

187  
dey



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

"ESTUDIO DOGMATICO DE DELITO  
CONTRA LA ADMINISTRACION DE  
JUSTICIA  
(ARTICULO 225, FRACCION XVII C.P.)"

T E S I S  
Que para obtener el Título de  
LICENCIADO EN DERECHO  
p r e s e n t a:  
CRUZ CRUZ VICTOR MANUEL



FALLA DE ORIGEN

México, D. F.

Enero de 1995

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

A MIS PADRES:  
TOMAS Y MARIA ELENA,  
CON MI AMOR Y ETERNO  
AGRADECIMIENTO.

A MIS HERMANOS:  
BETZABE.  
EDUARDO.  
NOE.

A MIS DOS AMORES:  
GUILLE.  
ALAIN.

EN MEMORIA DE MI ABUELITA:

JULIANA ALVARADO CASIANO.

CON RESPETO Y GRATITUD  
PARA MI AMIGO, EL  
LIC. HECTOR LARA GONZALEZ

"NO HARAS INJUSTICIA EN EL JUICIO, NI  
FAVORECIENDO AL POBRE NI COMPLACIENDO  
AL GRANDE; CON JUSTICIA JUZGARAS A TU  
PROXIMO"

LEVITICO 19:15

## I N T R O D U C C I O N

Es la libertad personal, uno de los Derechos mínimos fundamentales y esenciales a la naturaleza humana. Es por ello que la humanidad ha tenido en todo tiempo la finalidad de que ese Derecho sea verdaderamente poseído por su titular (fin que es muy difícil alcanzar), y que trae como consecuencia, la necesidad de crear todos los medios que sean necesarios y garanticen la protección, la permanencia, eficacia y el respeto de aquél, que, cuando se posee totalmente, sirve de fundamento y motivación al hombre para el mejor desempeño de su función permitiéndole de esta manera alcanzar un desarrollo pleno tanto en el plano individual como social.

Lo anterior, es principal motivo de estudio en este sencillo trabajo de investigación, es decir, ¿cuál es la forma en que la legislación penal mexicana protege ese Derecho?, ¿de qué manera se asegura su vigencia?, preguntas que deben tener una respuesta real, y no tan sólo como un deseo de lo que debería de ser, sino que permita que los gobernados disfruten los beneficios de los Derechos que la Constitución General de la República les otorga, a través de las garantías individuales, siendo en este caso la libertad personal.

Comenzamos el análisis del tema, buscando en la historia algunos hechos de las antiguas culturas romana y española que

puedan servir como antecedente para el mejor conocimiento y estudio de lo que ahora llamamos prisión preventiva; remontándonos de igual forma al Derecho nacional antes y durante la conquista, su aparición y evolución que ha tenido en nuestro sistema jurídico mexicano mediante los códigos y anteproyectos en diversas épocas, para finalizar haciendo el estudio doctrinal de un delito contra la administración de justicia, a la luz de la Teoría Jurídica del Delito, primeramente en sus aspectos positivos, esto es, la conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, en caso de concurrir las condiciones objetivas de punibilidad, y la propia punibilidad; analizando de igual forma la posible concurrencia de sus aspectos negativos de cada uno de esos elementos, es decir, mediante una ausencia de conducta, atipicidad, causas de licitud, inculpabilidad, ausencia de condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias.

Ahora bien, para hablar adecuadamente sobre la dogmática jurídica moderna de la Teoría del Delito y después aplicarla a nuestro tipo penal, necesitaríamos dedicar todo nuestro tiempo para apenas comenzar a entender la problemática que aquella encierra en algunas de sus partes, lo que traería como resultado, y que en la realidad así sucede, la existencia de una multitud de tratados escritos sobre el particular, sobrepasando por mucho los límites de esta obra, es por este último motivo, que nosotros únicamente precisaremos los conceptos que conforman la Teoría del Delito desde

la perspectiva de la Teoría Finalista de la Acción, deseando que con ello el lector que, inicia, como nosotros, en el estudio de las figuras jurídicopenales, tenga por lo menos los mínimos pero suficientes elementos para comprender el tema.



**CAPITULO PRIMERO**  
**ANTECEDENTES**

**I. AMBITO HISTORICO**

No es motivo de estudio en este primer capítulo la existencia y aplicación de la prisión preventiva de manera minuciosa, sino únicamente el conocer en forma general su existencia en algunos sistemas jurídicos de la antigüedad, y principalmente analizar la evolución que a través de nuestra legislación ha venido desarrollando, desde el primer Código Penal de 1871 hasta este tiempo.

**A. DERECHO ROMANO**

En la legislación romana, el arresto (prensio) o cárcel (vincula, carcer) se practicaba no como una pena que se imponía al ciudadano romano autor de algún hecho delictivo, sino que era una medida cautelar que se aplicaba por el tiempo que durara el proceso, esto es, en tanto era juzgado.

La imposición del arresto o prisión preventiva como se le conocía indistintamente en Roma, dependía de una facultad discrecional que poseía un magistrado con imperio, es decir, para su imposición no existía fundamento jurídico alguno, únicamente el magistrado exponía los motivos que tuvo para tomar esa determinación. Así pues, en aquél tiempo no existía, por no estar

expresamente determinado en la legislación, el término que tendría que permanecer el prisionero en la cárcel, decretándose generalmente hasta nueva orden, pero en la mayoría de los casos de manera transitoria; como ciertamente lo manifestó Ulpiano en su Digesto al decir: *"La cárcel debe ser tenida para custodiar a los detenidos pero de ninguna manera para castigarlos"* (1).

Existían dos tipos de cárceles: arresto en la cárcel pública o vincula pública (a la que hemos venido haciendo referencia), y el arresto en casa privada (ergastulum) o custodia libera, la que de igual forma era impuesta por un magistrado con potestad e imperio, radicando la diferencia entre las dos, que ésta última se cumplía como su nombre lo indica, en casa particular y que era aplicada solamente a algunas personalidades en Roma.

Por su parte, Teodoro Mommsen, en su Derecho Penal Romano, sostienen que *"en el antiguo derecho romano se habría conocido la cárcel como pena propiamente dicha, que se hizo consistir en el arresto o reclusión de los esclavos en una habitación que se encontraba en casa de sus dueños"* (2).

#### **B. DERECHO ESPAÑOL**

La normatividad española, y en particular el Fuero Juzgo o

( 1 ) Enciclopedia Jurídica Omeba T. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1956, Tomo XXIII, p. 181.

( 2 ) Mommsen, Teodoro, El Derecho Penal Romano, Primera Parte, Editorial Temis, Bogotá, 1976, p. 402.

también conocido como el Libro de los Jueces, que data de los años 641 a 672 de la era cristiana, ya se encontraba regulada la prisión como una forma de detención provisional con una duración por el término necesario para juzgar al preso; ya que se le alojaba allí hasta en tanto se aclarara el asunto, y si bien es cierto que expresamente no se encontraba manifestada tal circunstancia, de la lectura del capítulo de uno de los libros que lo conforman se advierte tal hecho al ordenar que:

*"El iuez que tiene algunos omnes presos, aquellos á que los da que los guarden, si los presos salieren sin culpa, non demanden á estos presos nada por la guarda, nin por los soltar. E si fueren culpados los presos, por cada uno dellos deven aver los guardadores las dos partes de un sueldo. E si fuere el preso atal que lo dexen sobre su omenaje, é que pueda fazer emienda, el iuez deve fazer entregar aquella emienda á los que la deven aver, é daquela emienda puede retener la diezma parte por su trabajo. E si algun omne toma mas desto, que es dicho de suso, quanto tomó mas, pèchelo en duplo" (3).*

Otro cuerpo de leyes españolas que también contemplaron la prisión, como el medio para custodiar a las personas en tanto se resolvía su asunto, son las llamadas Siete Partidas de Alfonso X "El Sabio", las que con más frecuencia se aplicaron en aquél territorio.

De la misma forma que el Fuero Juzgo, la Séptima Partida ordena que aquéllos hombres que han cometido algún hecho que la propia legislación califica como delito, debenlo mandar meter en la

( 3 ) Fuero Juzgo, ley 4, título 4, libro VII, Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 1990, p. 127.

cárcel, o en otra prisión, donde será detenido hasta que lo juzguen. Por su parte, la Ley VII de la misma Partida, indica que el preso debe permanecer en el lugar donde el juzgador mandó que estuviese hasta que lo juzguen, ya sea para después justiciarlo o para soltarlo.

Son estas dos importantes compilaciones de normas españolas las que dan pauta para afirmar, que, la prisión preventiva como se conoce ahora, es una institución de derecho penitenciario ambigua; no así, como castigo o pena que se impusiera al autor de algún hecho de carácter criminal, pues ésta es aplicada hasta unos cuantos años atrás, ya que como se verá más adelante al hacerse mención de nuestro derecho precolonial y colonial, las penas se hicieron consistir principalmente en la muerte del delincuente o en el destierro del mismo; sin embargo tanto en el derecho nacional como el internacional, siempre que existió la prisión, fue como un medio de asegurar que el prisionero no se sustrajera de la justicia, mientras que era juzgado.

Es así como en el derecho penal de la España antigua (refiriéndonos en concreto a las Siete Partidas), la prisión preventiva, en algunos casos, era injustamente aplicada, pues si bien es cierto como lo hemos dicho ya en varias ocasiones, si no se comprobaba su responsabilidad en la comisión del delito que se le atribuía, era puesto en libertad, cierto es también, que la ley VII

disponía que ningún pleito del orden criminal debía durar más de dos años, y en tanto no se resolvía lo procedente, esa persona sujeta a juicio permanecía detenida por tanto tiempo, hasta antes de declararlo absuelto de culpa.

Así las cosas, en estas leyes españolas se encuentran también los antecedentes de la figura jurídica penal materia de estudio en el presente trabajo de investigación, esto es, justificar la prisión preventiva mediante el dictado de un auto de formal prisión dentro del término de ley, y que de no cumplirse, se tipifica un delito.

### **C. DERECHO PRECOLONIAL Y COLONIAL**

Por considerar que la cultura azteca, con referencia a los pueblos maya, zapoteco, tarasco, y en general a las demás culturas coexistentes en la época precortesiana, fue la más importante, la sobresaliente, por tal circunstancia, hemos de hacer referencia a aquélla, tomando su legislación penal como primer antecedente para entender la figura que es motivo de comentario en el presente trabajo. Comenzando así por decir, que, el sistema penal azteca estuvo sin duda fundamentado en el sistema draconiano, ya que prevalecía la crueldad sobre la valoración moral, sobre los derechos mínimos fundamentales que por naturaleza corresponden a todo ser racional.

Así, tenemos que existía un catálogo de delitos con su respectiva pena (4), en el cual tales penas o castigos, consistían en la mayoría de los casos en la pena de muerte en sus múltiples modalidades, o en la esclavitud, el destierro y muy esporádicamente en la pérdida de la libertad personal en prisión. Lo cierto era que, en dicho catálogo había únicamente dos delitos por los que se castigaba con pena de prisión, estos eran: la riña y causar lesiones fuera de ésta, lo más usual consistía en mantener al individuo encerrado en una especie de cárcel, mientras que el emperador azteca o Tlatocan lo juzgaba, siendo esto en un tiempo aproximado de ochenta días, en que celebraba audiencias públicas sentenciando, y sin tener derecho a apelar contra esa determinación.

Como se ve, el encarcelamiento de las personas, era la forma primitiva de lo que hoy conocemos como prisión preventiva, ya que se ejecutaba y duraba en tanto la autoridad resolvía qué pena era necesaria imponer al autor de un hecho de carácter criminoso; y que como lo hemos mencionado, principalmente se hacía consistir en la muerte en sus más variadas formas de ejecución (por ahorcadura, lapidación, decapitación, descuartizamiento, desollamiento en vida,

---

( 4 ) No se sabe a ciencia cierta si ese catálogo constaba por escrito o tan sólo permanecía inserto en la mente de las personas, como una forma de costumbre que los tuviere aterrizados.

etc) era sin duda, un sistema inquisitorio con características de una época cavernaria; utilizando únicamente la prisión como "jaulas y cercados para confinar a los prisioneros, antes de juzgarlos o de sacrificarlos" (5).

"Desde luego, tales jaulas y cercados cumplían la función de lo que hoy llamamos cárcel preventiva" (6). Y aún ésta se caracterizaba bajo en concepto de rudeza que servía para saciar instintos primitivos, denotando con esto el poco avance de esos pueblos en materia de delitos y penas.

