusados pertenezcan a ese grupo .

4.10.- PANDILLA.

La pandilla es la reunión habitual, ocasional o transitoria de tres o más personas que, sin estar organizadas con propósito de cometer delitos, cometen en común alguno.

En su acepción estricta una pandilla es la liga o unión de personas, especialmente la que se forma con el objeto de divertirse, por ejemplo en un día de campo.

En sentido lato es precisamente esa unión o liga para engañar a otros o para causarles un daño.

Su etimología es la misma que la de banda, de bando o de partido, de bandería o de parcialidad, vocablos que derivan del gótico banda o del sajón van, que significan liga, vínculo, alianza o lazo.

La pandilla es el lazo que une a varias personas para algo; concretamente, para algo en daño de alguien.

Quien forma parte de una pandilla es un pandillista. Ese lo ejerce el pandillerismo. De pandilla se ha pasado a pandillero y a pandillerismo.

La pandilla no es otra cosa que la pequeña banda, la bandilla de donde a pasado a la voz de pandilla.

Una definición de pandilla que figura en nuestra legislación mexicana, señala, en primer lugar, una reunión, es decir de un conjunto de personas reunidas, esto es, juntas, congregadas.

Esas personas han de ser no menos de tres, el mínimo, sin que el máximo tenga límite alguno.

El mínimo establecido obedece al libre arbitrio del legislador; el mínimo tiene como antecedente mínimo igual en el delito de asociación delictuosa, y si bien el caso de éste último delito, sólo puede ser doloso porque los integrantes de la banda o asociación delictuosa tienen conocimiento de su existencia y que se trata de una organización para delinquir, y en el caso del pandillerismo no hace falta tener conocimiento de la organización, sino que basta con la sola reunión o congregación de tres personas o más, por cuanto que la reunión puede ser ocasional o transitoria, y no sólo habitual, lo que implica que para llenar el tipo penal es el número de los integrantes de la pandilla y que deja a un lado el elemento moral de la incriminación, es decir, el dolo. (7)

Este es simple y consiste en la conciencia y voluntad de formar parte de la reunión.

4.11.- MUCHEDUMBRE DELINCUENTE.

La muchedumbre delincuente es la reunión de individuos en forma desorganizada y transitoria que, en ciertas condiciones, comete algún delito.

Mientras la asociación delictuosa se caracteriza por su reflexiva organización para ciertos fines delictuosos, las muchedumbres delincuentes actúan espontáneamente, carecen de organización y se integran de modo heterogéneo; en ellas los individuos particulares obran impulsados por el todo inorgánico y tumultuario de que forman parte; se traducen en un proceso de sugestión de miembro a miembro, por el que la idea de delito predomina.

Según Sighele, ahí los partícipes ya han sido inducidos a cometer el delito en circunstancias excepcionales, deban ser estimados como menos temibles que el delincuente aislado o asociado.

No todos lo positivistas aceptan esta posición doctrinaria, por entender que debe distinguirse entre conductores y conducidos, entre instigadores, promotores o incitadores, y débiles que se dejan arrastrar (Florian) ; entre delincuentes natos y ocasionales (Garófalo).

Por consiguiente, no siempre deberá corresponder a todos pena atenuada; puede hasta tocarles hasta agravada, según la temibilidad individual revelada.

A la acción violenta de las masas se incorporan siempre los delincuentes profesionales y habituales, que por poseer un " super-yo" criminal, encuentran el terreno propio y deseado para dar cauce a la racionalización de su conducta, como hechos políticos que no es otra cosa que la satisfacción íntima de sus sentimientos antisociales.(8)

Existen estudios muy interesantes acerca de la psicología de la muchedumbre, pues en cada caso el sujeto reacciona de manera diferente, pero grupalmente adquiere otro comportamiento, influido cada uno por su sugestión, miedo y contagio.

4.12.- SECTA CRIMINAL.

La secta criminal es una especie de la muchedumbre delincuente, además de una forma crónica de actuar.

La delincuencia sectaria, aún cuando también puede intervenir un número más o menos grande de agentes, el impulso procede de un fondo fonático, bien sea religioso, antireligioso, político o seudo social, la

mayoría de las veces, y existe una formación o estructura preexistente y activa , ahí es donde nace y se genera la actividad violenta y los atentados previstos y deseados, lo cuál significa una forma de agravación más que una eximente o atenuante en el delito que llega a cometerse.

Hay en estos grupos una organización tendiente a sostener sus credos o ambiciones por cualquier medio, lo que es ya en sí un elemento de mayor peligrosidad; una premeditación de lo que ha de suceder y una voluntad de llevarlo a cabo sobre lo admitido por considerar que será un acto heroico y no un delito.

A veces usan uniformes o distintivos que fortalecen su espíritu corporativo, y en el medio alienta siempre la tendencia a contrariar o superar las formas, las limitaciones y los usos consagrados contra su forma de pensar. (9)

En la delincuencia sectaria sus integrantes comparten creencias y propósitos, y actúan para lograr el fin que persiguen, por ejemplo, las sectas narcosatánicas.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPITULO IV

(1) VILLALOBOS IGNACIO, *Derecho Penal Mexicano,* Parte General, Editorial Porrúa, S.A., México 1990, Quinta Edición, pag. 477.

(2) CASTELLANOS FERNANDO, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa,S.A., México, 1985., vigesimoprimera edición. pág. 295.

(3) VILLALOBOS IGNACIO, *Derecho Penal Mexicano,* Parte General, Editorial Porrúa, S.A., México 1990, Quinta Edición. pág. 479

(4) AMUCHATEGUI REQUENA IRMA G. *Derecho Penal*, Parte General, Colección de Textos Jurídicos Universitarios, Editorial Harla, México 1993. Segunda Edición, pag. 104.

(5) PAVÓN VASCONCELOS FRANCISCO, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, Parte General, Editorial Porrúa, México 1967, pag. 442.

(6) *CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO*, Libro Segundo, Parte Especial, Sección Primera, Delitos Contra el Estado, Titulo Tercero. Delitos contra la administración de justicia.

(7) CASTELLANOS FERNANDO, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal,* Editorial Porrúa,S.A., México, 1985., vigesimoprimera Edición. pág. 291.

(8) CARRANCA Y TRUJILLO RAUL, CARRANCA Y RIVAS RAUL, *Derecho Penal Mexicano*, Parte General, Editorial Porrúa, México 1995, Decimaoctava Edición pág. 686.

(9) AMUCHATEGUI REQUENA IRMA G. *Derecho Penal,* Parte General, Colección de Textos Jurídicos Universitarios, Editorial Harla, México 1993. Segunda Edición, pag. 105.

CAPITULO V

LAS PERSONAS JURÍDICO COLECTIVAS.

5.1.- GENERALIDADES.

Cualquier consideración en relación con el conjunto normativo que rige al ser humano como el único punto central del Derecho, se debe a que toda consecuencia jurídica que en todo caso se generen, le es atribuida, al ser humano, sea como derechohabiente o como obligado.

En efecto, el resultado y el estudio de la norma jurídica, el análisis de su estructura, la creación y el ofrecimiento de un concepto de derecho subjetivo y de deber jurídico, institución o figura jurídica sea objeto de atención, siempre será en función de los sujetos en cuyo estatus va a dirigirse y situarse los resultados de esas consideraciones.

"Todo derecho dice García Máynez, es a fortiori, es una facultad jurídica de alguien, así como toda obligación necesariamente supone un obligado. Hablar de derecho sin titular es contradecirse. La noción de deber se encuentra ligada inseparablemente al concepto de persona; entre ellos hay una relación del mismo tipo que la que existe entre las ideas de substancia y atributo."

No puede ciertamente concebirse la existencia de un derecho sin titular de uno y otro.

La opinión sustentada sobre la existencia de derecho sin titular ha sido criticada severamente por un sector considerable de la doctrina.

Es preciso convenir, -manifiesta Ferrara- en cualquiera que sea la concepción de que se parta para el Derecho subjetivo, la existencia de un sujeto es una necesidad conceptual, una categoría a priori.

Sin sujeto el Derecho no puede existir, como no puede existir una fuerza sin cuerpo; o definimos el derecho subjetivo con la vieja doctrina dominante como una facultad de querer y de obrar y es indispensable pensar en un sujeto que quiere y que obra, o se considera con Jhering el derecho como un interés garantizado y se debe admitir un titular del

interés, o se diga con Derbung que el Derecho es una participación en los bienes de la vida, lo cuál exige siempre un ente que pueda participar de estos bienes, o se declare como Leonhard que el Derecho es una influencia garantizada por el orden jurídico sobre la conducta de los demás hombres, y es necesario que haya alguien a quien corresponda hacer valer esta influencia, lo cual exige quien pretenda la norma y quien se apropie de la norma, de lo anterior resulta, que cualquiera que sea la definición a la que refiera, esta siempre debe de dar un sentido de atribución, poder, disfrute, tutela, así como también es preciso que haya un destinatario, una persona investida de este bien jurídico.

5.2. - NOCIÓN DE PERSONALIDAD.

Todo derecho, estudiándolo desde el punto de vista subjetivo, es decir como la facultad reconocida al individuo por la Ley para realizar determinados actos en satisfacción de sus propios intereses, presupone, necesariamente un titular, es decir un ser capaz de poseerlo (el derecho).

Ahora bien, el hombre es el único ser que puede ser sujeto de derechos, éstos son fundamentalmente humanos, no pueden existir independientemente del hombre, exigen, necesariamente, alguien que los posea, quien sea su titular, ese alguien es el hombre mismo.

En el lenguaje jurídico, se dice que quien es capaz de tener derechos tiene personalidad o, en otras palabras, es persona.

Por tanto, podemos definir a la persona desde el punto de vista jurídico, diciendo que es todo ser capaz de tener derechos y obligaciones.

Cualquier individuo que sea sujeto a una situación y a una relación, implica el reconocimiento en él de una personalidad jurídica; más aún, precisamente por dicha personalidad se dice que es un sujeto de Derecho, pues se hace ostentar con el carácter indicado.

Además el grado de evolución alcanzado por la humanidad en los tiempos actuales, circunscribe a los sujetos jurídicos a dos manifestaciones con exclusión de cualquier otra.

Todos los seres humanos, por una parte, tenemos personalidad jurídica, a propósito de lo cuál tanto la doctrina como la Ley nos denomina

personas físicas, aún cuando también en menor medida se no conoce y también se nos califica como personas humanas o personas naturales; los otros sujetos de derecho son las organizaciones o las agrupaciones carentes de vida física propia y que no ocupan un lugar en el espacio; son construcciones ideales de índole jurídica a las que el Derecho les ha reconocido también esa personalidad y hasta se las ha impuesto también en algunos casos; estos sujetos suelen denominarse personas morales o personas jurídicas.

Para referirnos a los seres humanos como sujetos de Derecho, seremos calificados, como personas físicas y las personas morales son los entes jurídicos aludidos, siendo estas denominaciones las más frecuentes en el sistema legislativo mexicano, aún cuando hay excepciones, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se refiere a personas jurídicas.

Para el Derecho y la doctrina tradicional todos los seres humanos y los entes creados por el Derecho como personas morales, son los únicos sujetos jurídicos, pues ninguna cosa, aún los animales, son considerados legal y jurídicamente como tales.

La historia señala situaciones en las cuáles, los seres humanos han carecido de personalidad jurídica como es el caso de la esclavitud en aquellas épocas en las que ésta fue una situación aceptada por el orden jurídico.

La personalidad jurídica como se ha mencionado, no es privativa de los seres humanos, ya que paralelamente a las organizaciones y agrupaciones constituidas con arreglo a la Ley y a las que ésta reconoce dicha personalidad, y encontramos en la historia el otorgamiento de derechos o la imposición de obligaciones y responsabilidades inclusive a las cosas.

La persona es un concepto puramente formal jurídico que no implica ninguna condición de corporalidad o espiritualidad en él investido. No por la naturaleza, sino porque el derecho objetivo así lo reconoce, es el hombre persona.

La historia nos enseña que durante largos siglos hubo clases de hombres a las que se negaba la cualidad de sujetos de derecho, y que los hombres podían perder su capacidad entrando en un claustro o por condena penal (muerte civil).

No sólo nos da el Derecho ejemplos de hombres que no son personas, sino de personas que no son hombres. Divinidad y santos, animales y plantas, difuntos y ánimas, han sido reconocidos en diversos periodos históricos como titulares de derechos.

Como se ha señalado anteriormente los animales concretamente, son objetos y no sujetos de derechos; así se desprende de varios artículos de la legislación Civil, y en esas condiciones, las personas jurídicas o son los seres humanos o son las agrupaciones y organizaciones reconocidas por la Ley y el orden jurídico como personas morales. Unas y otras somos los únicos sujetos de derecho y ostentamos ese carácter por que conforme al orden jurídico tenemos personalidad jurídica.

5.2.1.- CONCEPTO DE PERSONALIDAD JURÍDICA.

La personalidad jurídica es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. Con ligeras variantes, la generalidad de la doctrina así la define.

" Personalidad en sentido jurídico- afirma Trabucchi- es la aptitud reconocida por la ley para ser sujeto de derechos y deberes."

" Si persona - indica Castán Tobeñas- es todo ser capaz de derechos y obligaciones, por personalidad ha de entenderse la aptitud para ser sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas".

" Personalidad- señala Albaladejo- es la condición de persona. Capacidad es la condición de capaz."

" La personalidad- apuntan los Mazeaud- es la aptitud para llegar a ser sujeto de derechos y de obligaciones".

La personalidad jurídica es una de las instituciones componentes de la Ciencia Jurídica y cuya presencia es ésta es esencial; su participación es imprescindible en la concepción y en la estructura de lo jurídico; es única e

inmutable; su significado ha sido siempre el mismo, sin variación alguna, independientemente de la época y del lugar en que se le considere.

Sea cual fuere el momento histórico, con o sin esclavitud institucionalizada, y cualquiera que sea la circunscripción territorial, cuando y donde un orden jurídico sea analizado, la personalidad jurídica existe en el, sin siquiera poder concebirse lo contrario.

Esta será siempre la misma, ese orden sólo se explicará y podrá ser calificado como tal, en función de dicha personalidad, pues está condicionada inclusive la existencia de aquél. Si por un momento se pretendiera constituir cualquier sistema jurídico sin haberlo integrado con la institución de la personalidad aquél no sería tal.

La personalidad jurídica no admite alteración alguna en cuanto a su *naturaleza, alcances y contenido,* bien sea respecto de un sujeto en particular e independientemente de otros o bien si dicha personalidad es comparada con la de sus congéneres, es decir, la personalidad jurídica del primero es idéntica a la de cualquier otro; no hay diferencia alguna entre la personalidad de alguien y la de otra persona.

En todos los sujetos, trátese de personas físicas o de personas morales, la personalidad es la misma.

No es una sola personalidad para todos los sujetos, sino más bien, la substancia, los alcances, el contenido en sí de la personalidad jurídica son idénticos en las de todos y cada uno de los sujetos.