Así entonces, podemos afirmar que si bien es verdad la prisión no tenía el carácter de pena, pues únicamente se aplicaba en forma provisional en tanto se procesaba al reo y se ejecutaba la sanción, cierto es también, que el juicio penal podía durar hasta ochenta días, lapso en el cual los reos debían permanecer en aquéllas prisiones, violando con esto en primer término un derecho fundamental y además con la incertidumbre sobre lo que le depararía el futuro.

En efecto, en el México precolombino existieron tres tipos de cárceles: El caucalli, era la cárcel destinada para los

---

( 5 ) (Samuel Vasconcelos) cit. por Raúl Carrancá y Rivas, Derecho Penitenciario, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 1986, p. 13.

( 6 ) Ibidem., p. 14.

responsables de delitos graves; el Malcalli, para los prisioneros de guerra; y el Teilpiloyan, la más rudimentaria de las prisiones, la cual se destinaba para los delincuentes por deudas y los que no merecían pena de muerte; esta última como sanción para aquellas dos conductas delictivas menos graves, y las dos primeras de manera provisional antes de ser sacrificado el delincuente.

En relación al Derecho en la Colonia, podemos decir que, en la Nueva España fueron aplicadas casi en su totalidad las instituciones y leyes que conformaban el Derecho Español, pero como un nuevo Derecho principal pues derogaron el Derecho precolonial que hasta poco tiempo antes se venía aplicando en ese territorio. Este nuevo Derecho que se implantó a la llegada de los españoles, en específico con la conquista de Hernán Cortés a México, fueron las llamadas Leyes Indias de 1680.

Es así, como *"la Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias de 1680, constituyó el cuerpo principal de leyes de la Colonia, completado con los Autos Acordados, hasta Carlos III (1759)"* (7). Sin embargo, era muy similar este nuevo Derecho al anterior, con la diferencia de que las Leyes de Indias contemplaban la prisión no tan sólo como medio preventivo, sino que en el Edicto de 1569 de la Santa Inquisición (una vez que fue establecido el

---

( 7 ) Ibid., p. 62.



Santo Tribunal de la Fe), se habla de la cárcel como penitencia al decir: *"les serán dadas penitencias saludables á sus ánimas que no recibirán penas de muerte ni cárcel perpetua y que sus bienes no sean tomados ni ocupados por los delitos que así confesaran"* (8).

Dos tipos de cárceles prevalecieron en el periodo del Santo oficio: *"la secreta, en donde permanecían los reos incomunicados hasta la sentencia definitiva, y la perpetua o de misericordia, a donde pasaban los que a ella estaban condenados"* (9).

## **II. LEGISLACION PENAL FEDERAL**

Hemos hasta el momento, analizado de manera general, la forma de existir de la prisión preventiva en dos legislaciones de culturas trascendentales internacionalmente, y aún más, culturas que han influido y servido de base para el establecimiento del Derecho Mexicano. Primeramente porque Roma, fue el pueblo que destacó esencialmente en el Derecho en general, pues tuvo a destacados juristas como Ulpiano o Justiniano entre otros; y por lo que hace a la segunda de las mencionadas, con la conquista que hizo de México, como lo hemos asentado ya, las leyes vigentes de aquél territorio, fueron aplicadas supletoriamente al pueblo conquistado, siendo

---

( 8 ) México a través de los siglos, Tomo II, Editorial Grolier, p. 404.

( 9 ) Barrita López, Fernando A., Prisión Preventiva y Ciencias Penales, Editorial Porrúa, México, 1992, p. 36.

lo anterior razón por la que nuestra primer parte de este capítulo, se hace una breve referencia de ellas.

Ahora bien, corresponde a continuación comentar la existencia (si es que se contemplaba) de nuestro delito en estudio, y en su caso, la forma de aplicación en los tres códigos penales que han tenido vigencia en México; es decir, el Código de 1871, el de 1929, para finalizar con el actual de 1931.

#### **A. CODIGO PENAL DE 1871.**

Es pues el Código Penal de 1871, la primer legislación que tuvo vigencia en nuestro país, en cuestiones del orden criminal. En ese tiempo la ley fundamental aplicable base de todo el sistema jurídico mexicano, era la Constitución Federal de 1857 que tutelaba diversas garantías individuales, de tal manera que su artículo 19 contenía una garantía para todo procesado en asuntos del orden penal, pues ordenaba: "Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto motivado de prisión y los demás requisitos que establece la ley...".

De ahí que el código punitivo en cuestión, como cumplimiento de ese 19 constitucional, contenía también un artículo que regulaba tal situación, y que además imponía una sanción a la autoridad judicial que fuere contraria a aquélla, "Art. 103B.- Los jueces y

los magistrados que tengan detenido a un acusado, sin dictar dentro de tres días el auto motivado de prisión; serán castigados con las penas que señala el artículo siguiente, según el tiempo que hubiere transcurrido sin dictarse el auto susodicho". Esta disposición, es el primer antecedente nacional de carácter legislativo del delito en análisis, pues con anterioridad a la misma, según se advierte de la exposición de motivos del referido código, se creó el capítulo sexto con el objeto de castigar a aquéllos que impunemente a cada paso, infringían el artículo 19 Constitucional (entre otros), por no existir la correspondiente sanción penal (10).

#### **B. CODIGO PENAL DE 1929**

Apenas dos años después de su entrada en vigencia, el Código de 1929 fue abrogado por el actual; contempló el delito que nos atañe en su libro tercero, título décimo, capítulo dos denominado de los delitos cometidos en materia penal, artículo 642, que a la letra decía: "A los jueces y a los magistrados que tengan detenido a un acusado, sin dictar dentro de setenta y dos horas el auto motivado de prisión, se les aplicarán las sanciones que señalan los artículos 1,097 y 1,101, según el tiempo que hubiere transcurrido sin dictarse el auto susodicho".

---

( 10 ) Ver exposición de motivos del Código Penal de 1871, en Leyes Penales Mexicanas, Tomo I, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 1979, p. 368.

Como podemos observar, tomando como punto de referencia el delito cuestionado, este efímero Código Penal, lo contempló en forma similar al anterior, es decir, no existió avance con la expedición de la nueva legislación, sino que tan sólo se ocupó de ubicarlo en un diverso título al que llamó: "De los delitos cometidos en la administración de justicia", a diferencia del anterior que lo señaló como: "Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones".

#### **C. CODIGO PENAL DE 1931**

Es curioso en verdad, que a la entrada en vigencia de nuestro actual Código Penal Federal de 1931 (exclusivamente por lo que hace al delito en cuestión, porque bien es cierto que por haber reducido el de 1929 que constaba de 1228 artículos, a tan sólo una tercera parte, se advierte la superación que hizo del primero; por lo menos en cuestiones de orden práctico), no haya contemplado el delito que nos ocupa cuando se supone que por ser el más reciente, debería ser mejor, pues debe buscarse siempre un desarrollo.

Su título décimo primero denominado: "Delitos cometidos en la administración de justicia", sustituye el undécimo y décimo de los dos anteriores, inutilizando el poco desarrollo que con éstos se había alcanzado, no obstante que el artículo 19 de la Constitución Política de 1917 ordena: "Ninguna detención podrá exceder del

término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión..."; sin embargo, pasa inadvertida para los legisladores esa disposición pues en ninguna de las hipótesis que describe su artículo 225 original se hace referencia a esa circunstancia, sino que hasta tiempo después, se percataron de tal omisión, decidiendo nuevamente insertar en una fracción adicional el citado delito contra la administración de justicia, mediante reformas al Código en cuestión en el año de 1983, y que manifestó: "art. 225.- Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos los siguientes:

XVII.- No dictar auto de formal prisión o libertad de un detenido como presunto responsable de un delito, dentro de las setenta y dos horas siguientes a la puesta en disposición de éste al juez;" (11), mismo que además ha venido sufriendo diversas reformas, siendo las últimas de primero de febrero de 1974, para quedar de la siguiente manera: "Art. 225.- Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos los siguientes:

XVII.- No dictar auto de formal prisión o de libertad de un detenido, dentro de las setenta y dos horas siguientes a que lo pongan a su disposición, a no ser que el inculpado haya solicitado ampliación del plazo, caso en el cual se estará al nuevo plazo;" (12).

( 11 ) Publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1984.

( 12 ) Publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1974.

### **III. PROYECTOS DE CODIGO PENAL**

Debido a los tantos años que tiene de vigencia el Código Penal de 1931, en la actualidad muchos de sus preceptos han tenido que reformarse por el constante cambio del Derecho en general; algunos estudiosos de la materia penal han formulado diversos proyectos de Código Penal Federal, con el propósito de que sus disposiciones se adecúen lo más posible a las necesidades en materia de justicia que debe imperar en nuestra sociedad.

#### **A. PROYECTO DE 1949**

En cuanto al delito que estudiamos, este proyecto al igual que el Código actual en su inicio, hace un listado de los delitos cometidos en la administración de justicia, pero nunca menciona particularmente la omisión de dictar auto de formal prisión o de libertad de un detenido, dentro del término que señala la Constitución Federal.

#### **B. PROYECTO DE 1958**

Nuevamente este proyecto de Código Penal no prevé el multicitado delito contra la administración de justicia que nos incumbe, permanece en el error del Código de 31 y del proyecto de 1949; sus creadores se preocuparon más bien de agrupar los delitos

término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión..."; sin embargo, pasa inadvertida para los legisladores esa disposición pues en ninguna de las hipótesis que describe su artículo 225 original se hace referencia a esa circunstancia, sino que hasta tiempo después, se percataron de tal omisión, decidiendo nuevamente insertar en una fracción adicional el citado delito contra la administración de justicia, mediante reformas al Código en cuestión en el año de 1983, y que manifestó: "art. 225.- Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos los siguientes:

XVII.- No dictar auto de formal prisión o libertad de un detenido como presunto responsable de un delito, dentro de las setenta y dos horas siguientes a la puesta en disposición de éste al juez;" (11), mismo que además ha venido sufriendo diversas reformas, siendo las últimas de primero de febrero de 1974, para quedar de la siguiente manera: "Art. 225.- Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos los siguientes:

XVII.- No dictar auto de formal prisión o de libertad de un detenido, dentro de las setenta y dos horas siguientes a que lo pongan a su disposición, a no ser que el inculpado haya solicitado ampliación del plazo, caso en el cual se estará al nuevo plazo;" (12).

( 11 ) Publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1984.

( 12 ) Publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1974.

### **III. PROYECTOS DE CODIGO PENAL**

Debido a los tantos años que tiene de vigencia el Código Penal de 1931, en la actualidad muchos de sus preceptos han tenido que reformarse por el constante cambio del Derecho en general; algunos estudiosos de la materia penal han formulado diversos proyectos de Código Penal Federal, con el propósito de que sus disposiciones se adecúen lo más posible a las necesidades en materia de justicia que debe imperar en nuestra sociedad.

#### **A. PROYECTO DE 1949**

En cuanto al delito que estudiamos, este proyecto al igual que el Código actual en su inicio, hace un listado de los delitos cometidos en la administración de justicia, pero nunca menciona particularmente la omisión de dictar auto de formal prisión o de libertad de un detenido, dentro del término que señala la Constitución Federal.

#### **B. PROYECTO DE 1958**

Nuevamente este proyecto de Código Penal no prevé el multicitado delito contra la administración de justicia que nos incumbe, permanece en el error del Código de 31 y del proyecto de 1949; sus creadores se preocuparon más bien de agrupar los delitos



existentes, en títulos de acuerdo con el bien jurídico que tutelaban.

### **C. PROYECTO DE 1963**

De la misma forma que los anteriores, el proyecto de 1963 sigue los mismos lineamientos que aquéllos, lo que se consideró en este anteproyecto fue anexar a los ya existentes en el título de los delitos cometidos contra la administración de justicia, los cometidos por Abogados, Patronos y Litigantes. Y en cuanto hace al delito de este trabajo, no hubo novedad alguna (13).

### **D. PROYECTO DE 1983**

Es en este proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana, donde el título IV (Delitos cometidos en la administración de justicia), capítulo I de los delitos cometidos por los servidores públicos, artículo 274, fracción XVIII donde se menciona con muy buena técnica jurídica, el delito en que incurre el servidor público que "no dicta auto de formal prisión o libertad de un detenido como presunto responsable de un delito, dentro de las setenta y dos horas señaladas por la ley". Corrige los errores

---

( 13 ) Ver Leyes Penales Mexicanas, Tomo IV, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1979, en lo que se refiere a los proyectos de Código Penal Federal de 1949, 1958 y 1963, así como su respectiva exposición de motivos.

de los proyectos anteriores, así como en los que se incurrieron en la primer redacción del Código vigente, siendo por tales motivos, un excelente proyecto que supera con mucho a aquél.

Fue creado este proyecto por exitosos juristas como el maestro Celestino Porte Petit, Raúl Navarro García, Moises Moreno Hernández entre otros, que se preocuparon porque el Código Penal Tipo para la República Mexicana, *"obedeciera al tiempo y a la vida social mexicana del último cuarto del siglo"* (14).

---

( 14 ) Madrazo, Carlos A., La reforma penal (1983-1985), Editorial Porrúa, México, 1989, p. 9

**C A P I T U L O    S E G U N D O**  
**ASPECTO POSITIVO Y NEGATIVO DEL DELITO EN ESTUDIO**

***I. CONCEPTO Y DENOMINACION***

Respecto del delito en general, no existe un concepto acertado que con toda exactitud señale, cuáles son los elementos comunes que deben concurrir en determinada acción para ser considerada como tal. Si por el contrario hay, entorno a esa situación, una problemática que ha surgido entre doctrinarios y legisladores de diferentes países, desde si aquél debe estudiarse en conjunto, esto es, que no se puede dividir en sus elementos, o que, para una mejor comprensión del delito se debe fraccionar en sus propios elementos pero siempre íntimamente ligados unos de otros; creándose de tal manera dos teorías, la totalizadora o unitaria y la analítica o parcial, en ese orden; otro aspecto de aquél problema estriba en el número de elementos que se consideran para estructurar el delito (teorías bitómica, tritómica o triédrica, tetratómica, pentatómica, hexatómica y heptatómica).

En relación a las dos primeras teorías, (totalizadora y analítica) creemos que la segunda de las mencionadas es la correcta, por facilitar el estudio de los elementos integradores del delito al dividirse éste, pero como lo apuntamos siempre en estrecha unión, pudiendo decir, que unos son consecuencia de otros, aunado a que nuestra legislación penal mexicana, ha adoptado de

igual forma esa teoría, razón por la cual se hará el estudio de nuestro delito desde esa perspectiva.

Ahora bien, por lo que hace a nuestro Derecho positivo el artículo 7° del Código Penal Mexicano dice que, delito es: "el acto u omisión que sancionan las leyes penales". Ha sido este concepto motivo de serias críticas, pues decir esto, es no hablar nada al respecto, como ciertamente lo manifiesta Jiménez de Asúa al comentar: *"Decir del delito que es un acto penado por la ley, como disponen el Código penal español, el chileno y el mejicano, y aun añadir que es la negación del Derecho, supone hacer un juicio a posteriori, que por eso es exacto, pero que nada añade a lo sabido"* (1); únicamente se cumple con ese viejo principio propio de Derecho Penal "nullum crimen sine lege", pero que a nadie satisface.

Existe asimismo, un concepto dogmático de delito en nuestro actual Código Penal, ya que de diversos preceptos que se refieren a aquél apoyado en la Constitución Federal, se van deduciendo las características generales comunes (elementos del delito) a todo delito. Es así como el ya mencionado artículo 7° nos habla de la **conducta** como primer elemento, al decir "acto u omisión", además cada tipo en particular se refiere a ese elemento; el artículo 14 Constitucional en relación con el 8° y 9° del mismo ordenamiento

---

( 1 ) Jiménez de Asúa, Luis, Principios de Derecho Penal, la Ley y el Delito, Tercera Edición, Editorial Sudamericana, Argentina, 1990, p. 201.

penal preven la **tipicidad**, pues el primero expresa: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata", por su parte el 8° señala: "las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente", 9° "Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y obra culposamente el que produce el resultado típico ..."; de la misma manera, el elemento **antijuridicidad** se deduce de la lectura del artículo 15, en sus fracciones III, IV, V y VI de la ley penal, entendidas a contrario sensu, pues comienza diciendo: "El delito se excluye cuando: III Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado... IV Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados... V Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios... y, VI La acción o la omisión se realicen en, cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho..." interpretadas a contrario sensu esas causas de licitud, se concluye que, a falta de cualquiera de ellas,

tal conducta (acción u omisión) será antijurídica; la **imputabilidad** se desprende del mismo precepto legal, fracción VII también interpretada a contrario sensu, que reza: "Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, ..."; respecto al elemento **culpabilidad** se ocupan las fracciones VII (que ya transcribimos), VIII inciso B) y IX del artículo 15 en comento, al decir: "Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible: B) Respecto de la licitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta. IX Atentas las circunstancias que concurren en la realización de la conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a Derecho..." todas ellas entendidas a contrario sensu; las **condiciones objetivas de punibilidad** el tipo en particular las prevé; y, finalmente la **punibilidad** la contempla el 7° del Código de la Materia al expresarse: "... que sancionan las leyes penales" y cada norma en particular prevé la sanción que debe imponerse a su infractor.

Otro concepto más del delito en general nos lo da el maestro Muñoz Conde, quien señala: "*podemos definir el delito como la acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible*" (2).

( 2 ) Muñoz Conde, Francisco, Teoría General del Delito, Reimpresión, Editorial Temis, Colombia, 1990, p. 5.

Creemos que de las definiciones que se han mencionado en esta primera parte, la más acertada es la del maestro Muñoz Conde, pensamos que es la mejor, la más propia para entender al delito, pues en ella se hace alusión a los elementos concurrentes en todo hecho de carácter delictivo, por tal razón, en base a ella analizaremos el delito materia del presente ensayo.

Ya hablando del concepto del delito que nos atañe, en virtud de la extensión gramatical utilizada por los legisladores para nombrar en cierta forma el delito en cuestión, debemos dividirlo, de tal forma que las figuras juridicopenales que en aquél se expresan, han de analizarse por separado, sin perder de vista la relación que entre ellas existe, luego entonces, de la lectura del tipo penal que nos incumbe se obtienen en esencia tres términos a comentar, pues expone: "No dictar **auto de formal prisión** o de **libertad** de un detenido, dentro de las setenta y dos horas siguientes a que lo pongan a su **disposición**, a no ser que el inculgado haya solicitado la ampliación del plazo, caso en el cual se estará al nuevo plazo".

En efecto, las tres nociones a que nos hemos referido son: "auto de formal prisión", "auto de libertad" y "puesta a disposición". Comenzaremos pues, contestando la siguiente pregunta: ¿qué es el auto de formal prisión?, *"es la resolución dictada por el órgano jurisdiccional, durante el curso del proceso penal, en*

*cuya virtud se fija la calificación legal de un hecho consignado por la acusación y se atribuye a un sujeto, previamente señalado por ésta, la responsabilidad penal correspondiente, con carácter provisional y en grado de probabilidad" (3).*

Por su parte el maestro Sergio García Ramírez, al referirse a dicho auto de formal prisión manifiesta: *"En el Derecho mexicano, el auto de formal prisión es la resolución jurisdiccional, dictada dentro de las setenta y dos horas de que el imputado queda a disposición del juzgador (plazo que se puede duplicar, a solicitud del inculpado o su defensor y en beneficio de la defensa) en que se fijan los hechos materia del proceso, estimándose acreditado plenamente el cuerpo del delito y establecida la probable responsabilidad del inculpado" (4).*

Otro autor también nos da la definición del auto de formal prisión diciendo: *"el auto de formal prisión es la resolución pronunciada por el juez, para resolver la situación jurídica del procesado al vencerse el término constitucional de setenta y dos horas, por estar comprobados los elementos integrantes del cuerpo de un delito que merezca pena corporal y los datos suficientes para*

---

( 3 ) Diccionario Jurídico Mexicano, Segunda Edición, A-CH, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, México, 1987, p. 269.

( 4 ) García Ramírez, Sergio, Derecho Procesal Penal, Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 1989, p. 521.



*presumir la responsabilidad; siempre y cuando, no esté probada a favor del procesado una causa de justificación, o que extinga la acción penal, para así determinar el delito o delitos por los que ha de seguirse el proceso" (5).*

Respecto del auto de libertad podemos afirmar que es lo contrario al auto de formal prisión, esto es, que dicha resolución judicial de término, restituye al procesado en el goce de su libertad personal por no quedar comprobado el cuerpo del delito o delitos que se imputan al acusado, ni la probable responsabilidad de éste en su comisión; o como lo expresa García Ramírez *"es pertinente esta liberación cuando dentro del plazo legal de setenta y dos horas (duplicable) no resulta posible dictar auto de formal prisión o de sujeción a proceso, por no estar comprobados el cuerpo del delito o la probable responsabilidad del imputado" (6).*

Es también una resolución de carácter judicial, que en su caso, debe ser emitida de igual forma que el auto de formal prisión, dentro del término constitucional de setenta y dos horas, esto es, que constitucionalmente se ordena al juez (artículo 19)

---

( 5 ) Colín Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Décima Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1992, p. 324.

( 6 ) García Ramírez, Sergio, op. cit., p. 540.

que dicte uno u otro (7); con el objeto de no dejar al presunto responsable en estado de incertidumbre, lo anterior se reafirma con lo expuesto por Colín Sánchez al sostener: "es la resolución dictada por el juez al vencerse el término constitucional de setenta y dos horas, en donde se ordena que el procesado sea restituido en el goce de su libertad, en virtud de no estar integrado el cuerpo del delito ni la presunta responsabilidad o que habiéndose dado lo primero, no exista lo segundo" (8).

Finalmente debe decirse que aquella acción de "poner a disposición" o "puesta a disposición" del detenido, a la autoridad jurisdiccional estriba en hacerle saber formalmente que existe recluida una persona autor de la comisión de un delito, y que por diversas razones (competencia por materia, territorio, turno, etc.) le corresponde instruir un proceso en contra de aquélla, es decir, cuando materialmente el juez recibe el pliego consignatorio por parte del Ministerio Público, siendo por tal circunstancia, que la autoridad judicial debe tener bien precisada la hora y fecha en que recibió la consignación con detenido, porque a partir de ese momento comienza a computarse el término constitucional de setenta

---

( 7 ) Existe también un tercer tipo de auto, el de sujeción a proceso que se dicta al inculcado en tratándose de delitos sancionados con pena alternativa o no corporal, previa comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad. Hace las veces del auto de formal prisión, la diferencia estriba como se dijo, en la sanción correspondiente al delito en particular.

( 8 ) Colín Sánchez, Guillermo, op. cit., p. 329.

y dos horas.

Al respecto, el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 197, segundo párrafo, determina: "Se entenderá que el inculpado queda a disposición del juzgador para los efectos constitucionales y legales correspondientes, desde el momento en que la policía judicial, en cumplimiento de la orden respectiva, lo ponga a disposición de aquél, en la prisión preventiva o en un centro de salud". Además también, "*en el caso en que el imputado comparezca voluntariamente*" (9).

Con relación a la denominación del delito sujeto a estudio, nuestro Código Penal vigente lo ubica dentro de los delitos denominados contra la administración de justicia, y en particular, como ha quedado asentado "no dictar auto de formal prisión o de libertad de un detenido, dentro de las setenta y dos horas siguientes a que lo pongan a su disposición, a no ser que el inculpado haya solicitado ampliación del plazo, caso en el cual se estará al nuevo plazo", motivo por el cual, como ya también se dijo al hacerse alusión del concepto, por carecer de nombre concreto, de igual forma vamos a enunciar otros nombres con los que también se conoce el auto de formal prisión y el auto de libertad.

---

( 9 ) García Ramírez, Sergio, op. cit., p. 522.

El maestro de Derecho Penal Mariano Jiménez Huerta, ubica ese tipo penal en los delitos cometidos por Funcionarios y Empleados de la Federación y del Distrito Federal, Agentes del Gobierno y sus Comisionados, denominándolo: "*Delito de omitir dictar auto de formal prisión o soltura en el término constitucional*" (10).

El auto de formal prisión es también conocido como "*auto de procesamiento*" (11), o "*auto de prisión preventiva*" (12).

El auto de libertad, es denominado como: "*auto de libertad por falta de méritos*" y/o "*auto de libertad por falta de elementos para procesar*" (13); como de la misma forma lo nombra el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el Código Federal de Procedimientos Penales, en ese orden.

Por su parte el profesor Colín Sánchez, manifiesta que debe intitularse "*auto de libertad por falta de elementos para continuar el proceso*" (14).