En consecuencia, no se puede tener más o menos personalidad jurídica comparativamente con otras personas. No se puede por lo mismo, ser más o menos persona; se tiene personalidad jurídica y así se es persona y es suficiente con que el orden jurídico reconozca este carácter para que se tenga personalidad sin limitación alguna; no hay personalidad graduable.

De lo anterior, ser sujeto de derechos y obligaciones depende de la personalidad jurídica, de esa personalidad depende ser persona para el Derecho.

Ello significa que ser persona está condicionado a tener personalidad jurídica, se es persona, por que se tiene dicha cualidad; no se tiene personalidad porque se sea persona sino al contrario, se tiene el carácter de persona por tener la personalidad jurídica.

El origen y fundamento de la personalidad jurídica, como lo afirma la generalidad de la doctrina, está en el ordenamiento legal.

El Estado es al que le corresponde atribuir la personalidad. Sin embargo, esa atribución oficial es una mera formalidad cuando de las personas físicas se trata, pues como se mencionaba en éste trabajo de tesis, en las distintas épocas se procedió al desconocimiento de la personalidad de los seres humanos, como sucedió en la esclavitud y la muerte civil, han quedado definitivamente en el pasado; la evolución y madurez alcanzada por la humanidad hacen muy difícil la existencia de un sitio donde se desconozca la personalidad jurídica a cualquier partícipe del género humano.

Esa potestad oficial se manifiesta con más claridad respecto de las personas morales; no obstante, dista mucho de ser limitada; si bien de ella depende la personalidad de estos entes, la ley debe y suele fijar los requisitos a satisfacer por una persona moral para alcanzar el reconocimiento de su personalidad jurídica; cumplidos y satisfechos esos requisitos, la personalidad se alcanza ipso jure, sin posibilidad legal de desconocimiento discrecional.

(1)

5.2.2. CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA.

La acepción del vocablo común persona no coincide con su significado jurídico.

La primera la hace coincidir con el ser humano; persona significa individuo de la especie humana; jurídicamente en cambio los seres humanos son sólo una de las dos especies de personas creadas por el Derecho; a su lado están las personas morales, si bien en su estructura orgánica participan seres humanos, no son tales en si misma, se trata de entes resultados de una creación estrictamente jurídica, carente de toda objetividad física.

Jurídicamente, persona significa todo ser o ente sujeto de derechos y obligaciones; con ello se alude tanto a los humanos como a las personas morales, precisamente los primeros como seres y los segundos como entes.

Ambos son sujetos de derechos y obligaciones.

" La palabra persona- enseña Castán Tobeñas- tiene su origen en las lenguas clásicas. El sustantivo latino persona, ae, se derivo del verbo persono (de per y sono, as are) que significaba sonar mucho, resonar.

Se designaba con dicho sustantivo la máscara que usaban los actores, y que servia al mismo tiempo para caracterizarse y para ahuecar y lanzar la voz.

Debido a transformaciones se aplicó la palabra persona al actor, y luego a los actores de la vida social y jurídica; es decir, a los hombres considerados como sujetos de derecho."

Hoy la palabra persona puede revestir diversos sentidos: vulgar y filosófico y jurídico.

EN SENTIDO VULGAR.

En su acepción vulgar el término persona es sinónimo de hombre. Pero esta acepción no sirve para el Derecho sin algunas reservas, tanto porque la historia nos demuestra que durante muchos siglo ha habido clases de hombres que no tenían la consideración de personas porque en el mismo derecho moderno, aunque todos los hombres son personas, no todas las personas son hombres.

EN SENTIDO FILOSÓFICO.

Para los antiguos metafísicos, persona era- según la clásica definición de Severino Boecio - una substancia individual de naturaleza racional (aturae rationalis individua substancia), o bien el supuesto dotado de entendimiento, concepto equivalente al anterior, pues en el orden ontológico el término supuesto indica sustancia o ser que subsiste por sí, y las sustancias se hacen individuales por la subsistencia.

Entre los filósofos modernos es general ver en la conciencia la característica de la personalidad, y las discrepancias de éstos es en el modo de entender la conciencia.

Para Fichte la conciencia es la reflexión ; para Sergi Fouillée y Spencer, el pensamiento.

Para otros la voluntad o la determinación autónoma del yo. No hay sin embargo contradicción de estas ideas. En realidad como advierte Giner todo acto intelectual (sentir, pensar, querer) es un acto de conciencia, porque en todas estas clases de actos experimenta el ser una especie de duplicación interior o penetración intima del mismo.

EN SENTIDO JURÍDIO.

En el lenguaje jurídico se llama persona a todo ser capaz de derechos y obligaciones, o lo que es igual, de devenir sujeto, activo o pasivo de relaciones jurídicas.

El concepto de persona, así entendido, parece equivalente al de sujeto de derecho, si éste último se toma en un sentido abstracto. Pero la persona no es sólo un sujeto de derecho, sino también de obligación (deberes y responsabilidades) .

Por otra parte, si se habla de sujeto de derecho no en un sentido abstracto, sino en una acepción concreta, para significar a quien está investido actualmente de un derecho determinado, el término persona es más amplio: todo sujeto de derecho será persona; pero no toda persona será sujeto de derecho, porque la actuación supone aptitud o susceptibilidad, pero no viceversa.

Para ser - apunta por su parte Pacheco Escobedo- que la primitiva acepción de la palabra persona era la máscara que los actores usaban en el teatro griego para representar al Dios o al hombre del que trataba el argumento de la obra.

Así, esa máscara le daba a los actores la personalidad de aquél del cuál trataba la obra, al mismo tiempo que les servía para hacer resonar su voz con la fuerza necesaria para destacar o sobresalir.

De estos conceptos - sonar con fuerza, sobresalir, tomar el papel de otro-, derivó el primitivo concepto de persona, que posteriormente se concretó en el subsistencia.

Así en el concepto de personalidad jurídica se alude a la persona desde el punto de vista jurídico, cuando se afirma que se está en la aptitud

de ser sujeto de derechos y obligaciones, es decir, la personalidad jurídica es la idoneidad de ser persona para el Derecho.

El concepto jurídico de persona está compuesto por una serie de atributos, considerados como caracteres inherentes e imprescindibles de aquella; su conjunto integra dicho concepto.

Como persona, se cuenta con esos atributos sin poder dejar de hacerlo, pues le son inseparables; su participación conjunta es la persona misma como creación y como estructura jurídica.

(2)

De lo anterior se desprende, según lo señala Jorge Alfredo Dominguez, que el concepto jurídico de persona es plenamente independiente de su concepto común; el primero se integra, como dijimos, con una serie de elementos ideales, inmateriales, creados por el Derecho que son precisamente los atributos de aquélla; existen por estar considerados y formar parte de un orden jurídico; no ocupan un lugar en el espacio y por ende no pueden ser observados objetivamente; son creaciones jurídicas idealmente consideradas, cuyo conocimiento y comprensión debe de ser comprendida invariablemente por quien tiene al Derecho como el centro de su atención.

Ahora bien, hay una serie de características similares y otras hasta idénticas en el análisis comparativo de las personas físicas con las morales; así tanto unas como otras tienen, personalidad jurídica como ya se ha señalado en éste trabajo de tesis, y ésta es de un contenido idéntico a éstas y aquéllas; se circunscribe a ser la aptitud de ser sujeto de derecho; podemos ahora agregar dicha personalidad tiene en ambas un inicio y un fin; los dos tipos de personas tienen atributos, etc.

Así, consideradas en su perspectiva primera presentación, por ser idéntica su personalidad, podrían ser sujetos de un análisis conjunto.

Sin embargo, la observación a los dos tipos de personas anotados, arroja una serie de variantes, pues gradualmente distinta la actitud de la ley al atribuir personalidad jurídica a las personas físicas y a las morales; los atributos de las primeras difieren en algunos aspectos comparativamente con los de las segundas.

Por ello, en los puntos posteriores las comentaremos por separado; primero las personas físicas y las morales después.

5.2.3. - ESPECIES DE PERSONAS.

El hombre es apto para ser sujeto de derechos y obligaciones, no sólo como persona aislada, como individuo, sino también como grupo, como conjunto de individuos.

Existen por tanto, agrupamientos humanos a los que la ley considera capaces de poseer derechos.

Esto trae como consecuencia, que la doctrina reconozca dos especies de personas: las personas físicas, es decir, los hombres considerados individualmente, y las personas jurídicas o morales, que son agrupamientos de individuos que constituyen seres colectivos y que persiguen finalidades comunes y lícitas.

5.2.4.- ATRIBUTOS DE LA PERSONA.

Se llaman atributos las cualidades de los seres, esas cualidades los caracterizan, distinguiéndolos unos de otros.

En Derecho, los atributos de la persona son las cualidades que desde el punto de vista jurídico, deben tener los individuos y que los distinguen unos de otros.

Los atributos de la persona son:

1.- El nombre; Que es la denominación verbal o escrita de la persona, sirve para distinguirla de las demás que forman el grupo social, haciéndola, en cierto modo, inconfundible. El nombre de una persona se forma de varios vocablos unidos, que no tienen el mismo origen ni la misma importancia.

2.- El domicilio; Es el lugar donde reside una persona con el propósito de establecerse en él; a falta de éste, el lugar en que tiene el principal asiento de sus negocios, y a falta de uno u otro el lugar en que se halle.

3.- Estado Civil: Es la relación en que se hallan en el agrupamiento social (familia , Estado), respecto a los demás miembros del mismo agrupamiento.

4.- El patrimonio: Es el conjunto de cargas y derechos pertenecientes a la persona y apreciables en dinero.

(3)

5.2.5.- PRINCIPIO Y FIN DE LA PERSONALIDAD.

La personalidad se adquiere por nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde que el individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley y se le tiene por nacido para otorgarle determinados derechos.

Cuando el hombre ha muerto deja de ser persona, la muerte destruye su personalidad.

5.3.- LAS PERSONAS JURÍDICAS COLECTIVAS.

Los seres humanos como sujetos de Derecho, son calificados como personas físicas y que como se hace mención en ésta tesis, las personas morales, o personas jurídicas como también se les denomina, son entes creados pos la ciencia jurídica, y aceptados por los ordenamientos legales y que participan de la misma personalidad jurídica que la de los seres humanos.

Como lo hemos apuntado, los sujetos de derecho no somos únicamente los humanos; éstos somos sólo uno de los dos tipos de personas instituidas y modeladas por el Derecho.

Los entes a los que el orden jurídico también les ha atribuido personalidad, son por ello paralelos en ese sentido a los seres humanos.

Sin embargo, la adquisición de la personalidad jurídica por parte de las personas físicas, tiene un origen y fundamento jurídico- filosófico distintos de la adquisición de personalidad jurídica por parte de las morales.

El ser humano ha sido el creador del Estado mismo, precisamente para la garantía de un reconocimiento incondicional y absoluto de su personalidad jurídica, la que por ello, según comentamos y precisamos entonces, inicia desde la concepción del sujeto.

La actitud del Estado reflejada en la Ley respecto de las personas morales ha sido clara y razonable diversa; no cualquier núcleo o agrupación, especialmente de derecho privado, alcanza la personalidad jurídica por el mero hecho de ser una realidad jurídica objetiva; se requiere de un conocimiento legal respecto y expreso de dicha personalidad.

El mismo orden jurídico, sin embargo impide que el Estado adopte una actitud discrecional o arbitraria; ciertamente las personas morales no adquieren su personalidad libremente y espontáneamente; para ello, deben satisfacer ciertos requisitos, pero precisamente, una vez satisfechos éstos, el Estado debe admitir la personalidad de aquellas.

Históricamente se nota un desplazamiento desde una actitud discrecional de las autoridades oficiales competentes, para aceptar o no la personalidad jurídica de una persona moral, hasta llegar a un sistema de plena normatividad en el que si bien el Estado impone discrecional pero razonablemente las condiciones a satisfacerse por una agrupación o corporación para verse dotada de personalidad jurídica, satisfechas éstas con apego al propio sistema legal, la agrupación interesada adquiere su personalidad con aceptación plena de la propia autoridad legal.

No obstante la diferente actitud oficial entre el reconocimiento de la personalidad jurídica en las personas físicas con el correspondiente a las personas morales, si respecto a las primeras es un acto de decisión oficial, también lo es y ello puede observarse con mucho mayor contundencia respecto de las personas morales.

Sin embargo, ello no atenta ni aún en lo mínimo contra la personalidad jurídica como concepto jurídico fundamental, que significa exactamente lo mismo y tiene idénticos alcances, trátese de persona física o e persona moral.

A pesar de existir una enorme diferencia entre los sujeto jurídicos que comentamos, puede advertirse fácilmente que la persona física ocupa un lugar en el espacio, en tanto que la persona moral en cambio carece de una realidad objetiva y su única realidad es la jurídica, uno y otro grupo de personas participa de la misma personalidad, igual en todos los jueces.

Debemos subrayar también la gran trascendencia de las personas morales en la evolución de la humanidad. Tanto en el Derecho Público como en el privado han sido factor fundamental para un progreso definido del género humano.

Muestra suficiente de ello es pensar en el Estado mismo como la persona moral principal, como la más poderosa existente en cualquier sistema legal.

En el mismo Derecho Público están organismos descentralizados; personas morales a los que el Estado les ha conferido la realización de un servicio público.

En el Derecho Privado, por su parte, las sociedades civiles y mercantiles, especialmente estas últimas y mas concretamente las sociedades por acciones han tenido un auge extraordinario, tan tangible, que ha permitido la concentración de grandes capitales para alcanzar poderes económicos insospechados los que han llegado incluso y con mucho a rebasar las fronteras de los países donde se constituyen e influir trascendentalmente, para bien o para mal, en la economía y hasta en la estructura social, jurídica y económica de otros países.

Las personas jurídicas son agrupamientos de individuos que tienen finalidad e intereses lícitos y comunes, y a quienes la ley reconoce y protege.

Lo anterior quiere decir, que el Derecho reconoce como persona no sólo a los hombres, individualmente considerados, sino que existen agrupamientos humanos que también son capaces, de acuerdo con la Ley, de ser sujetos de obligaciones y derechos.

Dichos agrupamientos toman el nombre de personas jurídicas o morales. Así pues, las personas jurídicas son agregados de individuos con personalidad propia, distinta a la de las personas físicas que los integran y a quienes la ley reconoce, otorgándoles los atributos propios de la personalidad.

Para que la persona jurídica alcance su plenitud es necesario que los fines que persiga sean lícitos, puesto que la Ley prohibe la existencia de organismos con finalidades inmorales, contrarias al orden social o a la propia ley.

No podría, sin embargo, la persona jurídica cumplir sus finalidades si no poseyera un conjunto de bienes que le facilitaran dicho cumplimiento,

de ahí la necesidad de dotarlas de un patrimonio, que es distinto, también del patrimonio de cada uno de los individuos que lo integran.

Finalmente, para que la persona jurídica pueda actuar válidamente es necesario el reconocimiento del Estado, el cual se alcanza dando a la misma de las múltiples formas que la propia ley señala y obteniendo, de este modo el reconocimiento del poder público. (4)

Jorge Alfredo Dominguez considera que la persona jurídica puede ser definida como toda unidad orgánica resultante de una colectividad organizada de personas o de un conjunto de bienes y a los que para la consecución de un fin social durable y permanente, es reconocida por el Estado una capacidad de derechos patrimoniales.

5.3.1.- TEORÍAS DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS COLECTIVAS.

1.- TEORÍA DE LA FICCIÓN.-

La Teoría de la ficción se considera como la concepción más difundida sobre la naturaleza de las personas morales.

Esta Teoría dominó largo tiempo en Alemania hasta la mitad del siglo pasado y en Francia e Italia durante el primer cuarto del presente. A Savigny se debe su planteamiento clásico.

El principio general para Savigny es que sólo el ser humano puede ser titular de derechos, es decir, únicamente el hombre singular es capaz de derechos, pero el Derecho positivo puede cambiar éste principio, al negar capacidad a algunos hombres o atribuírsela a entes que no son seres humanos, como acontece en las personas jurídicas.

La capacidad puede extenderse en entes artificiales creados por una mera ficción. Un sujeto así es llamado persona jurídica, esto, es que es admitida sólo para un objeto de Derecho.

De ello resulta una delimitación esencial del concepto de persona jurídica; sólo a las relaciones de Derecho Privado puede referirse la capacidad artificial de las personas jurídicas.

El concepto de las personas jurídicas solo puede referirse al aspecto patrimonial; por eso Savigny las define como un sujeto creado artificialmente capaz de tener un patrimonio.

" Todo Derecho, dice este escritor - indica Ferrara respecto de Savigny - existe a causa de la libertad ingénita en cada hombre. Por esto, el concepto primitivo de persona debe de coincidir con el concepto de hombre, y ésta identidad de los conceptos se puede expresar en la fórmula: Todo hombre singular, y sólo el hombre singular, es capaz de derechos".

Pero el Derecho positivo puede modificar éste principio, o negando la capacidad a algunos hombres, como sucedía con los esclavos, o extendiéndola a entes que no son hombres, como sucede con las personas jurídicas.

La capacidad jurídica puede ser extendida a sujetos artificiales creados por simple ficción. Un tal sujeto es llamado persona jurídica, esto es, persona que es admitida sólo para un objeto de Derecho. De aquí resulta una esencial delimitación del concepto de persona jurídica.

Sólo a las relaciones de Derecho privado puede referirse la capacidad artificial de las personas jurídicas. El concepto de persona jurídica se refiere exclusivamente a las relaciones patrimoniales. De aquí la definición: la persona jurídica es un sujeto creado artificialmente capaz de tener un patrimonio. De las personas jurídicas, algunas tienen una existencia natural y necesaria, otras artificial y arbitraria, se dividen en corporaciones y fundaciones, etcétera.

" Estos entes, como quiera que son simples ficciones de la ley, son naturalmente incapaces de querer y obrar. Hay una contradicción entre su capacidad para ejercitar derechos y su capacidad para adquirirlos, la cuál la encontramos también en los mentecatos e impúberes, contradicción que se resuelve mediante la representación. La corporación puede ser equiparable a un impúber. Entre sus miembros no hay mas identidad que la que hay entre tutor y pupilo" refiere Dominguez Martínez.

La persona jurídica como ente ficticio se encuentra completamente fuera del terreno de la imputabilidad; los actos ilícitos sólo pueden ser cometidos por los individuos que forman parte de ella y la rigen.

La voluntad de los miembros de la corporación no pueden disponer ilimitadamente de los intereses de la corporación, porque debe distinguirse la totalidad de los miembros vivos de una corporación, de la corporación

misma, que tiene una existencia indefectible e independiente del cambio de los miembros."

En oposición de lo anterior, existen muchas críticas de la teoría de la ficción, entre las que García Máynez señala y sintetiza lo referido por Ferrara.

A continuación apunta García Máynez, ofrecemos un resumen de las principales objeciones formuladas por Ferrara contra la doctrina de Savigny:

1.- La teoría de la ficción, como corolario de una falsa concepción del derecho subjetivo es, necesariamente, falsa también. Los argumentos anteriormente esgrimidos contra la doctrina de Windscheid, valen contra la teoría ficcionalista.

No es verdad que la capacidad jurídica se encuentre determinada por la facultad de querer. Los infantes y los idiotas carecen de ella y son, sin embargo sujetos de derecho.

La circunstancia de que las corporaciones no tengan voluntad propia, no puede invocarse contra su existencia como sujetos jurídicos.

2.- Además, si fuese cierto que la esencia del derecho subjetivo y de la personalidad jurídica es la facultad de proponerse fines y realizarlos o, en otros términos, la voluntad, habría que llegar a la conclusión de que, en los entes colectivos, los órganos deben ser considerados como sujetos de derechos y obligaciones de la corporación, ya que dichos órganos son seres volentes y obran en representación de aquella.

3.- La tercera objeción, fórmulada por los defensores de la tesis realista es que las personas colectivas no entes ficticios, sino poderosas individualidades sociales, que realizan en la vida un papel importantísimo.

La teoría de la ficción no nos dice cuál es la esencia de aquellos seres: se aleja de la experiencia y desconoce las realidades.

4.- Otro de los argumentos refiérese a la limitación establecida por Savigny cuando define a las personas jurídicas como seres creados artificialmente por el legislador, para las relaciones patrimoniales. Dicha limitación no se justifica, porque los entes colectivos poseen múltiples

derechos extrapatrimoniales o no patrimoniales, como, por ejemplo los honoríficos.

5.- Por otra parte, si las personas jurídicas son seres ficticios creados por la Ley ¿ como explicar la existencia del Estado? Porque el Estado es también una persona jurídica colectiva.

Señala que si éste es el creador de todas las ficciones llamadas personas jurídicas ¿ quien es el creador de la ficción estatal? Si el Estado es persona jurídica, su esencia no podrá definir de las de los demás sujetos de derecho y si, estos son seres ficticios, aquél será asimismo una ficción. Mas ¿como puede una ficción ser creadora de ficciones ?

Savigny trató de salvar este escollo diciendo que las personas colectivas tienen a veces existencia legal y voluntaria, y otras, natural y necesaria como ocurre en el caso del Estado.

Pero tal concesión hecha por tierra la doctrina que se ha discutido, y demuestra su falsedad de manera notoria.

6.- Por último, esta teoría dice que nos ofrece un cuadro deficiente de los medios de extinción de las personas jurídicas, porque todo lo reduce a la destrucción por obrar del legislador, también aquí hace dominar el arbitrio, ya que no pone ninguna condición ética para la supresión de las personas jurídicas. Y esto puede presentar peligros para la libertad de asociación.

En tiempo de la Revolución francesa, en efecto, se trató de suprimir las asociaciones religiosas y de confiscar sus bienes, y la teoría de la ficción fue el pretexto jurídico para justificar lo que se hizo.

Touret decía a los constituyentes: no hay que confundir a los individuos con las corporaciones los primeros existen antes de la ley y tienen sus derechos por la naturaleza, mientras que las segundas no existen mas que por la Ley y de ésta traen sus derechos; ella puede modificarlos, destruirlos como le plazca; he aquí porque la destrucción de una corporación no es un homicidio, y el acto por el que la Asamblea Nacional niega el pretendido derecho de propiedad que los eclesiásticos se atribuyen no es una explicación.

Señala así mismo García Máynez que la Teoría de la ficción pretende erróneamente circunscribir la personalidad jurídica a los seres humanos, con exclusión en principio de las personas morales.

Es cierto que la personalidad jurídica es conatural en los humanos, pero ello dista mucho de significar también su exclusividad, continúa en su crítica Dominguez.

La personalidad bien puede conferirse bajo ciertas circunstancias por el orden jurídico a las personas morales.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

2.- TEORÍA DE FERRARA.

Las personas jurídicas - señala Ferrara - pueden definirse como asociaciones o instituciones formadas por la consecución de un fin y reconocidas por la ordenación jurídica como sujetos de derecho.

Son una realidad, no una ficción, no son reales al no ocupar un lugar en el espacio; ciertamente no lo ocupan, como tampoco lo ocupan los conceptos de las ciencias abstractas y particularmente así considerado el mundo jurídico tampoco sería real.

Las personas jurídicas señala Dominguez Martínez, son reales pues existen en el pensamiento, en antítesis en lo imaginario y fingido; son reales en cuanto también lo son otras formas jurídicas como una obligación, una herencia, un contrato; se trata de una realidad ideal jurídica, no una realidad corporal sensible.

"Las personas jurídicas - expresa Ferrara - son una realidad y no una ficción . Pero el concepto de realidad es relativo y variable en los diversos campos del conocimiento. Si por real se entiende todo lo que es perceptible por los sentidos, ciertamente las personas jurídicas no son reales, pero no son reales tampoco los conceptos de las ciencias exactas, y en particular tampoco es real nuestro mundo jurídico.

Pero cuando el concepto real se amplía a todo lo que existe en nuestro pensamiento, en antítesis con lo que es imaginario y fingido, entonces no queda duda que las personas jurídicas son una realidad. Son reales en el mismo sentido y del mismo modo que son reales las demás formas jurídicas, como es real una obligación, una herencia, un contrato. Realidad ideal jurídica, no realidad corporal sensible."

De la definición apuntada se desprende que los elementos de las personas morales son los siguientes:

1.- Una asociación de hombres o una institución;

2.- Un fin cuyas características están encomendadas; y

3.- El reconocimiento del orden jurídico a esa institución o asociación como sujeto de derecho.

Se trata ciertamente en primer lugar de asociaciones de hombres más o menos numerosas. La palabra asociación está tomada en el sentido más amplio, es decir no sólo comprende las agrupaciones a formarse voluntariamente, sino también las que carecen de un consentimiento de los asociados y surgen en virtud de condiciones sociales y de vínculos de sangre.

Las instituciones por su parte no son un grupo de miembros sino una masa inorgánica de destinatarios que quedan fuera de la constitución del ente.

El constituyente quien, ordena la obra, asigna también un patrimonio necesario para su funcionamiento estable, pero lo fundamental en estas personas jurídicas está en que su contenido esencial está dado por la determinación del establecimiento que se va a crear, por el fin a realizar, por el lugar donde debe surgir y desarrollar su función, todo lo cuál concurre para darle una individualidad propia.

Unas y otras asociaciones o instituciones tienden a realizar un fin integrante de su existencia. Este, el fin propuesto por las personas morales, es el segundo elemento de su estructura.

El Estado, como principal persona moral se propone fines universales, es decir, satisfacer necesidades sociales.

En cambio, las otras personas jurídicas persiguen fines singulares; pueden ser típicos, fijados por la Ley o fines no considerados por ésta.

Conforme a los principios generales, el fin debe ser determinado, posible y lícito; su vaguedad haría dejar el radio de acción de la asociación o de la institución en la incertidumbre; no debe ser imposible pues la

actividad de la corporacion quedara coartada; por último, el fin no debe contrariar a la Ley, la moral social o al orden público.

La presencia de los elementos indicados hace que esté a punto de observarse una persona moral, pero para la plena realidad de está, para alcanzar ese carácter, requiere estar reconocida por el orden jurídico.

Este reconocimiento para Ferrara es constitutivo de la persona moral correspondiente; las corporaciones existen por el ánimo asociativo y por la voluntad de los fundadores, pero no son aún personas jurídicas, son simples aspirantes a alcanzar ese carácter.

La asociación __señala Ferrara __ denota una pluralidad de hombres reunidos para la consecución de un fin. Esta colectividad puede ser limitada a un número determinado de individuos o admitir su indefinido ensanchamiento por la entrada de nuevos socios; entonces asume proporciones bastas hasta abrazar un pueblo entero.

Se entiende que, según se va ensanchando la colectividad, los vínculos entre los miembros se hacen más sutiles e invisibles, lo que a una observación superficial puede hacer que se pierda la unidad de todo, pero la existencia de éste no es menos real, y se revela en la posición jurídica que se asigna a los particulares.

La palabra asociación es tomada aquí en sentido lato, y comprende no sólo las colectividades que se forman por la voluntad de los miembros, sino que también las que prescinden de un consentimiento de los asociados, y surgen naturalmente, en virtud de las condiciones sociales y de los vínculos de la sangre, y que son impuestas por razones de interés general por la autoridad pública.

Es inexacto querer limitar el concepto de corporación a las asociaciones contractuales; así se confunde la corporación con la corporación voluntaria, siendo aquella por el contrario una categoría más amplia que abraza los casos de colectividad, a la cuál los miembros pertenecen necesariamente.

La idea general de asociación la encontramos allí donde vemos una pluralidad de hombres unidos por intereses comunes; lo que imprime a la pluralidad el carácter de una unidad teleológica es la solidaridad de intereses, el vínculo de cohesión de grupo.

Entre tanto, es importante notar las diversas formas de asociación y su diferente modo de presentarse en la composición de las personas.

La forma mas simple es la de colectividad voluntaria, esto es, reuniones de individuos que se asocian espontáneamente para la consecución de un fin.

A veces la relación asume un función diversa y mucho más importante. Esto es, sirve de criterio de determinación de la individualidad de los asociados, independientemente de su voluntad y aun contra ella. No se trata ya de una determinación individual voluntaria, sino de una determinación coactiva.

Los miembros de la asociación no son los que quieren entrar a formar parte de ella, sino todos aquellos que se encuentran en una relación preestablecida por la Ley.

Estas asociaciones o instituciones sociales tienden a realizar un fin, que forma la razón de su existencia: y he aquí el segundo momento constitutivo del sustrato de las personas jurídicas.

Es más en las asociaciones el objeto no carece de interés porque forma el estímulo que provoca la cooperación humana, el vínculo de cohesión del grupo, el centro de atracción, en torno al cual se disponen y ordenan los individuos.

Precisamente este es el elemento teleológico que da a la masa de los asociados y a las instituciones un carácter unitario, imprimiéndola una individualidad propia.

Se ha observado que, como la persona humana es individualizada por la corporalidad del hombre, así la persona jurídica lo es por la indicación de su fin. El fin determina el objeto de su actividad, la esfera dentro de la cuál se extiende, el círculo de hombres para que existe. En efecto, por el fin resultan individualizados los destinatarios de aquélla, además de que el fin influye en la calificación de las personas jurídicas, según que son de interés privado o de utilidad pública, de donde es la diferente posición que asume respecto del Estado y la distinta disciplina jurídica.

El fin de estas organizaciones humanas puede ser general o especial.

Hay colectividades que tienen un fin general en cuanto admiten una universalidad de fines que tienden al bienestar común. Esto sucede en las formas de vida social en las organizaciones desarrolladas históricamente, y que con diversas vestiduras se presentan en el Derecho moderno: el municipio, la provincia, el Estado. Estos entes territoriales persiguen un

fin universal determinado localmente, esto es, cualquier fin colectivo en todas sus multiformas, manifestaciones dentro de un circulo local.

En cambio, las demás personas jurídicas persiguen fines singulares.