---

( 10 ) Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo III, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1974, p. 320.

( 11 ) García Ramírez, Sergio, op. cit., p. 520.

( 12 ) Colín Sánchez, Guillermo, op. cit., p. 327.

( 13 ) Arilla Bas, Fernando, El Procedimiento Penal en México, Décimo Tercera Edición, Editorial Kratos, México, 1991, p. 89.

( 14 ) Colín Sánchez Guillermo, op. cit., p. 329.

## II. PRESUPUESTOS

Los presupuestos han sido conceptualizados por el maestro Celestino Forte Petit de la siguiente manera: *"toda circunstancia antecedente indispensable, para que el delito exista"* (15).

Doctrinariamente se han creado algunas clasificaciones sobre el tema en cuestión; una primer ordenación de aquéllos es en: 1) Presupuestos del delito y del hecho; y, 2) Presupuestos del hecho únicamente. Otra clasificación (del citado autor) es: 1) Presupuestos del delito; y, 2) Presupuestos de la conducta o hecho.

En relación a la segunda, concretamente por lo que hace a los presupuestos del delito, se han subclasificado en presupuestos del delito generales, *"aquéllos comunes al delito en general"* (16); y especiales, *"aquéllos propios de cada delito en particular"* (17), o *"aquellos requisitos jurídicos, previos a la realización de la conducta descritos por el tipo, de cuya existencia depende el título o denominación del delito respectivo"* (18). La ausencia de los primeros trae como consecuencia el aspecto negativo de los elementos del delito, y la falta de los segundos acarrea la existencia de un delito diferente.

( 15 ) Forte Petit, Candaudap C., Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Décimo Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 1993, p. 208.

( 16 ) Ibid.,

( 17 ) ibidem,

( 18 ) idem. p. 210

Los presupuestos de la conducta o del hecho son "aquéllos requisitos jurídicos o materiales previos y necesarios para que pueda realizarse la conducta o hecho típicos" (19); siendo de igual manera generales o especiales. Su ausencia trae como resultado que no pueda realizarse la conducta o el hecho contemplado por el tipo. En ese orden de ideas, se advierte que tales presupuestos pueden ser de carácter jurídico "son las normas de Derecho y otros actos de naturaleza jurídica, de los que la norma incriminadora presupone la preexistencia para la integración del delito" (20), y de naturaleza material que "son las condiciones reales preexistentes en las cuales debe iniciarse y cumplirse la ejecución del hecho" (21).

Así pues, para efectos de nuestro delito hemos de tomar en cuenta únicamente los presupuestos de la conducta o hecho. En la especie, se presenta un presupuesto de la conducta o hecho de carácter material, en el caso de que el preso no se encuentre a disposición del juez que debe llevar el juicio, sino de otro, luego entonces, aquella autoridad judicial se encuentra imposibilitada materialmente para que su conducta (de omisión) encuadre en el tipo penal, pues es necesario que previo el dictado de un auto de formal

---

( 19 ) Ibid., p. 211

( 20 ) Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, Décima Edición, Editorial Porrúa, México, 1971, p. 180.

( 21 ) Ibid.,

prisión o auto de libertad, el inculpado sea consignado al juez (al que debe hacerse de su conocimiento tal circunstancia), y a partir de ese momento comience a correr el término constitucional de setenta y dos horas.

### **III. CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA**

Toda vez, que la teoría del delito "*es una construcción dogmática que nos proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto*" (22), es preciso de acuerdo con la prelación lógica, hacer referencia en primer término a este elemento del delito, es decir, a la conducta, ya que como se manifiesta doctrinariamente "*la conducta humana es el punto de partida de toda reacción jurídicopenal y el objeto al que se agregan determinados predicados (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), que convierten esa conducta humana en delito*". (23).

En este orden de ideas, según el autor Porte Petit, la conducta consiste "*en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o no voluntario (culpa), dirigidos a la producción de un resultado material típico o extratípico*" (24), entendiéndose tanto la acción en sentido estricto consistente en el hacer, como

---

( 22 ) Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Segunda Edición, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988, p. 334.

( 23 ) Muñoz Conde, Francisco, op. cit., p. 9.

( 24 ) Porte Petit, Celestino, op. cit., p. 234.

la omisión que reside en un no hacer, o bien, en actos positivos o en omisiones.

La acción en estricto sentido, es todo proceder derivado de la voluntad del hombre, para la consecución de un fin. Desde el punto de vista de la teoría finalista de la acción (que hemos de seguir en el presente trabajo de investigación), la voluntad lleva implícita siempre una finalidad, esto es, que la voluntad es en todo caso voluntad de algo, pues *"no se concibe que haya voluntad de nada o voluntad para nada"* (25). O bien, como lo explica Welzel (autor de la teoría finalista de la acción), *"la acción es, por eso, acontecer final, no solamente causal. La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines"* (26). Por tales motivos esa finalidad, los medios elegidos por el autor para su realización y los efectos concomitantes, son de suma importancia para esta teoría. Así pues, podemos nosotros concluir que, para la teoría finalista, el fin es lo primero en que se piensa y se quiere, y lo último que se puede conseguir.

---

( 25 ) Zaffaroni, Eugenio Raúl, Op. cit., p. 361.

( 26 ) Welzel Hans, Derecho Penal Alemán, Cuarta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1993, p. 39.



La omisión es como la explica Fernández Carrasquilla al manifestar *"la omisión de una acción determinada (lo que desde luego no significa que sea lo mismo que esa acción), cuando una omisión (inejecución de cierta conducta positiva) esta prohibida, lo que el derecho quiere es que la acción correspondiente no deje de ejecutarse y, por tanto, prohibir una omisión es lo mismo que mandar u ordenar una acción"* (27); dicho de otra manera, lo que se castiga es la no realización de la acción mandada, de ahí que el autor de la omisión debe estar un posibilidad de realizar esa acción mandada pues de lo contrario no se puede decir que hubo omisión.

*"Omisión no es un simple no hacer nada, sino no hacer una acción que el sujeto esta en situación de poder hacer"* (28), y que de él se espera que la haga, pues la omisión de la acción esperada es la que interesa al Derecho Penal.

A este respecto, se ha clasificado la omisión en dos tipos, *"1) Omisión propia, en los que se castiga la simple infracción de un deber de actuar; y, 2) Como delitos impropios de omisión o de comisión por omisión, en los que, al igual que en los supuestos anteriores de la omisión, ésta se conecta con un determinado resultado prohibido, pero en el tipo legal concreto, no se menciona expresamente la forma de comisión omisiva"* (29).

( 27 ) Fernández Carrasquilla, Juan, Derecho Penal Fundamental, Vol. II, Segunda Edición, Editorial Temis, Colombia, 1989, p. 161.

( 28 ) Muñoz Conde, Francisco, op. cit., p. 29.

( 29 ) Ibid., p. 31.

Asimismo, surge esta clasificación tomando en cuenta el autor de la omisión. Así, en los delitos de omisión propia, el autor puede ser cualquier persona que se encuentre en la situación descrita en el tipo, en estos delitos el resultado es meramente jurídico. Y en los llamados delitos de omisión impropia o comisión por omisión, *"sólo pueden ser autores de conductas típicas de omisión propia quienes se hallan en posición de garante, es decir, en una posición tal respecto del sujeto pasivo que les obligue a garantizar especialmente la conservación, reparación o restauración del bien jurídico penalmente tutelado"* (30). Esta posición de garante a que se refiere el autor significa tener un especial deber de garantía de que permanezca intacto el bien jurídico protegido, por razón de cargo o profesión; aunado a que además el resultado producido pueda ser imputado al sujeto de la omisión, a esto se le conoce como la causalidad de la omisión.

Habiendo quedado precisada que es la conducta como primer elemento del delito, (refiriéndose tanto a la acción en sentido estricto como la omisión propia o impropia), es pertinente ahora aplicar ese conocimiento al delito que nos atañe para iniciar su estudio a la luz de la teoría del delito, consecuentemente, y como ya ha quedado determinado, éste comienza diciendo: "No dictar auto de formal prisión o de libertad..."; en este orden, de lo transcrito se advierte que, para que se pueda incurrir en esa

---

( 30 ) Zaffaroni, Eugenio Raúl, Op. cit. p. 485.

hipótesis es necesario que el juez penal omita, o bien, deje de hacer lo que dicho precepto (entendido a contrario sensu) le esta obligando a realizar, es decir, su conducta omisiva debe estar dirigida a la no emisión de cualquiera de esas dos resoluciones dentro del término señalado, habida cuenta, que la conducta que exige el tipo penal en análisis no es de una acción en estricto sentido, sino de una omisión, ello en virtud, de que la norma que le da origen al tipo es de enunciación preceptiva pues como se manifiesta *"en el enunciado preceptivo se prohíbe realizar cualquier otra acción que no sea la que individualiza el verbo"* (31), que en este caso es **dictar**.

Una vez que se dejó claro que es mediante una omisión la forma de comportamiento humano necesario para la comisión de este delito, debemos de la misma forma manifestar la clase de omisión que se presenta, así las cosas, si bien es cierto que el capítulo I del título décimo primero del Código Penal Federal, se denomina, "Delitos cometidos por los servidores públicos", situándose dentro de este rubro el delito que nos incumbe, no quiere decir que el juez, como servidor público encargado de la administración de justicia, adquiera por tal motivo, una posición de garante frente al sujeto privado de su libertad personal, y así, pudiera hablarse de una omisión impropia, si en cambio, afirmamos, que es mediante una omisión propia la forma de comisión de este delito, pues

( 31 ) ibidem, p. 482.

autor de este delito será cualquier persona que se encuentre en la situación descrita en el tipo, o sea, tener el carácter de juez penal, aunado a que, el aludido tipo penal no requiere un resultado material, sino únicamente para su comisión, es suficiente la inactividad del juzgador.

#### **A. CLASIFICACION EN ORDEN A LA CONDUCTA**

Es la actividad o inactividad del hombre, la base para establecer la clasificación de los delitos en orden a la conducta, como se advierte de los dicho por Forte Petit al enunciar: *"Es indudable que para elaborar la clasificación de los delitos en orden a la conducta, debemos atender a la actividad o inactividad, independientemente del resultado material, en caso de haberse producido, el cual es una consecuencia de la conducta"* (32). Creando la siguiente clasificación: 1) De acción; 2) Delitos de omisión; 3) Delitos de omisión mediante acción; 4) Delitos de conducta plural; 5) Delitos sin conducta, de sospecha, de posición o de comportamiento; 6) Omisión de resultado; 7) Delitos doblemente omisivos; 8) Delitos unisubsistentes y plurisubsistentes; y, 9) Habitual.

---

( 32 ) Forte Petit, Candaudap C., Op. cit. p. 291.

El delito de no dictar auto de formal prisión o de libertad de un detenido..., como ha quedado establecido puede cometerse mediante una omisión propia. Respecto de los delitos de omisión impropia o comisión por omisión, afirma Zaffaroni al explicar la posición de garante *"así, no ejecutar las leyes cuyo cumplimiento le incumbe es equivalente a dictar o ejecutar ordenes o resoluciones contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales, pero sólo para el funcionario público al que incumbe el cumplimiento"* (33). Quedando así definidos los que se refieren a la acción u omisión.

Omisión mediante acción, en esta clase de delitos es necesario que el sujeto realice hechos positivos (de hacer) para eximirse del cumplimiento del deber, no pudiendo presentarse esta clase de conducta en nuestro delito.

Delitos de conducta plural, se subdividen en: a) Delitos mixtos de acción y de omisión, que *"son aquéllos en los que, en el tipo se exige un hacer y uno no hacer"* (34); b) Delito de omisión y acción; c) Delito de omisión y alternativamente omisivo; d) Delito de doble acción *"aquéllos que se forman a base de una combinación de acción de significado diverso"* (35); e) Delito de

( 33 ) Zaffaroni, Eugenio Raúl, Op. cit., p. 485.

( 34 ) Ibid., p. 292.

( 35 ) idem. p. 293.

acción y de doble omisión, "en éstos el tipo requiere un hacer y una doble omisión" (36). El tipo en análisis no requiere de ninguna de estas formas de conducta para su comisión.

Delitos sin conducta, de sospecha, de posición o de comportamiento, creados por Manzini, no han sido tomados en cuenta, según lo manifiesta Porte Petit pues señala que "han sido rechazados por numerosos penalistas..., pues no es posible aceptar la existencia de delitos sin conducta (en sus dos formas: acción y omisión) o el hecho, según la descripción del tipo" (37).