Estos se dividen en fines típicos fijados por la Ley y fines no considerados por la Ley, fines típicos son aquéllos que dan lugar a determinadas especies de corporaciones o instituciones que han recibido una especial ordenación de la Ley, así sucede con las sociedades obreras de socorros mutuos, con las sociedades cooperativas, con las cajas de ahorro, con los montes de piedad, con los institutos de beneficencia pública, etc.

La realización de aquél fin da lugar al nacimiento de una determinada figura de persona jurídica: no es que las partes no puedan seguir un fin diverso, sino que al perseguirlo, no obtienen ya aquél tipo de persona jurídica, y por consiguiente, no gozan de la legislación correspondiente.

Así, si se funda una asociación de obreros que se propone defender recíprocamente los intereses comunes, tendremos una determinada sociedad lícita, que podrá obtener el reconocimiento pero, que no será de aquéllas sociedades de ahorro mutuo, consideradas por la Ley, que adquieren al ser registradas, personalidad y gozan de ventajas especiales.

Del contenido del fin de las distintas organizaciones, la investigación teórica no tiene por qué ocuparse porque esto concierne a la voluntad de los que se asocian o de quien dicta las normas de organización del instituto.

Sin embargo, es preciso hacer una limitación. Conforme a los principios generales el fin debe ser determinado, posible y lícito. Una absoluta vaguedad de fines no sería compatible con el surgir de una institución, que en su fin encuentra su individualidad, quedando en la incertidumbre su campo de acción, y dejando su freno la potestad de los que la representan y administran.

Del mismo modo el fin no debe de ser objetivamente y permanentemente imposible, o por razones naturales o jurídicas, por que en tal caso la asociación vería, desde su origen indirecta su actividad. Por último, debe exigirse la licitud del fin, esto es, el objeto que se proponen las asociaciones, no debe ir contra la ley, la moral social, el orden público.

El sustrato que se ha examinado señala Ferrara, hasta aquí el no considera que es específico de las personas jurídicas, sino que es el

fundamento de todas las asociaciones o instituciones aún de las no reconocidas.

No hay diferencia sustancial entre colectividades y organizaciones que han adquirido la personalidad y las que están privadas de ella, pero todas las corporaciones existen en su momento inicial (antes del reconocimiento) como pluralidades no unificadas, y que los establecimientos pueden ya funcionar, sin haber adquirido carácter de autonomía.

Por el contrario, lo que hace que lleguen a ser personas jurídicas, lo que transforma estas colectividades y unidades jurídicas, es el reconocimiento del Derecho Objetivo. La personalidad es forma jurídica dada por el derecho positivo que viene a revertir a estas totalidades variables de individuos de una esfera jurídica autónoma.

El reconocimiento hace que allí donde había una pluralidad de titulares unidos para la conservación de un fin, haya en cambio un sujeto único en el que aquéllos han venido a fundirse y a concentrarse; que allí donde había una institución en propiedad del fundador, haya un sujeto ideal que cumpla permanentemente el fin.

Ahora bien, esta profunda transformación jurídica - la separación del patrimonio y la responsabilidad de una multitud de individuos o de la persona del instituyente- en una unidad jurídica impersonal en la que viene a concentrarse, es efecto del reconocimiento. Y en virtud de esta forma de colectividad o de establecimiento creado asume la titularidad solidaria de un patrimonio, obra individualmente en el comercio, es responsable de las deudas propias, sin que la pluralidad de los componentes que forma el sustrato de la misma sienta los efectos de este estado jurídico.

Por aquí se llega a la concepción rigurosa de considerar al ente como un extraño respeto a los asociados, mientras que en el fondo la asociación no es más que el haz anónimo de aquéllos, revestidos de una titularidad propia. Así se llega a concebir a la institución como una viva encarnación del fin, por lo cuál los individuos que la gobiernan aparecen como unos obscuros sirvientes de la obra.

Según esta teoría para conseguir el significado de unificación e independencia jurídica a merced de la erección de autónomos sujetos de derecho, las colectividades y las organizaciones sociales deben invocar el

socorro del Derecho positivo. La personalidad únicamente puede emanar del orden jurídico.

Por tanto, es inexacto el pensamiento de los que consideran la capacidad de las corporaciones o fundaciones como un efecto de la voluntad de los socios o del fundador, por que la voluntad humana no tiene el poder de producir sujetos de Derecho. La voluntad de los hombres sólo puede concurrir a formar el sustrato de las corporaciones o instituciones preparando el agregado humano: pero éste no se convierte en persona sino cuando y en cuanto place al orden jurídico. La personalidad es una creación del Derecho objetivo, no es el fruto del arbitrio individual menciona Ferrara.

Entre estas varias opiniones se puede decir que se le puede atribuir un reconocimiento a un valor constitutivo. Porque no se dice ya con tal fórmula que el Estado cree las colectividades u organizaciones de hombres: éstas existen en la vida social producidas por el espíritu de asociación y por la voluntad de los fundadores, pero no son todavía personas jurídicas . No son ni personas jurídicas iniciales, sólo se aspiran a serlo, a tener una personalidad, de lo que cabría de distinguir de las agremiaciones humanas- existencias ya dadas, reales cuanto se quiera- de la forma jurídica de la personalidad que la reviste, la cuál es un producto puro del Derecho objetivo. Ahora bien, el reconocimiento produce precisamente la personalidad, concede la forma unitaria, imprime este sello jurídico a las organizaciones sociales, y éste es un efecto nuevo.

Mamelok por su parte dice que las colectividades humanas no son ciertamente nada, pero son como la materia indiferente que no es producida por el orden jurídico, pero espera especificación y esta especificación es el efecto del reconocimiento.

La elevación del sujeto de derecho no es una constatación de los que ya existe, no es perfeccionamiento o confirmación de lo que ésta en vía de formarse, sino que es creación y atribución de una cualidad jurídica que deriva del Derecho objetivo y que tiene el carácter técnico de una concesión administrativa. El Estado obra como órgano de derecho concediendo la personalidad, y obra constitutivamente.

He aquí por lo que no podemos llegar con seguridad al resultado de que la fabricación de las personas jurídicas sea un monopolio del Estado y que si puede haber aspiraciones mas o menos vagas por parte de las

organizaciones sociales a adquirir la personalidad deben siempre invocarla y recibirla del Derecho objetivo. (5)

Personas jurídicas son las reconocidas como tales: no hay personas jurídicas natas, a excepción el Estado, pero estas tienen ese reconocimiento nacido de la potestad pública.

Ferrara concluye que con los requisitos de las personas jurídicas: De las asociaciones o instituciones, que persigan un fin, que obtengan un reconocimiento.

5.3.2.-CAPACIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS COLECTIVAS.

La capacidad de las personas jurídicas, es decir, su aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, es regida en cada caso particular por las leyes que ordenan su organización y funcionamiento.

La personalidad jurídica es igual en cualquier sujeto de Derecho, sea persona física o persona moral. La personalidad jurídica no tiene medidas que autoricen atribuir a alguien ser mas o menos persona por que tenga mas o menos personalidad.

Se tiene personalidad jurídica y entonces se es persona o se carece de dicha personalidad y consecuentemente no se es persona .

Pues bien esto es aplicable tanto a los seres humanos como a las personas morales.

Así mismo la capacidad de goce, por el contrario, si es objeto de graduación y limitaciones de mayor grado o de menor graduación según, él sujeto centro del análisis correspondiente; se tiene capacidad de goce distinta según su situación respecto de diversas disposiciones legales.

En las personas morales también hay un factor para graduar, un factor para los alcances de su capacidad de goce, o sea, de los derechos y obligaciones de los que la persona moral puede ser titular.

En las personas morales advierte Rojina Villegas, su capacidad de goce está limitada en razón de su objeto, naturaleza y fines. Podemos formular como regla general la que de dichas entidades no pueden adquirir

bienes o derechos o reportar obligaciones que no tengan relación con su objeto y fines propios.

No obstante la limitación anotada en el sentido de que el texto aplicable señala que la capacidad de goce de las personas morales es en función y está circunscrita a los derechos necesarios para realizar su objeto social, esto no puede entenderse de tal manera intransigente, que ni eventualmente la persona moral pudiera ser titular de cualquier otro tipo de derechos y obligaciones no relacionados con su objeto.

Las sociedades mercantiles según Rodriguez Rodriguez, tienen capacidad de goce en sentido que en su nombre pueden establecerse toda clase de contratos y realizarse toda clase de relaciones jurídicas no solamente pueden asumir las obligaciones de que ello resulten, sino adquirir los derechos correspondientes. Las sociedades mercantiles en cuanto personas morales no tienen capacidad jurídica ilimitada, ya que la legislación actual les otorga todos los derechos necesarios para realizar su objeto de su institución.

La finalidad social señala Rodriguez Rodriguez puede hacerse muy concretamente o de modo vago o general, por ejemplo puede constituirse una sociedad para la realización de una obra pública determinada o bien simplemente para realizar obras públicas; para elaborar productos químicos o para fabricar carbonato; es decir que la indicación del objeto social cumple con la indicación en términos amplios, de la rama comercial o industrial a que la sociedad se dedicará.

Para evitar dificultades, es frecuente, que en las escrituras se haga constar que, además, de aquellas actividades que constituyen el objeto de su finalidad de la sociedad, ésta podrá realizar toda clase de operaciones mercantiles, financieras o industriales que se refieran directa o indirectamente a la conservación del objeto social.

Las personas morales tiene capacidad sólo para la realización de su objeto, de tal modo, que no la tendrán para realizar operaciones que no puedan considerarse comprendidas dentro del mismo.

Mantilla Molina, considera discutido el punto de que si la capacidad de las personas jurídicas, de las sociedades es condicionada por la realización de un fin, y por lo que se refiere a la capacidad de ejercicio de las personas morales, debemos tener en cuenta todo el siguiente planteamiento y es como sigue:

La capacidad de ejercicio de las personas físicas, siempre son en función del grado de madurez mental del sujeto, sea realmente o así considerado por la Ley; así el no nacido, el recién nacido, el enajenado mental, están privados de actuar jurídicamente por sí solos; son plenamente incapaces y es que su situación mental, amen de las razones obvias de los concebidos, no les permitiría que fuera de otra manera. Más aún, como se apuntó en ocasión anterior, es de observación accesible que los grados de incapacidad van siendo de menor intensidad conforme el sujeto se acerca a la mayoría de edad, que es cuando conforme a la ley puede conducirse personalmente en la vida jurídica.

Además apunta, que la madurez mental atribuida por la ley al sujeto, es factor fundamental para la graduación de la capacidad o incapacidad de ejercicio a él correspondiente.

Respecto a la capacidad de ejercicio de las personas morales, es la apegada a esa interdependencia " madurez mental- capacidad de ejercicio"; les niega ésta, porque dichos entes carecen de voluntad y mentalidad propias; se trata en el caso entes inanimados construidos por el Derecho pero sin vida física propia.

Por ello, para su actuación jurídica, al igual que las personas físicas totalmente desposeídas de inteligencia, las morales requieren de quien con capacidad de ejercicio los representen legalmente.

En concreto, son los representantes legales de las personas morales, que obran como sujetos externos independientes y ajenos a ella y precisamente mediante la intervención de dichos representantes es que se subsana y se suple la falta de capacidad de los entes indicados.

La Teoría de los órganos respecto de las personas morales, ésta si bien es una construcción jurídica con irrealidad física pues carecen de un lugar en el espacio, tienen una serie de órganos en su estructura; no son representantes sino que precisamente forman orgánicamente parte de ellas, en ellas están incluidos y son el medio por el que actúa tanto internamente como frente a terceros, refiere De Ruggiero.

Así por ejemplo, es el caso de una asamblea general de una sociedad que no está acordando o decidiendo por ésta; la sociedad misma está decidiendo por medio de aquélla, ejemplifica Dominguez Martínez, para continuar diciendo lo siguiente:

"La sociedad, por tanto en general, la persona jurídica, tiene ciertamente representantes provistos de mandato, que actúa al exterior en nombre y por cuenta de la sociedad o de la persona, pero también tienen, órganos, que no tanto obran en nombre de la sociedad, cuanto expresan la sociedad en acción; órganos de acción interna, la asamblea de socios y órganos de acción externa; los administradores.

Tanto los unos como los otros, continúa señalando, no obran en su nombre, es decir, no declaran una voluntad de ellos en situación de una voluntad social, sino que expresan la voluntad social misma, que se forma en ellos y es declarada directamente por ello.

Y que la asamblea de los socios, o sea los socios en asamblea no hablan en nombre de la sociedad, sino que son la sociedad que habla, sus actos no son actos en representación de la sociedad, sino que son en la realidad jurídica formal, actos cumplidos por la sociedad: naturalmente, por medio de su órgano, así como la persona física se expresa por medio de sus órganos, estos sólo son instrumentos físicos a través de los cuáles la persona misma directamente y a nombre propio quiere, escribe y habla. Instrumentos físicos, estos instrumentos formales, los otros (como toda la persona jurídica es un fenómeno formal, pero asumidos en la realidad jurídica mediante una calificación de órgano que elimina entre ellos y la sociedad la distinción y contraposición de sujetos, implicada por el contrario, en la representación).

La afirmación de la capacidad de obrar de la persona jurídica. En virtud de la cual todos los actos de los órganos de la sociedad, en cuanto órganos deben considerarse, es decir asumen la calificativa jurídica formal, y por tanto son en la realidad jurídica formal, actos de la sociedad. Actos por consiguiente, de los que la sociedad y la persona jurídica general, tienen que responder directamente, como actos propios, y sí son ilícitos tendrá que responder de ellos.

Barrera Graf señala que el órgano, deriva de la constitución misma de la sociedad y antecede a cualquier actividad representativa, pero es en virtud de las actividades externas del órgano, o sea, de funciones y actos eminentemente representativos que la sociedad adquiere personalidad y manifiesta su capacidad; por otra parte durante su vida del ente, además de las relaciones (representativas) que se establece entre la sociedad y los terceros, también existen relaciones internas de organización de la

compañía y relaciones interorgánicas, que no se explican en función de la representación, aunque también se trate de relaciones jurídicas.

La doctrina de la representación sí es suficiente, a juicio de Dominguez Martínez para explicar la actividad que a nombre y por cuenta de la sociedad realizan los agentes y delegados del órgano quienes establecen relaciones jurídicas, y a nombre de la sociedad ejecutan actos y celebran actos con los terceros.

Considera además que el órgano se integra de dos elementos, uno objetivo que al propio tiempo es estrictamente jurídico y que está constituido por el conjunto de facultades, funciones y atribuciones que el ordenamiento legal y el pacto de las partes le atribuye; y el otro, subjetivo, o sea, la persona o personas que lo integran y que ejercen, aplican y usan de dichas facultades, funciones y atribuciones.

La persona moral tiene una estructura de verdaderos representantes como pueden ser gerentes, mandatarios, etc. para un mejor desenvolvimiento en la vida jurídica. Estos en un momento dado, como órganos representativos externos participan en la realización de actos jurídicos por cuenta de la persona moral.

De Castro y Bravo, señala que el término representante legal, puede considerarse como correcto. Aunque se distingue el representante de la persona jurídica, del representante del menor, en que éste le viene dado, proviene de afuera es externo y temporal; mientras que la persona jurídica requiere, por su misma esencia, tener un representante (representación necesaria).

El vocablo órgano expresa por ello mejor de que se trata de quienes reciben su poder del mismo estatuto de la persona jurídica, y que están integrados en la estructura misma de la persona jurídica. Con lo que se hace visible, que los actos de los órganos se consideren como de la propia persona jurídica con todas las consecuencias favorables o desfavorables que de ello se derivan.

Por tanto se puede decir que se puede utilizar el nombre de órgano para los representantes estatutarios, y reservar la de representante legal para el que recibe su poder de fuera, impuesto por una declaración judicial. (6)

Paralelamente a lo anterior, con apoyo doctrinal y legislativo de considerable, se observa una corriente más compleja, que muestra los alcances logrados por la Ciencia Jurídica.

5.3.3.- CREACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

Las personas jurídicas nacen de la voluntad de los individuos que las crean. Estas al unir sus voluntades dan origen a un ente, que una vez creado, tiene una personalidad y en consecuencia, una voluntad distinta a la de cada uno de sus componentes.

Son las propias necesidades sociales las que han originado a las personas jurídicas ya que el individuo actuando en forma aislada es incapaz de realizar ciertos fines, que superan su propio esfuerzo, de ahí que busque el concurso de los demás para la realización de dichos fines, y de ese concurso, de ese acuerdo en común, de esas voluntades que en forma uniforme quieren lo mismo, nace la persona jurídica.

5.3.5.- FUNCIONAMIENTO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

Las personas jurídicas actúan y se obligan por medio de los órganos que las representan, sea por disposición de la Ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras y de sus estatutos.

Las personas morales tienen su domicilio en el lugar donde se halle establecida su administración. Las que tienen su administración fuera del Distrito o Territorios Federales, pero que ejecutan actos jurídicos dentro de las mencionadas circunscripciones, se consideran domiciliadas en el lugar donde los hayan ejecutado, en todo a lo que esos actos se refiere.

5.3.4.- EXTINCIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

Las personas jurídicas, como las físicas, tienen un término final; su muerte se denomina extinción, y ésta puede responder a diversas causas, referidas según la legislación.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPITULO V

(1) DOMINGUEZ MARTÍNEZ JORGE ALFREDO, *Derecho Societario,* Parte General, Cosas Negocios Jurídicos e Invalidez, Editorial Porrúa, S.A., México, 1970, pág. 130.

(2) ÍDEM, Pág. 131.

(3) MOTO SALAZAR, *Elementos del Derecho*, Décima quinta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1970, pág. 130.

(4) DE RUGGIERO ROBERTO, *Instituciones de Derecho Civil,* Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., México, 1975, pág. 433.

(5) DOMINGUEZ MARTÍNEZ JORGE ALFREDO, *Derecho Societario*, Parte General, Cosas, Negocios Jurídicos e Invalidez, Editorial Porrúa, S.A., México, 1994, pág. 278.

(6) ROJINA VILLEGAS RAFAEL, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, Introducción, Personas y Familia, Vigésima Edición, Editorial Porrúa, México 1984, pág. 155.

CAPITULO VI

DOCTRINAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS COLECTIVAS.

6.1.- PROBLEMÁTICA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS COLECTIVAS.

Respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas colectivas y como ya anteriormente se refirió en el capítulo tercero de éste trabajo de tesis, nuestro Código Penal de Guanajuato en su artículo 15 del Código Penal, nos dice que cuando una persona jurídico colectiva de naturaleza civil facilite los medios para la comisión de un delito, de modo que éste resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el Juez con audiencia del representante legal de la misma, podrá imponer las sanciones previstas por éste Código, cuando lo estime necesario para la seguridad pública, sin perjuicio de la responsabilidad individual por el delito cometido.

Resulta muy discutible el problema de si sólo la persona física, 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 de la proliferación de la actividad capitalista de las sociedades anónimas.

Savigny hace referencia al clásico principio de societas delinquere non potest, que parte de la base de la existencia ficticia de las personas colectivas, mientras que Gierke considera que se ve rudamente combatido por la consagración civil de una voluntad propia y distinta en tales personas, de una existencia real y no ficticia; lo que lleva dice Raúl Carranca y Trujillo; si independientemente de la conducta particular de cada uno de sus miembros pueden incumplir sus obligaciones civiles, ¿ porque no, igualmente han de poder delinquir defraudando o calumniando, por ejemplo?

Y contra el argumento de la personalidad de la pena, que resulta insostenible tratándose de entes morales y no físicos, se contradice que para las personas jurídicas son posibles penas especiales: pecuniarias, contra la reputación y hasta contra la vida, como lo es la disolución, no entendidas como expiación moral sino como defensa tales sanciones.

La más certera crítica contra la responsabilidad de las personas morales puede resumirse de la siguiente manera:

La imputabilidad de dichas personas llevaría prescindir de la persona física o individual que le dio vida, como sujeto sancionable; por otra parte, la pena que se aplicase a la corporación se reflejaría sobre todos sus miembros, sobre todos los socios, culpables o inocentes.

Binding al respecto señala que es imposible considerar como responsable de un delito al miembro de una corporación que no ha podido impedir el acuerdo tomado o que ni siquiera lo ha conocido.

Refiere Berner que el delito de la persona jurídica no es, en suma más que el de las individualidades que la componen.

Alimena por su parte dice que sólo por analogía o por una peligrosa metáfora puede hablarse de una voluntad o de una conciencia corporativa capaz de delinquir.

No obstante, modernamente se ha abierto paso a la responsabilidad penal de las personas morales, en la doctrina y en algunas legislaciones.

Se dice para fundarla que así como se descubre en la muchedumbre delincuente un alma diferente de la de cada uno de los individuos que la componen; así como a la Ciencia Penal vuelve nuevamente a creer en la responsabilidad del medio social y en que es bueno o malo, de donde se protege a la infancia abandonada, también así debe considerarse a las personas morales como sujetos capaces de delinquir y de sufrir adecuadas sanciones señala Prins.

. En cuanto a la extensión de la responsabilidad penal se afirma por una parte que la sanción colectiva debe ser la única imposible y que los asociados deben quedar exentos de toda otra, refiere Gierke.

Por el contrario, que también los administradores o directores de la sociedad deben sufrir sanciones individuales según su intervención en la acción criminosa, pues así se marcará la diferencia entre ellos y aquellos socios que sean inocentes, refiere Mestre.

Mientras que respecto a las penas dice : Si algunas penas como las de prisión, es imposible aplicarlas a las personas morales, esto no obliga a desconocer su responsabilidad criminal, del mismo modo que ocurre cuando la pena de multa no puede ser eficazmente cumplida con un delincuente insolvente, o la de muerte con un anciano.

Por último, Ferri, después de admitir la posible responsabilidad propia de la persona colectiva "per se", independientemente de la de los individuos que hayan tomado parte en la deliberación y ejecución del delito colectivo, concluye que por razón de éste la persona jurídica que debe de quedar sujeta a las normas del Derecho Penal administrativo, dejándose al Derecho Penal común el reprimir la conducta de los individuos, siempre que el delito cometido demuestre una peligrosidad criminal propia.

Sobre el problema de la imputación se distingue entre la moral y la legal; la primera es evidentemente imposible en las personas jurídicas, pero no así la segunda, señala Ferri.

Por último, el Segundo Congreso Internacional de Derecho Penal reunido en Bucarest (1929), 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 a 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:

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

Cabe mencionar que para la doctrina defendista no puede ignorar la responsabilidad criminal en que consideran incurren, en la vida moderna, las personas morales.

Desde el punto de vista de la doctrina esta responsabilidad está ya sólidamente sustentada en la corriente científica que, superando el dato de la voluntariedad, se basa tan sólo en la imputación legal del hecho dañoso.

Del Código Penal Español de 1928 tomó el mexicano de 1929 su artículo 33, que substancialmente fue reproducido por el vigente. Dice así éste:

Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica o sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometen un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la Ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad publica.

De la heredada redacción de este precepto le permitió a González de la Vega comentarlo de la siguiente forma:

"La legislación penal al respecto, no contraría la tesis de que sólo las personas físicas pueden ser en nuestro derecho posibles sujetos del delito, pues la redacción del mismo establece claramente que es algún miembro o representante de la persona jurídica el que comete el delito y no la entidad moral; ello sin perjuicio de que se apliquen las reglas de participación y de que se decrete la suspensión o la disolución de la agrupación.

Al igual que lo mismo que el artículo 44 del Código Penal Español de 1928, que el artículo 33 del Código Penal mexicano de 1929 comenzaba así:

"La responsabilidad criminal (o penal) es individual", por otra parte el licenciado Almaraz, interpretó dicho artículo 33, diciendo que sí se estatuyó en él la responsabilidad penal de las personas jurídicas; contra el parecer de Cuello Calón, que fundado en el párrafo acabado de transcribir, ha entendido en relación con el Código Español que el artículo de que se trata introduce "una apariencia de responsabilidad colectiva, mas si se fija la atención en el precepto y se penetra en su contenido se verá claramente que la verdadera responsabilidad criminal, la que exige sobre la base de la intensión o de la culpa determina la imposición de penas propiamente dichas, es individual, mientras que la colectiva mas que un carácter penal tiene un sentido de medida puramente preventiva, que sólo da lugar a la imposición de una medida de seguridad".

El legislador penal mexicano de 1931, suprimió aquel párrafo consignando sólo lo restante del precepto elaborado por el legislador español, ello sin perjuicio de que en distinto precepto haya recogido la regla de la responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes del delincuente, agregando, lo que es también muy significativo, excepto en los casos especificados en la ley.

En las anteriores condiciones se sostiene, no obstante, que el Código penal de 1931 hace imputables únicamente a las personas físicas según su artículo 13; que corrobora esta interpretación el texto del articulado del libro II, que repite las fórmulas, "el que", refiriéndose siempre a personas físicas; que el dolo y la imprudencia como grados de la culpabilidad, sólo pueden darse en las personas físicas, además advertía actualmente derogado, repetía que aquellos grados de culpabilidad señalando así a los comerciantes individuales como únicos posibles sujetos de infracciones penales en caso de concurso, siendo muy significativo el siguiente texto del precepto :

"Cuando en el concurso de un comerciante colectivo apareciere que se han cometido actos previstos en este artículo se aplicarán a los directores

y administradores del mismo comerciante las penas que el mismo establece".

Como la persona moral sólo puede ejecutar por medio de personas físicas las acciones delictivas, si se reconoce la responsabilidad penal al par que a las personas físicas por medio de las cuales actúa, siendo así como puede hacerse referencia, como lo hace González de la Vega, a las reglas de la participación, los miembros de la sociedad que hayan tomado parte en el delito.(1)

Cabe advertir que nuestra legislación, en cuanto a la comisión u omisión por los miembros o representantes de la sociedad ha de resultar de los medios que para tal objeto la misma entidad les proporcione, de modo que el delito resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social, o bien en beneficio de ella.

6.2.- DOCTRINA DE CARLOS FRANCO SODI.

Carlos Franco Sodi, señala al referirse al sujeto del acto ilícito penal en sus aspectos activo y pasivo, para después estudiar el objeto jurídico y material y el daño publico y privado .

Enrique Ferri dice: " Como quiera que el Derecho es una relación " hominis ad hominem" (Dante) resulta que el delito que es acción contra el Derecho, no puede cometerse sino por un hombre contra otro", agregando más adelante (principios de derecho criminal) " El hombre que infringe la ley penal puede ser examinado como hombre delincuente (psicología criminal) como procesado, en su conducta procesal, (psicología judicial), y como condenado en su conducta carcelaria (psicología carcelaria). Pero en relación al delito legal, y como autor del mismo, debe ser estudiado como sujeto (individual y colectivo) de derechos."

Por su parte Eugenio Florián se expresa en los siguientes términos:

"Es principio común del ordenamiento jurídico moderno, que sólo puede ser sujeto del hecho punible el hombre, y que por consiguiente, que sólo él puede ser sujeto imputable y punible".

De lo expuesto por Florián resulta, para Sodi, que el hombre es el único autor posible del delito y, por lo mismo, el único que puede ser sujeto activo, pues por éste entiende a la persona que ejecuta un acto ilícito penal.

Ahora bien precisa resolver estos dos problemas que se plantean, cuestiona Franco Sodi lo siguiente :

1°. ¿ Siempre se ha considerado al hombre como al único sujeto activo del delito? , y

2°. ¿ En qué forma debe entenderse la afirmación de que sólo el hombre es capaz de delinquir, y que se le puede considerar desde una referencia individual, o desde otra en la que, unido en formas mas o menos permanente a otros hombres, constituye asociaciones o sociedades?

La solución al primer problema la ofrece la Historia, y alude Sodi a todas aquellas enseñanzas que muestran que durante la Edad Media, con bastante frecuencia, fueron procesados algunos animales.

Así por ejemplo, refiere a Cuello Calón que en el siglo XVI se enjuició a los ratones; y que después del formal proceso, fueron excomulgadas las langostas, las cuáles, como los ratones de referencia habían invadido los campos.

El maestro español Franco Sodi, enseña también cómo el segundo problema tiene, o mejor dicho encuentra una respuesta histórica. En efecto, la responsabilidad colectiva fue reglamentada por el viejo Código de Ammurabi, responsabilidad que también aceptaron, entre otros los derechos germánico y canónico.

En la actualidad, después de un largo período que se inició con la Revolución Francesa, y durante el cuál sólo se ha aceptado la responsabilidad individual, ha vuelto a sostenerse la existencia de la responsabilidad individual social, siendo de notar cómo cada día aumenta el número de sus partidarios.

Gierke y Mestre, entre otros, se pronuncian por la responsabilidad colectiva o responsabilidad de las personas morales, fundados en las siguientes consideraciones :

1° Que tienen una responsabilidad distinta de la de sus miembros.

2° Que en la misma forma que pueden faltar al cumplimiento de sus obligaciones, pueden delinquir, y

3° Que si pueden cometer delitos deben estar sujetas a las consecuencias legales de aquéllos.

Florían, por su parte, sostiene que no es posible hablar de un ser colectivo que piense, obre y cometa delitos como persona física distinta de las que lo forman. Que tampoco es justo que alguien sufra las consecuencias de un hecho delictuoso que no ha cometido, y que tal injusticia se realiza en los miembros de una persona moral, autora de un acto ilícito, que no han tenido participación alguna en éste, o que pueda acontecer, hayan votado en contra de la comisión de aquél. Que la punibilidad de las personas morales conduce a borrar el criterio personal o individual que fundamenta al Derecho Penal y, por último, que la defensa social queda satisfecha con la amenaza penal a los directores o administradores de las personas morales.

En México afirmó Sodi, que la responsabilidad de las personas morales es aceptada desde la legislación de 1929, inspirada principalmente en el Código Español de 1928.

Francisco González de la Vega dice cuando el artículo 11 del Código de 1931, habla de que los delitos se cometen por los miembros de la sociedad, implícitamente se está afirmando que ésta no puede ser autora de hechos delictuosos.