Delitos de omisión de resultado, en estos el sujeto debe realizar el resultado material que se espera, en virtud de un mandamiento legal que impone la producción de aquél. No opera en el presente caso.

Delitos doblemente omisivos, en esta clase de delitos "el sujeto no hace lo que debe hacer y no produce el resultado - material - a que esta obligado a realizar" (38). Por razón de la producción de resultado "material", que se exige, no es doblemente omisivo el delito que nos atañe.

---

( 36 ) Ibid.,

( 37 ) Ibid.,

( 38 ) Ibid., p. 294.

Delitos unisubsistentes y plurisubsistentes. Los primeros se consuman con un sólo acto y los segundos con dos o más actos. Nuestro delito es unisubsistente en virtud de que el tipo penal manifiesta que con el simple hecho de no dictar el auto de formal prisión o el de libertad dentro del término legal, se tipifica el mismo, es decir, se requiere una sola omisión.

Habituales. En éstos se requiere una repetición de acciones de la misma especie, las que en suma constituyen el delito. El tipo en cuestión no hace alusión a repetición alguna.

#### ***B. CLASIFICACION EN ORDEN AL RESULTADO***

En cuanto al resultado, la clasificación de los delitos es de la siguiente manera: 1) Delito instantáneo; 2) Delito instantáneo con efectos permanentes; 3) Delito permanente; 4) Delito necesariamente permanente; 5) Delito eventualmente permanente; 6) Delito alternativamente permanente; 7) Delito de simple conducta o formal y de resultado o material; y, 8) De daño y de peligro.

El multicitado delito contra la administración de justicia que estudiamos, es instantáneo, porque tan luego se comete el delito se agota la consumación, es decir, que tiene consumación instantánea. Sin embargo, al consumarse instantáneamente en el momento en que transcurrió el término constitucional de las setenta y dos horas,

los efectos comienzan a partir de ese momento, pues la fracción XVIII, del artículo 107 Constitucional, establece que "Los alcaides y carceleros que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión de un detenido, dentro de las setenta y dos horas que señala el artículo 19, contadas desde que aquél esté a disposición de su juez, deberán llamar la atención de éste sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, lo pondrán en libertad", razón por la que además de ser instantáneo, es con efectos permanentes.

Delito permanente, es aquél que su consumación se prolonga en el tiempo, y toda vez que ya dijimos nuestro delito es instantáneo, consecuentemente, no puede ser permanente, ni en sus modalidades.

Delito necesariamente permanente es *"aquél que requiere para su existencia un resultado antijurídico permanente"* (39).

Delito eventualmente permanente que es el *"que siendo instantáneo puede en ocasiones prolongarse la consumación"* (40).

*"Son delitos de simple o pura conducta, formales o de resultado inmaterial, aquéllos que se consuman con la realización*

---

( 39 ) Forte Petit, Candaudap C., Op. cit. p. 308.

( 40 ) Ibid.,



de la conducta. Y de resultado o materiales, aquéllos que al consumarse producen un cambio en el mundo exterior" (41). El delito en estudio es de simple conducta, también denominado delito formal o de resultado inmaterial, pues el mundo exterior no sufre una mutación, no se presenta un cambio, ya que, el hecho de que el carcelero ponga en libertad al detenido, es una consecuencia de la conducta omisiva del juez y no propiamente resultado de ese actuar.

Una última clasificación de delito en orden al resultado, es la que los divide en delito de peligro y delitos de lesión, que consiste en la destrucción o disminución del bien jurídicamente tutelado en el caso de estos últimos, o bien simplemente en poner en peligro ese bien. Resultando que el delito de omitir dictar auto de formal prisión o el auto de libertad, disminuyen el bien protegido que como lo veremos en su momento, es la correcta administración de justicia, razón por la cual, es un delito de lesión.

### **C. AUSENCIA DE CONDUCTA**

El aspecto negativo de la conducta, es la ausencia de conducta, es decir la falta de voluntad en el hacer o en el no hacer del comportamiento humano, que trae como consecuencia la inexistencia de delito alguno, pues como se dijo, la conducta es

---

( 41 ) Ibid., p. 309.

elemento primordial del delito; habida cuenta, que es necesario que en el comportamiento humano exista la voluntad, para que sea penalmente relevante, pues el legislador toma de la diversidad de formas de actuar del hombre, aquéllas que valora como negativas para la convivencia social, y les asigna una sanción.

Tres son los grupos de casos en los que a pesar de la protagonización del hombre en un hecho aparentemente delictuoso, no hay acción humana (insistimos penalmente relevante), estos son: 1) La fuerza física irresistible; 2) Los movimientos reflejos; y, 3) Los estados de inconsciencia.

La fuerza física irresistible para Zaffaroni es *"una fuerza de entidad tal que ha al sujeto incapaz de dirigir sus movimientos o sea, que lo haga obrar mecánicamente"* (42).

Otro autor señala que la fuerza irresistible *"es un acto de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente"* (43).

A su vez la fuerza física irresistible puede darse de dos formas: a) Cuando proviene de una conducta humana; y, b) Cuando deriva de una fuerza de la naturaleza. Al respecto, *"tanto la*

---

( 42 ) Zaffaroni, Eugenio Raúl, Teoría del Delito, Editorial EDIAR, Argentina, 1973, p. 146.

( 43 ) Muñoz Conde, Francisco, Op. cit., p. 17

fuerza natural como una acción humana - apunta Zaffaroni - pueden dar lugar a una causa de inculpabilidad o a una ausencia de acto. Esta última se dará recién cuando cualquiera de ambas revista una entidad tal que prive al ser humano de la posibilidad de conducirse, de dirigir sus movimientos" (44). Lo importante es que "la fuerza física irresistible debe ser exógena, o sea, proveniente del exterior y no del sujeto" (45).

Así las cosas, en caso de que una persona privada (por cualquier causa) ilegalmente de la libertad al juez que debe emitir el auto de formal prisión o el de libertad, y que ocasionaría que transcurriera el término legal de setenta y dos horas, sin que se haya dictado cualquiera de aquéllas, en tal ejemplo se materializa una ausencia de conducta mediante una fuerza física irresistible proveniente de una persona, esto es, opera en el caso una vis absoluta.

Vis mayor o fuerza material proveniente de la naturaleza. Sobre el particular, Porte Petit expresa: "La vis mayor es una de las hipótesis de ausencia de conducta, debiéndose entender por la misma, cuando el sujeto realiza una actividad o una inactividad por una fuerza física irresistible, sub-humana" (46).

---

( 44 ) Zaffaroni, Eugenio Raúl, Teoría del Delito, p. 147 y 148.

( 45 ) Ibid.

( 46 ) Porte Petit, Candaudap C., Op. cit., p. 324.

En nuestro delito, muy remotamente pudiera darse esta clase de fuerza, y en su caso, sería que por un terremoto que destruyere el bien inmueble donde se encontraba el juez, quedando este atrapado en los escombros y transcurriere el término constitucional.

Los movimientos reflejos, al igual que la fuerza irresistible, no constituyen acción penalmente relevante, puesto que éstos no están controlados por la voluntad del sujeto, sino que *"el estímulo del mundo exterior es percibido por los centros sensores que lo transmiten, sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores"* (47). De lo anterior se desprende que, los movimientos reflejos (convulsiones epilépticas o los movimientos automáticos de defensa) provocan un movimiento externo en el actuar del sujeto, es por ello que en el delito contra la administración de justicia en estudio, no pueden presentarse ya que éste, para su comisión, es de un no actuar y no de un actuar.

Estados de inconsciencia, estos son: a) Sueño; b) Sonambulismo; c) La embriaguez letárgica; y, d) Hipnotismo, en los que también hay ausencia de voluntad en el actuar humano, pues la inconsciencia es la ausencia de facultades psíquicas. Respecto de estas causas, podemos afirmar que, en este caso no es posible encontrar algún ejemplo donde se surta una de esas formas que pudiera acarrear ausencia de conducta, pues en el caso de que por

---

( 47 ) Muñoz Conde, Francisco, Op. cit., p. 18.

cualquier circunstancia el Juez se quedara dormido y no dictara la resolución correspondiente no resultaría impune su omisión si alegara que por sueño no dictó el auto de término del detenido, ello en virtud de que, regularmente el Juez penal no actúa solo sino siempre asistido de un Secretario de Acuerdos y demás personal que bien pudieron despertar a aquél para evitar tal hecho criminal. Por la misma circunstancia, tampoco podría alegar que por sonambulismo o hipnotismo no cumplió con su deber, y mucho menos por una embriaguez letárgica.

#### **IV.- TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.**

Como segundo elemento del delito se encuentra la tipicidad, de la que ahora haremos referencia, siendo necesario para una mejor comprensión que primero se establezca qué es el tipo, por ser éste precedente de aquélla, sin embargo únicamente y de manera superficial daremos algún concepto del mismo, ya que es tan profundo y extenso lo que existe doctrinariamente sobre esta cuestión que en exceso sobrepasa los límites de este sencillo trabajo. Podemos entonces decir que, tipo es la descripción de una hipótesis que la norma penal ha querido separar de la diversidad de formas de comportamiento humano, para asignarle una sanción, en razón de que se considera negativa socialmente.

Para Welzel, el tipo "*Es la descripción concreta de la conducta prohibida (del contenido o de la materia de la norma). Es una figura puramente conceptual*" (48).

Por su parte Bacigalupo opina que "*tipo penal en sentido estricto es la descripción de la conducta prohibida por un norma*" (49).

Una definición más amplia de tipo es la siguiente: "*El conjunto de todos los presupuestos de la punibilidad*" (50). Amplia en el sentido de que como lo manifiesta el autor "*abarca las características del tipo del injusto de la antijuricidad y de la culpabilidad, así como de la condiciones objetivas de punibilidad*" (51).

En conclusión el tipo tiene por función la tipicidad, es decir que la tipicidad se deriva del tipo, pues como lo señalamos éste es anterior a aquélla.

---

( 48 ) Welzel, Hans, Op. cit., p. 60.

( 49 ) Bacigalupo, Enrique, Manual de Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá, 1989, p. 80.

( 50 ) Wessels, Johannes, Derecho Penal, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 38.

( 51 ) idem.

El tipo penal que estudiamos se ubica en nuestro Código Penal Federal, en el Título Décimo Primero denominado "Delitos cometidos contra la administración de justicia", Capítulo I, "Delitos cometidos por servidores", artículo 225, fracción XVII.

Se define la tipicidad como: *"la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal"* (52).

Para dar cumplimiento a la máxima de nullum crimen, nulla poena sine lege, que determina el artículo 14 de nuestra Constitución al que ya nos referimos al darse el concepto dogmático de delito), que prohíbe "imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata", se encuentra la tipicidad que es el resultado afirmativo del juicio de tipicidad, esto significa que, previo el juicio de tipicidad, que consiste en la *"averiguación que sobre una conducta se efectúa para saber si se presentan los caracteres imaginados por el legislador"* (53), se determinará la tipicidad de una acción.

Por otra parte, la relación existente entre el tipo y la antijuridicidad como *"juicio negativo de valor que recae sobre un*

---

( 52 ) Muñoz Conde, Francisco, Op. cit., p. 39.

( 53 ) Zaffaroni, Eugenio Raúl, Op. cit., p. 176.

comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico" (54), es muy estrecha, ya que por "imperativo del principio de legalidad y de la idea de seguridad y certeza jurídica sólo los comportamientos antijurídicos que, además, son típicos pueden dar lugar a una reacción jurídico-penal" (55), por lo que son dos clases de categorías de delito, sin embargo, al ser analizada la hipótesis descrita por el tipo, a la luz de las causas de justificación (como aspecto negativo de la antijuridicidad) y si en esa conducta no se presenta alguna de estas causas, entonces tendremos lo que se conoce como el tipo de injusto, del que en el siguiente punto nos ocuparemos.

#### **A. TIPO DE INJUSTO DOLOSO**

En virtud, de que el tipo de injusto tiene tanto elementos de carácter objetivo (aquellos elementos como la acción típica, objeto de la acción, bien jurídico, sujeto activo); y elementos de índole subjetivo (esencialmente el dolo) según la teoría finalista que sirve de fundamento a este trabajo, se divide para su estudio en tipo objetivo de lo injusto y tipo subjetivo de lo injusto, ambos de delito doloso y culposo.

---

( 54 ) Muñoz Conde, Francisco, Op. cit., p. 40 y 41.