A juicio de Franco Sodi, la crítica del maestro González de la vega, es injusta, pues de acuerdo con el artículo 13 del Código penal del 31, son responsables no sólo los autores materiales o intelectuales del delito, sino todos los que presten auxilio o cooperación de cualquier especie, ya sea por acuerdo previo o posterior, y precisamente dentro del supuesto legal del artículo 11, las sociedades resultan prestando auxilio o cooperación a sus miembros en la comisión de un delito que, además, a ellas les aprovecha.

Reitera el maestro Franco Sodi, que conforme al Derecho Mexicano, la responsabilidad de las personas morales existe; pero sólo en los casos

especialmente previstos en la ley, tales como algunos supuestos de delitos contra la salud y de delitos contra la industria y el comercio a que refiere la legislación del 31, en la inteligencia de que la penalidad aplicable es la suspensión o disolución de la sociedad.

Entre los Códigos penales de los Estados, el de Yucatán, que entró en vigor en el año de 1938, acepta la responsabilidad de las sociedades, resolviendo, además el problema legal del enjuiciamiento.

Para Franco Sodi el sujeto pasivo del delito se entiende como la persona titular del derecho violado, de donde resulta que sólo pueden tener tal carácter:

1° El hombre ,

2° Las personas morales,

3° El Estado y,

4° En cierta clase de delitos la colectividad.

Identificando no en todo caso el sujeto pasivo del delito, se identifica con el ofendido, pues mientras aquél es siempre el titular del derecho violado y quien, como regla general, sufre el perjuicio, el otro, es decir, ofendido, tan sólo es la persona que en algunos casos reciente el daño.

Un ejemplo de sujeto pasivo lo encontramos en el propietario de la cosa robada, y como ejemplo de ofendido puede darse al hijo o al cónyuge de la persona víctima de un homicidio. En este ejemplo se entiende claramente quien es el titular del derecho violado y quien el solamente sufre el daño privado.

"El daño público está representado por la alarma social que el delito origina, mientras el daño privado consiste en el perjuicio que a los particulares (sujetos pasivos u ofendidos) se sigue con el acto ilícito.

(2)

6.3.- PLANTEAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA.

Toda indagación tendiente a establecer los presupuestos de la responsabilidad penal administrativa de las sociedades requiere determinar, cuatro cuestiones fundamentales, refiere Malamud Goti :

a) La primera radica en indicar cuáles son los alcances de la personalidad colectiva, y de allí el ámbito de la responsabilidad societaria.

b) El segundo problema recae sobre la cuestión de quienes se tornan responsables, en líneas generales, a la persona jurídica, y por que actos.

c) El tercer tema versa sobre las similitudes y diferencias entre multas y reparaciones para fundamentar las obligaciones que deben afrontar las sociedades.

d) La última cuestión se refiere a la distinción entre sanción contravencional y pena en sentido estricto, y más especialmente entre multa reguladora y multa penal. Esto lleva a distinguir entre delitos y contravenciones.

De los temas señalados, menciona Malamud Goti, que los dos primeros obligan a recurrir a las investigaciones efectuadas en el Derecho privado, pues de este surgen los conceptos de la responsabilidad y el acto de empleo.

El segundo aspecto exige un análisis comparativo de cuanto han dicho respecto de las relaciones entre los conceptos de reparación y castigo civilistas y penalistas.

El problema de delimitar lo penal propiamente dicho de lo convencional es en cambio, un punto que ha sido tratado en especial por los penalistas que han desarrollado tendientes a hacer esta delimitación.

6.3.1.- LAS TEORÍAS DE LA PERSONALIDAD REAL Y DE LA FICCIÓN.

Si bien es cierto que los requisitos que exige el Derecho Civil para responsabilizar a las personas colectivas no satisfacen frecuentemente las exigencias de la responsabilidad penal-administrativa, no es menos verdadero que, cuando los requisitos del derecho privado no concurran, se debería dejar también a un lado todo posible planteamiento de la cuestión contravencional.

En Derecho civil no se discute hoy por parte de la doctrina moderna la posibilidad de adscribir a las sociedades obligaciones por los daños ilícitamente causados por sus agentes y funcionarios actuando en carácter de tales.

El concepto de personalidad social ha variado según se trate de obligaciones originadas en los contratos o en los hechos ilícitos.

En las primeras se ha pensado, en general, en la persona sociedad, como aquella que dejaba incumplidos sus deberes, recurriéndose así a una concepción de la personalidad real de los entes colectivos.

Al tratarse en cambio, de las obligaciones ex delito, las opiniones se dividen entre quienes adoptan la teoría de la ficción o la de la personalidad real.

Los límites entre ambas causas de responsabilidad (contrato y hecho ilícito) son frecuentemente difusos, refiriendo Malamud Goti ejemplificativamente poniendo en evidencia el caso del electricista que daña la instalación que debió realizar: ¿cumple defectuosamente el contrato?, ¿actúa cuasidelictuosamente?

No sin razón, dice, se ha advertido, en consecuencia, que no es del todo coherente acudir a una u otra teoría según la índole de la causa, ya que ésta no siempre es determinable en virtud de criterios indiscutidos por quienes se han ocupado del tema.

Algunos civilistas han tratado de explicar la responsabilidad social partiendo por regla general de la teoría de la ficción. En el que las consecuencias de la adopción de esta doctrina pareciera que constituye un impedimento para hacer a las sociedades responsables por cualquier hecho que no proviniera del contrato incumplido.

La persona jurídica sólo significa un régimen de excepción frente a la imputación de los hechos a los individuos; representa un recurso técnico que permite el tráfico comercial y patrimonial como éste se realiza hoy en día.

En suma, la persona colectiva es para Malamud Goti una pura abstracción destinada a designar a los individuos que se agrupan detrás de ella.

Y que según esto, se sigue que:

a) Las sociedades carecen de voluntad;

b) no pueden incluir en sus finalidades la comisión de hechos ilícitos, "ya que ello es extraño a su destino especial y a su esencia;

c) los actos ilícitos de sus administradores no pueden alcanzarla porque exceden el límite del mandato ejercido".

Con todo a pesar de la claridad con que se halla formulada esta doctrina, señala el autor antes citado, sus consecuencias no fueron siempre del todo congruentes, pues de razones elementales de equidad condujeron a aceptar la responsabilidad colectiva frente a las acciones in rem verso.

Y son los casos en que la sociedad beneficiada a resultas del perjuicio ocasionado a un tercero por un agente de éste, que queda obligada a resarcir, no por el monto del daño, sino por la cuantía del provecho obtenido.

En razón de que la sociedad queda limitada por su objeto, y sólo en esta medida pueden imputársele obligaciones, parece lógico negar la posibilidad de adscribírsele cualquier hecho ilícito.

El objeto social sólo puede estar constituido por actividades permitidas, resultando en consecuencia, ultra vires toda conducta prohibida.

La teoría de la ficción ha reconocido modernamente distinciones entre los actos ilícitos y actividad ilícita .

La actividad social es un giro comercial, su negocio; designa este concepto el conjunto de conductas y procesos dotados de cierta permanencia y que confieren sentido a la creación de la persona jurídica.

El acto, en cambio, es una acción aislada o, mas bien, la modalidad misma con que la actividad se ejecuta en el caso concreto. Esta distinción ha permitido a la doctrina explicar la ilicitud de acciones ejecutadas en nombre de la sociedad.

La teoría de la ficción debe seguirse en el sentido de que la responsabilidad de los socios o directivos es puramente vicaria, si está admitida, a menos, que hubiesen participado en la ejecución de la acción ilícita.

La teoría de la personalidad real ofrece una perspectiva enteramente distinta. El ente social es un tercero respecto de sus integrantes, y en esa medida la responsabilidad recae como consecuencia del acto propio. Se trata de una responsabilidad personal, aunque no se desconoce por obvio, que una concepción semejante se oponga en modo alguno a concebir el acto antijurídico como un hecho proveniente del individuo.

Esta corriente ha reconocido las mas variadas versiones, que oscilan entre la vertiente más antropomórfica de la "institución", hasta la menos que reconoce, en la ilicitud el injusto individual- personal, aunque este resulte de ciertos fenómenos de interacción cuyo marco es la empresa.

Este último criterio, asigna a los grupos de personas que actúen con finalidades y reglas de acción comunes, una existencia diferente de la mera suma de acciones de los integrantes.

Estas ideas encuentran hoy pleno apoyo en la sociología y en la psicología social, que explican que la actividad conjunta se manifiesta en roles cuya forma de desempeño depende más de la conformación grupal, y su propia dinámica, que del carácter del individuo que en definitiva actúa.

Con la posición señalada coincide la posición de Satanwsky. Este autor acoge la teoría de la personalidad real rechazando, al mismo tiempo, el rigor de la doctrina de la "institución": "La teoría de la institución está vinculada con la solución realista del problema de la personalidad moral, natural, de las instituciones y de los grupos sociales, es decir, de las personas de existencia ideal.

El fin de la institución resulta del contrato y de la ley, y es la mayoría de los componentes de cada grupo social, - si otra cosa no es establecida en los estatutos o en la ley- lo que puede modificar ese fin y la que lo dirige.

La autoridad depende, así, de la mayoría. En cambio, dentro de la concepción institucional se pretende liberar esa autoridad del contrato y de la mayoría, para exigirla en una omnipotente autoridad, orientada exclusivamente por la fuerza del bien común, vaga en su concepción y en su contenido.(3)

Las instituciones jurídicas se originan en realidades sociales, y no meramente en fórmulas que escoge el legislador a su arbitrio.

La empresa funciona como un sistema que engloba y condiciona a sus propios miembros, estos deben conformar sus conductas.

6.4.-FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.

De lo que en el punto anterior se ha dicho dos son las consecuencias que se pueden extraer:

La primera, sobre el concepto de la sociedad como dotado de contenido propio, razón por la cual debe de ser acogida la Teoría de la personalidad real.

La segunda finca en que la idea de la ilicitud no se vea influenciada de algún modo por la existencia real de la sociedad.

Resulta poco discutible que sólo la acción puede infringir deberes, y esta acción obedece a una manifestación individual de voluntad.

Los fenómenos de interacción señalados explican más la formación del proceso volitivo que a éste último en sí. De estas consideraciones se sigue que toda responsabilidad societaria tiene el origen en el Derecho, lo que lleva a abordar, la cuestión relativa a cuál es el grado de conexidad que debe existir entre el acto prohibido y la persona colectiva.

No es por ello requisito para responsabilizar a la persona colectiva que, quien ocupa un cargo de responsabilidad se mueva estrictamente dentro de la tarea formalmente encomendada desde el punto de vista objetivo. Lo decisivo parece ser la conexidad que debe darse entre su acción y el beneficio real o posible del ente, conforme a un desarrollo normal y previsible de los acontecimientos.

Ha de prevalecer, entonces, un criterio subjetivo a que nos referíamos al analizar en el capítulo tercero, al sujeto activo del delito.

En relación al mero empleado, son dos las posibilidades teóricas:

La primera consiste en recorrer "hacia arriba" la cadena jerárquica hasta establecer que el hecho tuvo su origen en una acción u omisión del órgano.

Este procedimiento tendería a determinar que la propia sociedad encarnada en su representante o administrador - estuvo, en algún punto o falta.

El criterio, recogido por el OWIG (Código de Contravenciones de la República Federal Alemana), tiende a evitar el apartamiento de toda idea de culpa y coincide con esta forma con la tesis de la personalidad real.

La segunda tesis tendería a establecer la responsabilidad sobre bases mas objetivas y exigir, como lo hace Salvat, que hubiese mediado una designación mas menos formal del empleado, y por el otro un encargo de realizar el acto que produce en definitiva el perjuicio.

Esta tesis no conviene en la medida en que, con frecuencia, tratándose de los actos ilícitos, es difícil establecer los límites de referido mandato.

Esta solución tampoco estaría en condiciones de abarcar los casos de las acciones emprendidas por quienes sin desempeñar un rol formal alguno, ejecutan una actividad que de resultar exitosa beneficiaria al ente colectivo.

El agente individual debe ser órgano societario y no un mero mandatario, pues el último se presenta como un ser diferenciado del grupo al cuál sólo une un contrato; el primero, al contrario, como lo definen algunos civilistas, es el exponente directo de lo colectivo.

La culpa pasa de la manera indicada a revestir el núcleo del problema. No porque constituya culpa en sentido subjetivo, sino porque revierte en el órgano, en definitiva, el acento de lo injusto en sentido objetivo.

(4)

CITAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPITULO VI

(1) CARRANCA Y TRUJILLO RAÚL, CARRANCA RIVAS RAÚL, *Derecho Penal Mexicano,* Parte General, Décima Octava Edición, Revisada y puesta al día., Editorial Porrúa, S.A., 1995, pág. 132.

(2) FRANCO SODI CARLOS, *Nociones de Derecho Penal,* Parte General, Segunda Edición, Editorial Botas, Buenos Aires, Argentina, 1950, pág. 60.

(3) MALAMUD GOTI JAIME E., *Persona Jurídica y Penalidad,* Ediciones de Palma, Buenos Aires, Argentina, 1981, pág. 40.

(4) ÍDEM, pág. 46.

CAPITULO VII

LAS SANCIONES PENALES.

7.1.- NOCIÓN GENERAL DE SANCIÓN.

Considerando que el delito es un mal social, debe haber una rama en las actividades del Estado que se ocupe de combatirlo; en ellas se podría distinguir dos momentos: uno de prevención general, anterior a la comisión de cada delito, en que serán muy valiosos los conocimientos alcanzados por la criminología sobre las raíces de la delincuencia, a fin de poner los medios adecuados para impedir la acción de los factores.

El estudio de la pena corresponde a una de las ramas de la criminología, que es la penología, la cual profundiza en su estudio e incluye sus antecedentes históricos.

En éste apartado únicamente se mencionaran algunas ideas al respecto, y se recordará lo visto en el capítulo referente a la evolución del derecho penal, teniendo presentes sus etapas de evolución.

Como se vio en otro capítulo, la pena nace como venganza y con el tiempo se transforma y adquiere diversos caracteres y propósitos mas acordes con las necesidades sociales y con la evolución del pensamiento de la época.

En la antigüedad importaba castigar con el fin de reprimir, eliminar al delincuente y provocar una reacción de escarmiento dirigido a los demás.

Se creía que cuanto mas cruel fuera la pena, más eficaz sería.

La pena fundamental era la capital (de muerte), porque eliminaba al delincuente, y algo era seguro: ese sujeto no volvería a delinquir.

Luego surgieron otras penas, como los trabajos forzados, las corporales (latigazos, mutilaciones, etc.) que causaban dolor físico y afectación psicológica, y las infamantes, que causaban descrédito social,

desprecio y deshonor frente a los demás (pintar y ridiculizar de alguna forma al delincuente), creyéndose que con la vergüenza escarmentaría el sujeto.

También existió la pena pecuniaria, pero generalmente como accesoria.