( 55 ) Ibid.



### **1. TIPO OBJETIVO DE LO INJUSTO**

*"El tipo objetivo es el núcleo real-material de todo delito"*  
(56).

Sobre este tema, al explicar el concepto de lo objetivo del tipo, afirma Wessels *"el concepto de objetivo en el tipo de lo injusto no corresponde, sin más, a los objetos del mundo exterior, perceptibles por los sentidos, sino que se realiza con frecuencia con elementos subjetivos"* (57). Lo anterior se reafirma con lo manifestado por el alemán Hans Welzel *"el tipo objetivo no es objetivo en el sentido de ajeno a lo subjetivo, sino en el sentido de lo objetivado. - sigue diciendo - Comprende aquello del tipo que tiene que encontrarse objetivado en el mundo exterior"* (58).

De lo dicho se desprende, que tipo objetivo de lo injusto, es una acción (voluntad exteriorizada) agregando que, debe estar siempre acompañada de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, como consecuencia del resultado de esa acción. Lo esencial aquí es que esa voluntad debe exteriorizarse, ya que no hay conducta relevante para el Derecho Penal, en tanto no se

---

( 56 ) Welzel, Hans, Op. cit., p. 75.

( 57 ) Wessels, Op. cit., p. 43

( 58 ) Welzel, Hans, Op. cit., p. 77.

manifieste en el mundo exterior, y que además según hemos visto, sea antijurídica.

Para nuestro delito en estudio, lo objetivo consiste en que, una vez transcurrido el término fatal de setenta y dos horas, sin que el juez que corresponda, haya dictado el auto de formal prisión o el auto de libertad, en tal caso, es notable claramente la voluntad omisiva de aquél. Sin que sea óbice a lo anterior, el hecho de que como ha quedado asentado, la voluntad debe exteriorarse y debe ser perceptible por los sentidos, pues si bien es cierto la omisión que exige nuestro tipo en la hipótesis que describe no es tangible en el mundo de los sentidos, no lo es menos, que al transcurrir el término precisado en el artículo 107, fracción XVIII Constitucional, el carcelero esta facultado para dejar en libertad al detenido si no recibe copia certificada de cualquiera de los dos precitados autos, luego entonces, esta consecuencia si es perceptible materialmente.

#### **a. LA ACCION TIPICA**

Sobre el particular, se asevera que acción típica quiere decir "que esa acción es la acción prohibida por la norma" (59), esto es, que la acción realizada por el sujeto activo, es la acción

---

( 59 ) Bacigalupo, Enrique, Op. cit., p. 80.

(entendida en su doble aspecto, acción y omisión), que describe el tipo penal y que prohíbe. Es la esencia del tipo.

*"La acción puede hallarse determinada - según Jescheck - por circunstancias de la más diversa naturaleza: así, por su relación con personas o cosas, por su conexión en el espacio o en el tiempo, por su forma de ejecución y por su relación con otras acciones"* (60).

Aplicada la conducta típica al delito que nos concierne, diremos que ésta se hace consistir en la omisión del juez de dictar auto de formal prisión o auto de libertad de un detenido según corresponda.

#### **b. OBJETO JURIDICO**

El objeto jurídico no es otro, según Muñoz Conde, que, "un valor", por el cual el legislador, mediante la ley, trata de evitar que sea dañado por conductas humanas. Afirma *"este valor es una cualidad positiva que el legislador atribuye a determinados intereses"* (61). Es la protección de los bienes jurídicos un objetivo del Derecho Penal.

---

( 60 ) Jescheck, Hans, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Vol. I, Editorial BOSCH, España, 1981, p. 374.

( 61 ) Muñoz Conde, Op. cit., p. 49.

"Bien jurídico es un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente" (62). Estos bienes jurídicos son aquellos valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, son valores de índole material, como por ejemplo la vida, la salud, la libertad, el patrimonio, etc.

En virtud de que los tipos penales tienen como finalidad la protección de esos valores que se traducen en los bienes jurídicos, sencillo es comprender que la mayoría de los tipos penales tienden a la permanencia de uno o más de aquéllos. Nosotros consideramos refiriéndonos al objeto jurídico de nuestro delito, que el tipo penal tutela más de uno de esos valores, que son los que a continuación se enumeran:

a' El orden constitucional, traducido en la correcta aplicación de nuestra Constitución Federal, pues su artículo 19 ordena que ninguna detención podrá exceder del término de tres días sin que se justifique con un auto de formal prisión; luego, al no cumplirse con tal imperativo, se transgrede el principio que su propio precepto 136 contiene, es decir, el principio de inviolabilidad constitucional.

b' La correcta administración de justicia, en virtud de que

---

( 62 ) Welzel. Hans, Op. cit., p. 5.

ésta debe ser pronta, completa e imparcial, consecuentemente al no emitirse la resolución que corresponde dentro del multicitado término, no se cumple con tales circunstancias.

c' Finalmente, y como consecuencia de los anteriores creemos que otro bien jurídico que protege el tipo en comento, se hace consistir en evitar que el detenido permanezca en estado de incertidumbre sobre su situación jurídica, es decir, que tenga certeza jurídica.

#### **c. OBJETO MATERIAL**

El objeto material también llamado objeto de la acción, es precisamente aquél (que puede ser una persona o una cosa) sobre la que se ejecuta la acción.

*"Es aquel objeto - opina Jescheck - del mundo exterior en el cual, o en relación al cual, se realiza la acción típica" (63); o como la expresa otro autor "es aquella cosa del mundo exterior sobre la que recae la acción típica" (64).*

En una forma genérica podemos decir que el objeto de la acción

---

( 63 ) Jescheck, Hans, Op. cit., p. 375.

( 64 ) Muñoz Conde, Francisco, Op. cit., p. 50.

es el instrumento para la consumación del delito. A veces, el objeto material y el bien jurídico pueden ser uno mismo, dependiendo del delito de que se trate, como por ejemplo en el homicidio.

Sobre quien recae la conducta omisiva del Juez, o sea, la acción típica, es el detenido, pues éste resentirá un daño al permanecer en estado de incertidumbre respecto de su situación jurídica, por lo que será el objeto material del delito contra la administración de justicia que estudiamos.

#### **d. SUJETO ACTIVO**

Otro elemento de tipo objetivo del injusto es el sujeto activo.

Sujeto activo es aquella persona que realiza la acción típica, sin embargo debe quedar precisado, que no todo sujeto que realiza la acción prohibida puede ser autor de delito. Autor de delito y sujeto activo pueden o no ser la misma persona.

Autor es aquella persona que además de efectuar la acción típica, ésta es antijurídica y aquél es culpable. Por el contrario, sujeto activo es quien ejecuta la acción "al margen de que después - como lo argumenta Muñoz Conde - pueda o no ser responsable del

delito en cuestión" (65). Al respecto, clásico es ya el ejemplo del inimputable que puede ser sujeto activo en virtud de su actuación típica, pero que por tener aquel carácter, nunca podrá ser autor de delito.

Por técnica legislativa, los tipos penales para referirse a dicho sujeto, es decir al sujeto activo, utilizan las expresiones "al que" o "quien", permitiendo de esta manera que sujeto activo de la conducta de que se trate, sea cualquier persona; en otros casos para tener aquel carácter se necesita una calidad en el sujeto, por ejemplo la calidad de cónyuge en el adulterio.

Así las cosas, sujeto activo del delito contra la administración de justicia, en particular el de no dictar auto de formal prisión o de libertad de un detenido, será aquella persona que su actuar sea en ese sentido, y que además tenga la calidad de servidor público como en alguna ocasión se mencionó, que sea servidor público encargado de la administración de justicia, esto es, ser Juez Penal.

#### **e. SUJETO PASIVO**

El Dr. Raúl Carrancá y Trujillo dice que "*por sujeto pasivo, ofendido, paciente o inmediato, se entiende la persona que sufre*

---

( 65 ) Ibid., p. 47.

*directamente la acción; sobre la que recaen los actos materiales mediante los que se realiza el delito (Carrara); el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito (Cuello Calón, Garrad)" (66).*

*"Titular del bien jurídico es el sujeto pasivo" (67).*

En consecuencia, el sujeto pasivo del delito es la persona o personas que de alguna forma resultan perjudicadas en el bien o derecho tutelado por la norma, según se desprende de las dos anteriores opiniones dadas por dos grandes doctrinarios en la materia; *"aunque no siempre - expresa el segundo - coincide el titular del bien jurídico protegido en el tipo legal como el sujeto pasivo de la acción típica" (68)*, dando el ejemplo del delito de autolesión para eximirse del servicio al ejército, donde sujeto pasivo de la acción será quien se autolesiona, y titular del bien jurídico protegido es la administración militar.

En el delito cometido contra la administración de justicia, el sujeto pasivo estará determinado según sea el bien jurídicamente

---

( 66 ) Carrancá y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Décimo Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1980, p. 191.  
( 67 ) Muñoz Conde, Francisco, Op. cit.. p. 50.  
( 68 ) Ibid.



tutelado; de tal forma que, respecto al orden constitucional así como la justa administración de justicia, lo será el Estado y la colectividad.

El Estado porque como persona jurídica que es, tiene el derecho, por medio de sus órganos, de aplicar y hacer que se cumpla la ley; por lo que, cuando se transgrede el principio de inviolabilidad constitucional, se rompe con ese orden y por consiguiente se quebranta ese derecho, puesto que se imposibilitan esas funciones del Estado; por ende, es el Estado quien resulta, en la especie, lesionado en sus derechos.

De la misma forma la colectividad, también es sujeto pasivo de este delito, porque igualmente resulta lesionada en sus derechos. Pues por una parte, los derechos del Estado son derechos de la comunidad que aquél como representante de ésta, ejercita; y por otro lado, al no existir seguridad jurídica hablando de la administración de justicia, perjudica a la colectividad, puesto que esta tiene derecho a gozar de todo tipo de seguridad.

Por último, es también sujeto pasivo del delito en cuestión el detenido, pues es quien directamente recibe en su esfera jurídica el resultado de la actuación omisiva del juez, al permanecer en un estado de incertidumbre sobre su situación jurídica, en virtud de que no le hacen saber cómo han de quedar las cosas.

#### **F. MODALIDADES DE LA CONDUCTA**

Al decir modalidades de la conducta, nos estamos refiriendo a aquellas circunstancias especiales que se agregan a la acción en virtud de que el tipo las requiere; estas modalidades son: las referencias de naturaleza espacial, temporal y los medios (instrumentos) utilizados por el autor para cometer el delito.

Referencias temporales, sobre el particular se manifiesta que *"las referencias al momento de la acción, son igualmente elementos del tipo objetivo"* (69).

Por otra parte, el maestro Porte Petit dice: *"en ocasiones el tipo reclama alguna referencia en orden al tiempo y de no concurrir, no se dará la tipicidad"* (70).

El tipo penal que analizamos, requiere de esta modalidad de conducta, pues el tipo hace alusión a una circunstancia de tiempo, es decir para que la conducta del Juez sea típica, es necesario que se abstenga de emitir el dictado del auto de formal prisión o el de libertad según proceda, forzosamente dentro del término de setenta y dos horas, contadas a partir de que el detenido esté a su disposición, salvo que el inculpado haya solicitado ampliación del

---

( 69 ) Bacigalupo, Enrique, Op. cit., p. 84.

( 70 ) Porte Petit, Candaudap C., Op. cit., p. 342.

plazo, caso en el cual se estará al nuevo plazo, consecuentemente si lo dicta en el transcurso de ese término su conducta nos será típica y por tanto no habrá el elemento tipicidad.

Referencias espaciales, estas consisten como su propio nombre lo indica en la concurrencia de la acción en un determinado lugar, ya que el tipo requiere la ejecución o materialización de la hipótesis que contiene en el lugar que para tal efecto él mismo señala. En el caso del delito que nos atañe, no ordena que se cometa la conducta (mediante omisión) en un lugar específico.

Finalmente, por lo que hace a los medios exigidos para la comisión del delito, Bacigalupo nos comenta lo siguiente: "también pertenecen al tipo objetivo las referencias o los medios utilizados por el autor para la comisión del delito. En estos casos la sola lesión del bien jurídico por el comportamiento del autor no fundamenta la adecuación típica; se requiere que la agresión haya sido emprendida con medios determinados. Por lo general, la utilización de determinados medios determina la adecuación típica a un tipo agravado" (71).

De la misma manera que las referencias espaciales, el delito previsto por el artículo 225, fracción XVII de nuestro Código

---

( 71 ) Bacigalupo, Enrique, Op. cit., p. 84.