Cuando las ideas humanísticas empiezan a influir en quien imparte, justicia, la pena tiende a corregir más que a castigar severamente.

La influencia de Cesar Becaria, quien rechazara la crueldad y la larga duración de la pena, entre muchas cosas fue decisiva.

7.2.- LA PENA.

La pena es un castigo impuesto por el poder público al delincuente, con base a la ley, para mantener el orden jurídico.

El investigador Constancio Bernaldo de Quiroz define la pena como la reacción social jurídicamente organizada contra el delito, por su parte otro distinguido autor, Eugenio Cuello Calón, manifiesta que la pena es el sufrimiento impuesto por el Estado en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal, en México el maestro Castellanos Tena opina que la pena es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente para conservar el orden jurídico.

(1)

7.2.1.- CARACTERES DE LA PENA.

La pena tiene así, como fines últimos, la justicia y la defensa social; pero como mecanismo para su eficacia o como fines inmediatos, debe ser:

a).-Intimidatoria.- Significa que debe preocupar o causar temor al sujeto

para que no delinca.

b) Aflictiva.- Debe causar cierta afectación o aflicción al delincuente, para evitar futuros delitos.

c) Ejemplar.- Debe de ser un ejemplo a nivel individual y general para prevenir otros delitos.

d) Legal.- Siempre debe de provenir de una norma legal; previamente debe existir la ley que le da existencia. Es lo que se traduce en el principio de legalidad.

d) Correctiva.- Toda la pena debe tender a corregir al sujeto que comete un delito.

e) Justa.- La pena no debe ser mayor ni menor, sino exactamente la correspondiente en medida al caso de que se trata. Tampoco debe ser excesiva en dureza o duración, ni menor sino justa. (2)

7.2.2.- LOS FINES DE LA PENA.

La pena debe cumplir con ciertos fines, a saber:

a) De corrección.- La pena debe lograr corregir al sujeto.

b) De protección. -Debe de proteger a la sociedad, al mantener al orden social y jurídico.

c) De intimidación.- Debe atemorizar y funcionar de modo que inhiba a las personas para no delinquir.

d) Ejemplar. - Debe ser una advertencia y amenaza dirigida a la colectividad.

Los fines de la pena son los de preservar el orden social y rehabilitar al sujeto activo.

Son finalidades de la pena: salvaguardar los valores esenciales de la colectividad, preservar la organización y funcionamiento de la comunidad y tutelar los bienes jurídicos individuales y colectivos; así como lograr la rehabilitación de quienes incidieron en el delito, a fin de lograr su reincorporación de forma positiva para el grupo social.

7.3.- MEDIDAS DE SEGURIDAD.

La medida de seguridad es el medio con le cuál es Estado trata de evitar la comisión de delitos, por lo que impone al sujeto medidas adecuadas al caso concreto; incluso se puede aplicar antes de que se cometa el delito, a diferencia de la pena.

La medida de seguridad puede ser educativa, médica, psicológica, pecuniaria, etc. y se impone tanto a imputables como a inimputables.

En términos generales las medidas de seguridad son los instrumentos por medio de los cuales el Estado en forma individualizada y singular, sanciona a los sujetos activos de un delito con el fin de evitar la comisión de nuevos delitos, sin que dicha sanción tenga el carácter de aflictivo o retributivo.

Según expone el maestro Castellanos Tena, puede afirmarse que penas son: la prisión, la multa, las medidas de seguridad y las demás formas de sanción que establece el Estado a través del Código punitivo como el confinamiento, la prohibición de ir a un lugar determinado, la amonestación, etc. (3)

7.4.- CLASIFICACIÓN LEGAL DE LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.

Al respecto el Código Penal para el Estado de Guanajuato señala como penas y medidas de seguridad en el artículo 46 :

1.- Prisión.- Consistente en la privación de la libertad .

2.- Relegación.- Privación de la libertad en colonias especiales.

3.- Confinamiento.- Consiste en la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él.

4.- Sanción Pecuniaria.- Son sanciones pecuniarias según el artículo 50 del Código Penal para el Estado de Guanajuato.

I.- La multa, y

II.- La reparación del daño.

El artículo 51 del mismo ordenamiento legal, dice en su párrafo primero: La multa consiste en el pago de una suma de dinero al Estado que se fije en la sentencia por días multa.

El día multa equivale al salario mínimo general vigente en el Estado al momento de consumarse el delito. El Estado designara el importe de la multa a satisfacer las necesidades del poder judicial.

Artículo 54.- La reparación del daño que deba ser hecha por el sentenciado tiene carácter de sanción pública y general para todos los delitos.

Cuando la misma reparación sea exigible a terceros, tendrá el carácter de responsabilidad civil, independientemente de la responsabilidad penal, en los términos del libro III, primera parte, título I, capítulo V, del Código Civil y se tramitará conforme a las disposiciones del Código de Procedimientos Penales.

En todo tiempo, podrán asegurarse bienes del obligado a la reparación del daño para garantizar su pago y el aseguramiento se tramitará aplicando en lo conducente el Código de Procedimientos Civiles del Estado.

Por otra parte la reparación del daño comprende:

I.- La restitución de la cosa obtenida por el delito, con sus frutos y accesiones; el pago en su caso de deterioros y menoscabos. Si la restitución no fuere posible, el pago del precio correspondiente, y

II.- El resarcimiento del daño material y moral causados, incluyendo el pago de tratamientos curativos que conforme a probanza y como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima; y

III.- La indemnización de los perjuicios ocasionados.

5.- Decomiso de los instrumentos del delito y destrucción de cosas peligrosas o nocivas.

El decomiso consiste en la pérdida de la propiedad o posesión de los instrumentos y objetos del delito a favor del Estado. Si los instrumentos y objetos son de uso ilícito y sólo sirven para delinquir o son substancias nocivas o peligrosas, se destruirán al quedar firme la sentencia.

6.- Suspensión, privación e inhabilitación de derechos, destitución o suspensión de funciones o empleos e inhabilitación para su ejercicio o desempeño.

Consiste en la pérdida temporal de derechos, funciones, cargos, empleos o comisiones que se estén ejerciendo.

La privación es la pérdida definitiva de los mismos.

La inhabilitación implica una incapacidad legal temporal o definitiva para obtener y ejercer aquellos.

La suspensión es de dos clases:

I.- La que se aplicará como consecuencia de las penas de prisión o relegación, y

II.- La que se aplica como pena prevista para un delito en particular.

La suspensión en el caso de la fracción I comprenderá los derechos de tutela, curatela, apoderado, defensor, albacea, perito, depositario o interventor judicial, síndico o interventor en quiebras, árbitro, arbitrador o representante de ausentes y comenzará desde que cause ejecutoria la sentencia respectiva y durará todo el tiempo de la condena.

La suspensión en el caso de la fracción II comprenderá los derechos previstos en cada figura y durará el tiempo señalado en la sentencia y empezará a compurgarse:

A) A partir de la fecha en que quede firme, si el reo se acoge al beneficio de la condena condicional o si paga la multa por la que se conmutó la pena corporal, y

B) Desde el cumplimiento de la sanción privativa de libertad, en caso contrario.

7.- Publicación especial de la sentencia.

Consiste en la inserción total o parcial de ella en uno o más periódicos que circulen en la Entidad. La publicación procederá a criterio del juez, en delitos contra el honor de las personas, la administración o fe públicas y se hará en la forma y periódicos que determine el tribunal a costa del condenado.

8.-Suspensión, extinción e intervención de las personas jurídicas colectivas.

Durante la suspensión de la sociedad afectada señala el Código Penal para nuestro Estado, la sociedad no podrá realizar las actividades que el juez determine discrecionalmente.

Por otra parte la extinción consiste en una disolución y liquidación total de la persona jurídica colectiva, que no podrá volverse a constituir en forma igual o encubierta.

La intervención consiste en remover a los administradores de la persona jurídica colectiva, encargando su función temporalmente aun interventor designando por el juez. La intervención no podrá exceder de los dos años.

9.- Amonestación.

La amonestación consiste en hacer ver al acusado las consecuencias del delito que cometió, exitándolo a la enmienda y advirtiéndole que se le impondrá una sanción mayor si reincidiere.

La amonestación se hará en audiencia pública o privada, según parezca prudente al juez y se aplicará en toda sentencia condenatoria.

10.- Medidas de seguridad curativas y demás que señalen las leyes.

Las medidas de seguridad curativas consistirán en:

I.- Internación en el establecimiento especial que se juzgue adecuado para la rehabilitación del inimputable, y

II.- Tratamiento de rehabilitación bajo la custodia familiar.

Tratándose de las medidas de seguridad estas tienen una duración indefinida y cesarán por resolución judicial, al demostrarse la ausencia de peligrosidad del sujeto. (4)

7.5..- LAS SANCIONES A SOCIEDADES EN EL DERECHO ALEMÁN VIGENTE. MODELO DE DERECHO COMPARADO DE LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA.

La responsabilidad de las sociedades en Alemania, es un sistema estructurado en parte general en el OWIG (Código sobre contravenciones de la República Federal Alemana.)

Los principios allí sentados constituyen los presupuestos que rigen la responsabilidad contravencional de las personas colectivas por los hechos de sus agentes, ya sea que estos hechos estén previstos como delitos o faltas de cualquier tipo, pues abarcan desde las faltas de tránsito hasta las complicadas maniobras monopólicas.

Se trata de cualquier manera, de un esquema cerrado y complejo.

Lo esencial de este sistema, es que prevé la imposición de multas contravencionales (Geldbusse), como sanciones accesorias, a las sociedades cuando un agente revestido de cierta representatividad (calidad de autor) cometiera un contravención o un delito, siempre y cuando la transgresión guarde conexidad con la actividad relativa al giro comercial de la persona colectiva.

Los mismos principios son aplicados también a los grupos de personas que no constituyan una sociedad en el sentido jurídico.

A) Con relación a la calidad del autor se exige que el agente sea el órgano representativo; cuando este órgano es colegiado es suficiente que el transgresor sea un miembro de éste.

Esto significa que el apoderado se encuentra en igualdad.

Las exigencias apuntadas rigen tanto a las personas jurídicas colectivas con capacidad jurídica, como para las que carecen de dicha capacidad.

B) En lo relativo a la naturaleza de la transgresión - contravención o delito-y su vinculación con la actividad societaria, se prevé dos supuestos:

1.- Que la violación importe al quebrantamiento de deberes que vinculen
a la sociedad misma.

2.- Que la acción prohibida enriquezca a la persona colectiva, ya sea que dicho beneficio sea real o meramente potencial. (5)

7.5.1.- EL DEBER DE VIGILANCIA E INSPECCIÓN. PENALIDADES A SOCIEDADES Y DIRECTIVOS POR EL HECHO DEL AGENTE.

La cuestión relativa al ámbito de autoría (a la calificación del agente) ha dado pie a las polémicas doctrinales, relativas a la aplicación del modelo legislativo alemán respecto a los casos en que el autor resultaba ser un gestor arbitrario del propio órgano o de aquellos otros en que, sin

revestir calidad personal alguna, hubiese adquirido, de hecho un apreciable grado de control o influencia sobre el manejo del patrimonio o negocios sociales.

Actualmente el OWIG, contiene tipos omisivos de vigilancia para el órgano directivo, por lo que existen casos en que el principio de nullum crimen nulla poena obliga a declarar impunes.

El problema de la sanción sin culpabilidad a que conduce la aplicación de & 30 del OWIG remite necesariamente a las diferencias entre el derecho penal strictu sensu, y el derecho contravencional.

7.5.2.- CUESTIONES RELATIVAS A LA CALIDAD DEL AUTOR.

El modelo legislativo alemán contiene una regla destinada a solucionar los problemas relativos a la calidad del autor.

Disponiendo lo siguiente:

Quien como órgano (o miembro de ese órgano) o representante legal o apoderado de una persona colectiva, cometa un delito o contravención actuando en ese carácter, quedará investido de las características de autor del mandante o representado, según los casos.

En otras palabras si la ley prevé las infracciones punibles, para el encargado de realizar un acto a nombre de la sociedad, o el encargado que ejecuta la acción ilícita o prohibida actúa en representación de la sociedad.

La disposición citada resuelve, en alguna medida, las dificultades creadas por el llamado autor por encargo, en los delitos especiales, lo cuál ha dado pie a discusiones doctrinales que aún no han sido resueltas.

Los delitos especiales son aquellos en que la acción antijurídica sólo puede ser emprendida por un circulo limitado de personas especialmente calificadas por el derecho: funcionarios, abogados, etc.

La inexistencia de una disposición expresa en relación a las acciones ejecutadas por quienes no revestían las calidades del autor, aunque mediase instigación o ayuda de una persona calificada, y se creaba un indeseado ámbito de impunidad.

En los casos señalados quien revestía - desde el punto de vista de quien contempla objetivamente los acontecimientos- la condición de autor,

debía permanecer impune aunque actuase por encargo de una persona en quien concurriesen los requisitos exigidos para lo injusto.

El primero no podía ser considerado autor, ya que carecía, como se explicó, de los requisitos exigidos por la ley penal.

El segundo, en cambio, que efectivamente se hallaba investido de la condición requerida, no había ejecutado en modo alguno la condición prohibida. Por estas razones las conductas de ambos debían quedar exentas de castigo, a menos que se pudiese establecer que el último se había valido del primero como instrumento.

Para la autoría mediata algunos exigían el dominio de hecho por el agente calificado.

Para otros la cuestión era mas simple, pues en los delitos especiales el núcleo de lo injusto estaba constituido por la mera infracción de un deber extrapenal impuesto al agente.

La última posición significaba un desplazamiento del principio de la acción típica hacía la mera transgresión de una obligación, por ejemplo la de un funcionario de custodiar los caudales públicos. Por la razón indicada ésta tesis no llegó a ser la dominante.

Al ser admitida en la codificación alemana, la transmitibilidad de la calidad de autor, se resuelve, en su mayor parte al menos, el problema ya antes referido.

Más especialmente, se inclino en el plano del derecho penal-administrativo, el agente (es decir individualmete) estaría en condiciones, de transgredir los deberes impuestos a la sociedad. Por ejemplo un apoderado transgrede las normas expuestas al exportador, aunque este exportador sea solamente el poderdante y, para el caso que nos ocupa, la persona colectiva.

De la misma manera, el director omite, (típica y jurídicamente) ingresar al fisco los tributos correspondientes a la empresa, aun cuando sea la última la obligada a ingresarlos, y no el propio omitente en persona.

Con diversos autores muy destacados sean formulado serias críticas respecto de las disposiciones citadas.

A) En primer lugar, las condiciones de autor a que se refiere el OWIG, (Código sobre contravenciones) y el StGB, (Código Penal de la

República Alemana), sólo son objetivas. Quedan por ende, excluidos ciertos elementos subjetivos de estas reglas legales.

El animus sensibi habendi de la defraudación o el fin de lucro pueden no aparecer en el agente, en cuyo caso, el principio de nullum crimen nulla poena impediría imponer pena alguna.