Punitivo, en ningún momento señala determinados medios de comisión para que la conducta pueda ser típica, basta con que el autor no lleve a cabo la conducta esperada para que exista tipicidad.

## **2. TIPO SUBJETIVO DE LO INJUSTO**

Hemos dicho que el tipo objetivo de lo injusto comprende aquello que debe estar objetivado en el mundo exterior, es decir la voluntad exteriorizada, tendiente a lesionar o poner en peligro un bien jurídico protegido. Ahora bien, toca en turno en esta parte del capítulo segundo, hacer alusión al tipo subjetivo del injusto.

La teoría finalista de la acción, viene a eliminar en gran parte lo que sobre el tema había considerado y aplicado por mucho tiempo la teoría causalista de la acción, quien sostenía como lo manifiesta Welzel "a lo injusto - antijuridicidad - debían pertenecer, exclusivamente, los caracteres externos objetivos de la acción, mientras que los elementos anímicos subjetivos debían constituir la culpabilidad" (72).

Sin embargo, tiempo después se dijo que lo injusto estaba también integrado por elementos de naturaleza subjetiva, esto es, que a nivel de tipicidad ya se requería de determinados elementos anímico-subjetivos, como por ejemplo, en el robo, debe existir un

---

( 72 ) Welzel, Hans, Op. cit., p. 72.

ánimo de apropiación para que se pueda dar, luego entonces, este elemento subjetivo es parte del tipo penal, es el llamado tipo subjetivo de lo injusto.

Esta nueva teoría "produjo una grieta profunda - afirma el citado autor alemán - entre lo externo y lo interno, lo objetivo y lo subjetivo y la asignación de lo externo a lo injusto y de lo interno a la culpabilidad" (73). También se dijo que en la tentativa el dolo es un elemento subjetivo esencial, que determina el tipo que concurre, pues desde el punto de vista meramente objetivo no podría conocerse el delito que quiso cometer determinado sujeto, sino sólo conociendo su intención.

#### **a. EL DOLO DE TIPO**

Hablamos anteriormente, que el dolo es parte del tipo subjetivo de lo injusto pues éste es elemento de los tipos penales. Verbigracia en el fraude se requiere del dolo traducido en el engaño o aprovechamiento del error, para hacerse ilícitamente de alguna cosa o alcanzar un lucro indebido.

El dolo de tipo es conceptualizado por Welzel de la siguiente forma: *"toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la consciencia de lo que se quiere - el*

---

( 73 ) Ibid., p. 73.

momento intelectual - y por la decisión al respecto de querer realizarlo - momento volitivo - . Ambos momentos, conjuntamente, como factores configuradores de una acción típica real, forman el dolo (= dolo de tipo)" (74).

De otra manera "el dolo significa - para Jescheck - conocer y querer los elementos objetivos pertenecientes al tipo legal" (75).

De las dos definiciones anteriores se desprende que el dolo de tipo tiene como objeto "la realización del tipo objetivo de un delito" (76).

Se dice que el dolo tiene como objeto la realización del tipo objetivo (conducta externa), pues "el dolo como mera resolución es penalmente irrelevante" (77), esto es, que por el hecho de manifestar mediante la expresión lingüística que se va a cometer un delito, no se debe castigar con la imposición de una pena al sujeto, sino que se necesita además de ese querer, una ejecución, la exteriorización de esa voluntad, toda vez que las ideas por si solas no son constitutivas de delito. En este mismo sentido se expresa Zaffaroni al señalar que "los actos de pensamiento están fuera de los tipos penales. Por ende, la mera resolución es un acto

( 74 ) Welzel, Hans, Op. cit., p. 77.

( 75 ) Jescheck, Hans, Op. cit., p. 398.

( 76 ) Welzel, Hans, Op. cit., p. 77

( 77 ) Ibid.

*de pensamiento que no puede llamarse dolo. - afirma - El dolo comienza a existir cuando se manifiesta" (78).*

En cuanto al delito que nos ocupa, y una vez que se han dado las anteriores ideas, debemos decir que es eminentemente doloso, desde el punto de vista formal como material. Primeramente formal, porque el artículo 60 del Código Penal Federal, declara en su segundo párrafo que pueden ser delitos culposos los previstos en los siguientes artículos: art. 150 (evasión de presos), 167 fracción VI y 69 (ataques a los vías de comunicación), 199 bis (del peligro del contagio), 289 parte segunda, 290, 291 y 293 (lesiones), 302 y 307 (homicidio), 323 (homicidio entre ascendentes o descendientes), 397 y 399 (daño en propiedad ajena). Como puede observarse, de la lista anterior de delitos que se pueden cometer culposamente, no se encuentra nuestro delito que analizamos, consecuentemente por exclusión, es de comisión dolosa, reiterando, desde el punto de vista material.

Igualmente, es doloso desde el aspecto formal porque el funcionario público encargado de la administración de justicia, necesita estar consciente que con su actitud omisiva, esta violando el bien jurídicamente protegido, que como ya se dijo, es entre otros, la justa o correcta impartición de justicia. Es presumible que el funcionario que tiene ese cargo, es una persona conocedora

---

( 78 ) Zaffaroni, Eugenio Raúl, Op. cit., p. 259.

de la materia; el Juez Penal sabe que por mandato constitucional debe justificar la detención de una persona que le fue consignada por el Ministerio Público por su presunta participación en la comisión de un delito, previa comprobación del cuerpo del delito y de su probable responsabilidad, por lo que de presentarse, indudablemente que sería de índole dolosa.

#### **a'. ELEMENTO INTELECTUAL**

De lo dicho anteriormente al hablar de dolo como elemento esencial del tipo penal, se desprende que el mismo se conforma de dos elementos, un elemento intelectual (que es conocer) y un elemento volutivo (que consiste en el querer). Nos ocuparemos en este instante del elemento intelectual, en atención a que de acuerdo con el orden lógico en que se presentan, éste es previo a aquél, pues primeramente se debe conocer un algo, para posteriormente quererlo.

Así que, el elemento intelectual o elemento cognitivo consiste según el argumento del citado autor Bacigalupo "el autor debe conocer - en primer término - la realización del tipo, o sea, debe haber tenido conocimiento de las circunstancias del tipo objetivo" (79); significando que el elemento intelectual del dolo se

---

( 79 ) Bacigalupo, Enrique, Op. cit., p. 103.



de la materia; el Juez Penal sabe que por mandato constitucional debe justificar la detención de una persona que le fue consignada por el Ministerio Público por su presunta participación en la comisión de un delito, previa comprobación del cuerpo del delito y de su probable responsabilidad, por lo que de presentarse, indudablemente que sería de indole dolosa.

#### **a'. ELEMENTO INTELECTUAL**

De lo dicho anteriormente al hablar de dolo como elemento esencial del tipo penal, se desprende que el mismo se conforma de dos elementos, un elemento intelectual (que es conocer) y un elemento volutivo (que consiste en el querer). Nos ocuparemos en este instante del elemento intelectual, en atención a que de acuerdo con el orden lógico en que se presentan, éste es previo a aquél, pues primeramente se debe conocer un algo, para posteriormente quererlo.

Así que, el elemento intelectual o elemento cognitivo consiste según el argumento del citado autor Bacigalupo *"el autor debe conocer - en primer término - la realización del tipo, o sea, debe haber tenido conocimiento de las circunstancias del tipo objetivo"* (79); significando que el elemento intelectual del dolo se

---

( 79 ) Bacigalupo, Enrique, Op. cit., p. 103.

traduce en que el sujeto de la acción conozca los elementos del tipo; aunado a que el artículo 9 del Código de la Materia señala que obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, desprendiéndose de esto que, además de conocer los elementos integradores del tipo debe *"prever en sus rasgos esenciales los elementos típicos futuros; en especial el resultado y el proceso causal. El dolo debe concurrir en el momento de la acción"* (80).

Para redondear la idea que sobre este elemento se ha dado, el jurista alemán Johannes Wessels, expone *"conocimiento del dolo significa conocimiento de la circunstancia del hecho y de su significación - sigue diciendo - para el dolo de tipo no se exige que el autor, subsuma bajo la ley, con exactitud jurídica, la situación que conoce; de lo contrario, sólo podrían actuar dolosamente los juristas"* (81).

Si hemos dicho que el delito materia de estudio, es de comisión eminentemente dolosa, lógicamente que debe presentarse el elemento cognitivo que en la especie se hace consistir en el saber que si no se dicta auto de formal prisión o el auto de libertad del detenido, dentro del término de setenta y dos horas siguientes a

---

( 80 ) Jescheck, Hans, Op. cit., p. 398 y 399.

( 81 ) Wessels, Johanness, Op. cit., p. 73.

que lo pongan a su disposición, salvo el caso en que el inculpado haya solicitado la ampliación de ese plazo (elementos típicos), se esta cometiendo el delito, máxime que, volviendo a recalcar, la autoridad encargada para la administración de justicia en materia penal, constituida por el Poder Judicial en sus dos esferas (federal y local), se presume que son conocedores del Derecho, así que, por tal circunstancia, es un acierto afirmar que conocen los elementos típicos del delito y por tanto existe el elemento cognocitivo.

#### **b'. ELEMENTO VOLUTIVO**

En atención a que el elemento volutivo del dolo consiste en que el autor haya querido la realización del tipo, es decir, que haya tenido la intención de cometer el delito, o bien, *"la parte volitiva del dolo es la voluntad incondicionada de realizar el tipo (voluntad de realización..., el querer en el Derecho Penal es la voluntad de realización referente al tipo de un delito. Por lo tanto, en el Derecho Penal <<querer>> no significa querer <<tener>> o querer <<alcanzar>> en el sentido de aspirar, sino querer <<realizar>> (82).*

Para el autor español José Cerezo Mir el elemento voluntad del dolo no se hace consistir aisladamente en el deseo de que se

---

( 82 ) Welzel, Hans, Op. cit., p. 79.

realice la acción típica, es decir, no es suficiente querer la muerte de una persona para cometer homicidio, sino como acertadamente lo sostiene *"éste concurre únicamente cuando el sujeto quiere el resultado delictivo como consecuencia de su propia acción y se atribuye alguna influencia en su producción"* (83).

Coincide en este sentido Fernández Carrasquilla cuando al explicar este elemento volitivo manifiesta *"la voluntad de realización de la acción..., es el querer el hecho típico, es decir, no meramente el desarrollo, sino el asumir la decisión de realizarlo"* (84).

Sobre la voluntad como elemento del dolo, hay dos formas en que se manifiesta que dan origen a su vez también a dos clases del referido elemento subjetivo, el dolo directo y el dolo eventual.

a''). Dolo directo será cuando *"el autor quiere el resultado como meta de acción y tiene seguridad de que el resultado que se representa se producirá como consecuencia de su acto"* (85), esto quiere decir, que una vez que se ha producido el resultado, derivado de la acción del sujeto activo, si aquél es exactamente el que se representó y quiso tal sujeto, antes de realizar el

---

( 83 ) Cerezo Mir, José, Curso de Derecho Penal Español, Tomo I, Tercera Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, p. 356.

( 84 ) Fernández Carrasquilla, Juan, Op. cit., p. 259.

( 85 ) Bacigalupo, Enrique, Op. cit., p. 112.

comportamiento típico, podremos asegurar que esa persona actuó con dolo directo, de primer grado.

Ahora bien, "cuando el autor no quiere directamente una de las consecuencias que se van a producir, pero la admite como necesariamente unida al resultado principal que pretende" (86), es decir la incluye en su voluntad de querer hacer como resultado accesorio para la realización del fin principal, estaremos en presencia de dolo directo de segundo grado (87).

Cuando al juez le son puestos a sus disposición en la misma fecha y hora tres sujetos presuntos responsables de la comisión de un hecho de carácter delictivo, bajo las propias circunstancias de intervención, y no desea resolver la situación jurídica (mediante el dictado de un auto de formal prisión o el de libertad) de uno sólo de ellos, por el motivo que sea, sin embargo en el caso de que decidiera no hacerlo, tampoco lo deberá hacer respecto de las otras dos personas, por lo que se representa en la mente ambos resultados concluyendo que lo hará de esa forma y así lo hace, así que su conducta encuadra en la hipótesis que describe el tipo penal en cuestión, hay tipicidad; ante tal circunstancia diremos que con referencia al primer sujeto su actuar omisivo fue con dolo directo

( 86 ) Muñoz Conde, Francisco, Op. cit., p. 58.