B) La transmitibilidad de circunstancias objetivas de la autoría tampoco puede alcanzar a los delitos de propia mano, como el caso de declaraciones (verbales) falsas ante autoridad impositiva. (6)

7.6.- PANORAMA EN LOS ESTADOS UNIDOS. PENAS A SOCIEDADES POR HECHOS DE SUS AGENTES.

El límite de la responsabilidad societaria, en relación con el agente es trazado por dos aspectos principales:

a).- El primero se refiere a la culpabilidad de ese agente.

b).- El segundo se refiere a la relación laboral o funcional entre el acto prohibido y la actividad empresarial.

El modelo legislativo de los Estados Unidos, no difiere mayormente de la legislación alemana.

La tendencia actual en los Estados Unidos se inclina marcadamente por sancionar a las personas colectivas exclusivamente en aquellas situaciones en que las necesidades sociales lo aconsejen, partiendo de la base de que se trata, en definitiva, de castigos dudosos desde el punto de vista de su justicia.

La tendencia delineada por la doctrina ha sido también objeto de consideración por omisiones legislativas.

Éstas han advertido no sólo la necesidad de restringir el ámbito de punibilidad, sino también de evitar que aquellos sobre quienes pesa la condena padezcan un severo castigo. Éste es el caso, de los accionistas.

Desde el punto de vista de la prevención general y sus consecuencias político criminales, la eficacia de la sanción es indudablemente notoria cuando se detecta y castiga al delincuente individual.

La vía indirecta, de obtener el desplazamiento del poder de policía hacia los accionistas y sus representantes constituye, un remedio que aplicado subsidiariamente, permite, en alguna medida, lograr también cierto grado de disuasión frente a los posibles transgresores, y desde el punto de vista de los actos ya realizados, produce resultados reparatorios. (7)

7.7.- ANÁLISIS DE LOS MODELOS LEGISLATIVOS: ALEMÁN Y DE LOS ESTADOS UNIDOS.

De los sistemas alemán y estadounidense, es muy discutible la responsabilidad penal-administrativa de las sociedades y de los administradores o gerentes.

Si bien algunas de éstas cuestiones responden a la evolución legislativa de ambos países, también responden a problemas que surgen mas de la naturaleza de las cosas que de la política criminal.

En Alemania la antijurídica esta ligada con un concepto de infracción de deberes.

La culpabilidad no es consagrada plenamente por el StGFB, sino por el OWIG, que define a las contravenciones como conductas antijurídicas y reprochables.

En los Estados Unidos los principios señalados no han tenido mucha claridad, por una parte se permite sentar las bases para condenar a quien no resulta ser el infractor y por otra parte, permite a los Tribunales desconocer el error del agente.

En cuanto a las infracciones que exigen culpabilidad, sólo la imposibilidad de perseguir al agente o la renuncia de procesarlo, no es reprochable el acto.

En el derecho alemán la cuestión de quien debe ser autor para hacer posible a la sociedad de la Geldbusse (multa contravencional) impuesta a

la sociedad, el principio de culpabilidad mantiene plena vigencia dogmática.

La sanción es aplicable cuando el órgano administrador o uno de sus miembros cometa una infracción consistente en violar un deber a cargo de la sociedad o ejecutando una acción prohibida que la beneficia o pueda beneficiarla.

Cuestiones mas complejas se presentan cuando el órgano viole la obligación de vigilar a los subordinados, pues en este caso deberá de establecerse sobre quienes y porqué actos deberá ser ejercido el control.

En los Estados Unidos, desde el punto de vista objetivo el requisito de cargo o influencia del agente dependerá de que se trate de delitos o contravenciones, en el último de estos casos bastará que el autor sea un empleado.

Respecto a la naturaleza de las sanciones, en Alemania llama especialmente la atención el carácter especialmente accesorio de estas penas, de naturaleza meramente administrativa, y por ello, no estigmatizante.

No es una sanción penal en sentido estricto (penal-criminal), sino meramente reguladora.

En los Estados Unidos la doctrina de la multa vicaria o la aplicación de la doctrina de la identificación - responsabilidad personal-social-, en el que su aplicación ha inducido tanto a jueces como a los teóricos a concebirla como una cuestión intermedia ante el derecho penal y civil.

En Alemania las sanciones individuales no son concebibles, a menos que sean de aplicación a las reglas del StGB relativas a los delitos stricto sensu o del OWIG a las faltas.

En los Estados Unidos las sanciones, en la medida que son reputadas penas criminales, deben estar precedidas de todas garantías de fondo (legalidad) y forma (debido proceso), sin embargo la doctrina de la stricto liabily en los casos de omisión determinó la imposición de esta suerte de penas por razones funcionales.

Este criterio se ha visto desplazado por la aplicación de la doctrina del injusto personal. A lo que Kadish dice: " Los únicos casos en los cuáles el garante (o empleador) ha sido considerado penalmente responsable sin querer o conocer lo penalmente antijurídico de los actos de sus

CONCLUSIONES.

PRIMERA : El concepto de delito es cambiante y este ha evolucionado conforme a las ideas penales y según su pueblo a estudio, ya que no en todas las sociedades ha sido igual, ni en todas las épocas, por lo que resulta difícil el proporcionar una definición histórica general del delito, no obstante que existen en la actualidad tantas definiciones de delito, como corrientes, disciplinas y enfoques doctrinarios de diversos tratadistas.

SEGUNDA: No existe uniformidad de criterios respecto a la definición de delito, ni respecto a los elementos esenciales del delito, pero a pesar de ello, subsiste la idea generalizada de que si existen elementos para integrar la naturaleza del delito, de lo que se desprenden las siguientes características: La conducta , la tipicidad, la antijurídica, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad, y las condiciones objetivas de punibilidad.

TERCERA : El adecuado manejo de dichos elementos permitirá entender la practica de cada delito, no obstante ante la diversidad de criterios en cuanto al número de elementos que integran al delito, pues mientras unos especialistas señalan un número de elementos que integran al delito, otros lo configuran con más elementos.

CUARTA : Cada legislación señala particularmente el número de elementos que integran al delito, pudiéndose señalar, en el caso específico, del Código Penal Vigente, para el Estado de Guanajuato, que el delito se encuentra constituido por seis elementos a saber los siguientes:

Conducta, Tipicidad, Antijurídica, imputabilidad, Culpabilidad, Punibilidad.

Comparativamente el Código del Distrito Federal no los menciona, entendiéndose que la primera definición es sustancial y la segunda formal.

QUINTA : La conducta implica un comportamiento humano voluntario, es decir no corresponde a las cosas o animales como en antaño se llegó a pensar, por lo que es aceptado en forma genérica que la persona humana es sujeto activo de la conducta, porque solo este puede actuar con voluntad y ser imputable, en virtud de que se encuentra provisto de una capacidad y puede con su acción u omisión, infringir el ordenamiento jurídico penal.

Las personas jurídicas colectivas no pueden cometer delitos, pues estas a diferencia de las personas físicas, carecen de una voluntad propia, que implique una exteriorización de voluntad, sin embargo en nuestra legislación penal se señala la posibilidad de que las personas jurídicas colectivas de naturaleza civil, pueden facilitar los medios para la comisión de un delito, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella y que además el Juez puede en ese supuesto imponer una sanción, cuando lo estime necesario para la seguridad pública, sin perjuicio de la responsabilidad individual, por el delito cometido; de lo que se desprende que de dicho precepto jurídico, las personas jurídicas colectivas pueden facilitar los medios para la comisión del delito, pero su responsabilidad resulta totalmente de carácter subjetivo, por lo que considero que el problema de las personas jurídicas colectivas como posibles sujetos activos del delito, encuentra su posible solución en donde inicia su cause, (en el derecho civil) en otras ramas del Derecho y no en el Derecho Penal.

SEXTA : Dado la subjetividad que implica el precepto en comento, dificulta en la práctica la eficacia del mismo y lo hace por lo tanto prescindible en nuestro texto legal.

SÉPTIMA : Considerado al hombre como sujeto activo del delito, en el capítulo cuarto " Autoría y Participación " se obtiene además que el delito no necesariamente es obra de una sola persona, ya que puede presentarse el fenómeno de la concurrencia de sujetos, esto es la reunión de dos o mas personas como sujetos activos del delito.

En principio el delito, es en su mayoría cometido por una sola persona. A veces dos o mas lo cometen, mientras que otras veces la propia ley exige la concurrencia de dos o mas sujetos para que pueda existir el delito.

Las tendencias de la criminalidad moderna se sitúan en la pluralidad de sujetos activos, en la participación y esta es una cooperación eventual de varias personas en la comisión de un delito que podría ser consumado sin la intervención de todos aquellos a quienes se consideran partícipes, por lo que las personas jurídicas colectivas no constituyen figura alguna de participación, pues estas no se crean con la finalidad de cometer delitos, ni de cooperar en la comisión de alguno, sino que por el contrario estas persiguen un fin lícito.

OCTAVA : La persona desde el punto de vista jurídico, es todo ser capaz de tener derechos y obligaciones, consecuentemente cualquier individuo que sea sujeto a una situación y a una relación implica el reconocimiento en él de una personalidad jurídica (aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones), pero esta no es privativa de los seres humanos, ya que paralelamente a estos existen organizaciones, agrupaciones, que son entes creados por la ciencia jurídica, y aceptados por los ordenamientos legales y que participan de la misma personalidad jurídica que los seres humanos.

Estos entes son ficciones de la Ley, y son incapaces de querer y obrar, y como ente ficticio se encuentra completamente fuera del terreno de la imputabilidad.

NOVENA : De aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas colectivas, la imputabilidad de estas llevaría a prescindir de la persona física o individual que le dio vida, como sujeto sancionable, ademas que la pena que se aplicase a la corporación se reflejaría sobre

todos sus miembros, sobre sus socios, culpables o inocentes, lo cual nos lleva a deducir que no es posible que sea responsable de un delito el miembro de una corporación, que no ha podido impedir un acuerdo tomado o que ni siquiera lo ha conocido.

DÉCIMA : Por otra parte la legislación Penal al respecto, no contraría la tesis de que solo las personas físicas pueden ser en nuestro Derecho posibles sujetos activos del delito, pues la redacción del mismo establece que es algún miembro o representante de la persona jurídica el que comete el delito y no el ente jurídico, ademas de que los requisitos que exige el Derecho Civil para responsabilizar a las personas colectivas no satisfacen frecuentemente las exigencias de la responsabilidad penal.

DÉCIMA PRIMERA : La pena es el medio mas eficaz para mantener el orden jurídico, y la medida de seguridad el medio mas idóneo con el cuál el Estado trata de evitar la comisión de delitos.

Si de un comportamiento delictuoso realizado por una persona física, con voluntariedad y exteriorización de su conducta, se le conmina con una pena; tratándose de las personas jurídicas colectivas (que no pueden cometer delitos, por carecer de voluntad para querer realizar un acto delictivo y exteriorizarlo) no cabría la amenaza de una pena; pues no podría hablarse de punibilidad de las personas jurídicas colectivas si estas son consideradas como imputables para nuestro Derecho.

DÉCIMA SEGUNDA : En los "Modelos de Derecho comparado de la República Federal Alemana y de los Estados Unidos", se observa la presencia de un Derecho Penal Administrativo y con las siguientes características :

a) En él se encuentran sentados principios que constituyen la responsabilidad contravencional de las personas jurídicas colectivas por los hechos de sus agentes ; y

b) ya sea que estos hechos sean previstos como delitos o faltas de cualquier tipo (pues abarca desde faltas de tránsito, hasta complicadas obras monopólicas).

Lo mas relevante de estos sistemas es que prevé la imposición de multas, como sanciones accesorias, a las sociedades cuando el agente es revestido con cierta representatividad. No es una sanción penal en sentido estricto (penal- criminal), sino meramente reguladora.

El modelo alemán denominado Código de Contravenciones, contiene disposiciones tendientes a solucionar problemas relativos a la calidad de autor, mientras la tendencia actual en los Estados Unidos se inclina a sancionar a las personas colectivas exclusivamente en aquellas situaciones en que las necesidades sociales lo aconsejen, partiendo de la base de que se trata, de castigos dudosos.

En los Estados Unidos se habla de una responsabilidad personal social y se concibe como una cuestión intermedia entre el Derecho Penal y el Derecho Civil.

DÉCIMA TERCERA : Cabe advertir que estos países han adoptado sistemas según su Estado de Derecho, su evolución histórica, estructura política, social y económica, por lo que estos sistemas consecuentemente surtirían efectos distintos en un país como el nuestro.

BIBLIOGRAFÍA

AMUCHATEGUI REQUENA IRMA G., *Derecho Penal.* Colección de Textos Jurídicos Universitarios. Editorial Harla. Segunda Edición. México 1990.

CARRANCÁ Y TRUJILLO RAÚL. CARRANCÁ Y RIVAS RAÚL. *Derecho Penal Mexicano*. Parte General. Editorial Porrúa S.A. Decimaoctava Edición. México 1995.

CASTELLANOS TENA FERNANDO. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal.* Editorial Porrúa S.A. Vigesimoprimera Edición. México 1985.

DOMINGUEZ MARTÍNEZ JORGE ALFREDO. *Derecho Societario*. Parte General. Cosas Negocios Jurídicos e Invalidez. Editorial Porrúa S.A. México 1970.

FRANCO SODI CARLOS. *Nociones de Derecho Penal.* Parte General. Segunda Edición. Editorial Botas. Buenos Aires. Argentina 1950.

GÜNTER STRATENWERTH. *Derecho Penal.* Parte General. Tomo I. Traducción de la 2ª edición alemana de 1976, de Gladys Romero. Profesora del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Editorial Edersa. Madrid. España 1982.

MALAMUD GOTI JAIME E. *Persona Jurídica y Penalidad.* Ediciones de Palma. Buenos Aires Argentina 1981.

MEZGER EDMUND. *Derecho Penal.* Parte General. Cardenas Editor. Segunda Edición. México 1990.

MOTO SALAZAR. *Elementos del Derecho.* Decimaquinta Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1970.

OSORIO Y NIETO CÉSAR AUGUSTO. *Síntesis de Derecho Penal.* Parte General. Editorial Trillas. Segunda Edición. México 1986.

PAVÓN VASCONCELOS FRANCISCO. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Parte General. Editorial Porrúa S.A. Segunda Edición. México 1967.

PORTE PETIT CELESTINO. *Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal*. Volumen I. Editorial Jurídica Mexicana. Primera Edición. México 1969.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo I. Introducción, Personas y Familia. Editorial Porrúa S.A. Vigésima Edición. México 1984.

RUGUIERO ROBERTO. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo I. Editorial Porrúa S.A. México 1987.

VILLALOBOS IGNACIO. *Derecho Penal Mexicano*. Parte General. Editorial Porrúa S.A. Quinta Edición. México 1990.

CODIGOS Y LEYES

CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO. Libro Segundo. Parte Especial.

OTRAS FUENTES

APUNTAMIENTOS DE DERECHO PENAL. Parte General. Primer Curso.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Tomo III. Editorial Bibliográfica Argentina S. R.L. Buenos Aires. Argentina 1967.