( 87 ) A esta clase de dolo, se le conoce también, como dolo de consecuencias necesarias o dolo indirecto, precisamente porque el autor sabe que se producirá otro resultado derivado del que persigue como principal, y que le puede ser hasta indiferente o simplemente no lo desea.

de primer grado porque no quería resolver la situación jurídica de éste y no dictó la resolución correspondiente; por otra parte, también previó como de segura producción el resultado de su omisión propia respecto a los demás detenidos, aceptando el resultado no obstante que directamente no lo deseaba, por lo que en este caso concurrió el dolo directo de segundo grado.

b''. Por otra parte, surge el dolo eventual cuando "el autor considera seriamente el resultado como posible la realización del tipo legal y se conforma con ella" (88). Al parecer de Muñoz Conde, el dolo eventual aparece en el caso de que "el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo la eventual producción. El sujeto no quiere el resultado, pero <<cuenta con el>>, <<admite su producción>>, <<acepta el riesgo>>, etc." (89). Ante tal acontecer, no podría cometerse con dolo eventual el delito contra la administración de justicia del que trata el presente trabajo, pues no puede ser posible que el autor del delito, manifieste que tenía la esperanza de que su conducta consistente en omitir dictar el multicitado auto de prisión preventiva o el auto de libertad por falta de elementos para procesar o por falta de méritos, no fuese típica, pues bien se dejó claro que la autoridad encargada de la administración de justicia, es conocedora del Derecho, así que,

---

( 88 ) Jescheck, Hans, Op. cit., p. 404.

( 89 ) Muñoz Conde, Francisco, Op. cit., p. 58 y 59.

sabía que se consumaría tal delito, y que traería como consecuencia que el carcelero dejara en libertad al detenido.

#### **b. EL ERROR DE TIPO**

Si hemos dicho que es necesario que el autor conozca los elementos del tipo objetivo de lo injusto, para que exista el dolo como elemento subjetivo de aquél, consecuentemente, quien ejecute una acción sin el conocimiento de esos elementos, su obrar será bajo la tutela de un error de tipo, y por consiguiente habrá atipicidad.

Para apoyar tal aseveración, transcribiremos a continuación lo que sobre este punto manifiesta el argentino de nacimiento y nacionalizado español, Enrique Bacigalupo al sostener que *"el error de tipo (aspecto cognitivo del dolo). El dolo requiere conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Este conocimiento falta cuando el autor desconoce la existencia de alguno de los elementos del tipo objetivo. El desconocimiento puede provenir de error o ignorancia, es decir, de un conocimiento falso o de la falta de conocimiento"* (90). En igualdad de circunstancias lo explica el autor de la teoría finalista al señalar que *"el error de tipo es el desconocimiento de una circunstancia objetiva del hecho perteneciente al tipo legal, sea de carácter fáctico (descriptivo)*

---

( 90 ) Bacigalupo, Enrique, Op. cit. p. 108.

o normativo" (91).

Sobre el error de tipo, nuestra legislación Penal Federal indica en su artículo 15, fracción VIII que será causa de exclusión del delito cuando se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal, y, cuando, ese error fuere vencible excluye el dolo pero subsiste la culpa, siempre y cuando el tipo de que se trate conciba esa forma de realización, como lo expresa el artículo 66 del mismo ordenamiento legal citado.

De lo anterior se concluye, que el error de tipo es el desconocimiento (*actual*, no potencial) de los elementos típicos del delito en particular, que cuando es vencible deja subsistente el tipo de injusto de un delito culposo, contrariamente, cuando dicho error es invencible elimina el dolo y por consecuencia excluye la tipicidad, y ésta a su vez al delito.

Respecto de cuándo es un error invencible el maestro Muñoz Conde expresa que será cuando "*el error invencible, es decir, aquél que el autor no hubiera podido superar ni aun empleando una gran diligencia*" (92), luego, será vencible cuando dicho autor, pueda

---

( 91 ) Welzel, Hans, Op. cit., p. 197.

( 92 ) Muñoz Conde, Francisco, Op. cit., p. 62.



superar tal error empleando una gran diligencia.

En efecto, si bien es cierto que el sujeto que en determinado momento pudiera ser autor del delito que nos atañe, es decir, el juez en materia penal, como encargado de la impartición de justicia, es un experto en la materia, ciertamente conoce cada uno de los elementos del tipo objetivo de lo injusto en comento, sabe en que se hace consistir la acción típica, quien es el sujeto activo, quien el pasivo, y conoce también el bien jurídico que en el caso protege la norma; sin embargo, según dijimos, ese conocimiento debe ser actual, dando la posibilidad de que el juzgador desconozca algunos de esos elementos objetivos, caso en el cual actuará bajo un error de tipo. Por ejemplo, en el caso de que la encargada de la oficialía de partes del juzgado, recibe un oficio de puesta a disposición y lo guarda en su escritorio, sin avisarle al juez, transcurriendo de esta manera el término constitucional de setenta y dos horas, sin que éste haya dictado el auto de formal prisión o el de libertad del detenido, en ese caso, el juez desconocía los elementos del tipo objetivo de lo injusto, pues no sabía que tenía que resolver la situación jurídica de un detenido, a quién tenía que decretar su formal prisión, por tal desconocimiento tampoco tenía presente que estaba lesionando un bien jurídico protegido, y de quién era éste, de igual manera no contaba con la modalidad de tiempo que el tipo exige.

## **B. TIPO DE INJUSTO CULPOSO**

Surge el delito culposo aparejado con la tecnización o industrialización de la vida moderna, a raíz de la creación de las máquinas que sustituyeron el trabajo manual de miles de hombres que durante mucho tiempo había sido la única forma de energía utilizada para la producción de los artículos de primera necesidad.

Es descubierta y regulada esta clase de comisión de delitos, con la finalidad de castigar aquellas conductas lesivas de bienes

jurídicos en las que el autor de la misma no había tenido la intención de realizar el resultado dañoso, pero que ahí estaba, y que además quedaba impune en perjuicio del titular del bien jurídico lesionado, porque hasta poco tiempo antes sólo se imponía sanción a los autores de delitos de naturaleza dolosa.

*"Lo esencial del tipo de injusto del delito imprudente - como lo denomina Muñoz Conde - no es la simple causación de un resultado sino la forma en que se realiza la acción" (93); de la misma forma lo explica otro estudioso en la materia pues dice: "en el tipo de injusto de los delitos de acción culposos se comprenden acciones finalistas, cuyo fin es irrelevante para el tipo, pero no así los*

---

( 93 ) Ibid., p. 68.

*medios y la forma de su utilización" (94).*

Son dos los componentes fundamentales del tipo de injusto del delito culposo: la acción típica culposa y el resultado derivado de aquélla.

La primera, o sea, la acción típica culposa se traduce en la lesión del deber objetivo de cuidado, ya que el Derecho exige para la realización de diversas conductas en la vida social, una determinada diligencia debida, con el objeto primordial de evitar que se ponga en peligro y más aun dañar algún bien jurídico.

*"El concepto de cuidado requerido en el ámbito de relación es un concepto objetivo y normativo. Para la determinación de su contenido no interesa qué cuidado ha aplicado o podría aplicar el autor, sino cuál es el cuidado <<requerido en el ámbito de relación>>" (95).*

---

( 94 ) Cerezo Mir, José, Op. cit., p. 380.

( 95 ) Welzel, Hans, Op. cit., p. 158.

Es objetivo, "por cuanto no interesa para establecerlo cuál es el cuidado que en el caso concreto ha aplicado o podía aplicar el autor, sino cuál es el cuidado requerido en la vida de relación social respecto a la realización, - y es normativo ya que - surge de la comparación entre la conducta que hubiera seguido un hombre razonable y prudente en la situación del autor y la observada por el autor realmente" (96).

A su vez el juicio normativo supone dos elementos: "uno intelectual, según el cual es necesaria la consideración de todas las consecuencias de la acción que, conforme a un juicio razonable <<objetivo>>, eran de previsible producción <<previsibilidad objetiva>>. Otro valorativo, según el cual, solo es contraria al cuidado aquella acción que va mas allá de la medida adecuada socialmente" (97).

Si al practicarse la comparación entre la acción realizada por el sujeto y el deber de cuidado objetivo, resultara que aquella no estuvo de acuerdo a lo que éste le exigía, con otras palabras, no se actuó con la diligencia debida, entonces se podrá calificar la acción, como una acción típica culposa en virtud de haber lesionado el cuidado objetivo.

---

( 96 ) Muñoz Conde, Francisco, Op. cit., p. 72.

( 97 ) Idem.

Es el resultado derivado de la acción culposa, el segundo de los elementos del tipo de injusto culposo, es la parte esencial, la parte medular; pues sólo con la existencia de éste, esos delitos pueden castigarse.

No basta sin embargo, que se haya producido el resultado, sino que es preciso además "que el resultado se haya producido precisamente como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido" (98), debe existir un nexo causal entre la primera y el segundo, "debe darse una conexión que permita imputar ya en el punto objetivo ese resultado concreto que se ha producido al autor de la acción imprudente realizada" (99), agrega a esto el español Cerezo Mir, que tal resultado debe ser uno de los que precisamente la norma de cuidado pretendía evitar.

No hay en realidad mucho que comentar sobre el delito que en esta obra pretendemos estudiar a la luz de la teoría jurídica del delito, por lo que hace a este tema del tipo de injusto culposo, porque según quedó asentado al hacerse los respectivos comentarios referente al dolo de tipo, nuestro delito dijimos, es de comisión dolosa, de manera que no es posible imaginar que el autor

---

( 98 ) Cerezo Mir, José, Op. cit., p. 396.

( 99 ) Muñoz Conde, Francisco, Op. cit., p. 74.

transgrediera el deber de cuidado objetivo como consecuencia de la inobservancia de la diligencia debida, y acarreará como resultado que dentro del término constitucional no dictara el auto de libertad del detenido, o en su caso, previos requisitos de forma y fondo, el auto de formal prisión.

### **C. ATIPICIDAD**

La atipicidad es el elemento negativo de la tipicidad, por esta última se dijo que consistía en la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal, así que, cuando no exista adecuación del hecho realmente cometido a la descripción que del mismo hace la norma, habrá atipicidad.

También dijimos, que es el juicio de tipicidad el que determina en el caso concreto si existe tipicidad o atipicidad.

Para una mejor comprensión de este aspecto negativo del delito, diremos que se presentará cuando falte el tipo objetivo y/o por falta de tipo subjetivo.

Por falta de tipo objetivo, es decir, por la ausencia de alguno o todos de los elementos que lo componen, esto es, la acción típica, el objeto material, el sujeto activo, el sujeto pasivo, el bien jurídico o las modalidades de la conducta.

**ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

- 79 -

Porque exista una ausencia de conducta, en otras palabras, porque el hecho se haya realizado sin la intervención de la voluntad del agente (artículo 15, fracción I del Código Penal). Sobre este tema en el punto correspondiente ya se manifestó las formas en que pudiera presentarse una ausencia de conducta en nuestro delito.

En virtud de la falta de bien jurídico protegido que en el caso a estudio es el orden constitucional, la correcta administración de justicia y la certeza jurídica del detenido. Ejemplo: si por guerra se decretara una suspensión de garantías, y un juez penal con la plena voluntad de cometer el delito que estudiamos, no dictara dentro de las setenta y dos horas el auto de formal prisión o el de libertad (según procediere) de un detenido que le fue puesto a su disposición, en tal caso al haberse suspendido las garantías individuales, entre ellas, la garantía que consagra el artículo 19 Constitucional, consecuentemente no habría en ese caso bien jurídico tutelado, por lo que el juez con su conducta no vulneró el principio de inviolabilidad de la Constitución, ni el de certeza jurídica y tampoco la administración de justicia que se derivan de aquélla.

Cuando no hay objeto material; es decir, que no hubiera inculcado, quizás porque lo asesinaron en el interior del penal y el juez ya no le dictó el auto de formal prisión que procedía.

Al no presentarse el sujeto activo, ya sea por la falta de calidad que el tipo exige y que es, la de funcionario público encargado de la administración de justicia.

Al haber carencia de sujeto pasivo; en el supuesto de que el juez no realizara la conducta positiva de dictar el auto de término constitucional que corresponda dentro de las setenta y dos horas, sin saber que en el interior del centro de reclusión asesinaron a la persona que le había sido puesta a disposición, en este supuesto, es irrelevante que el juez no haya emitido el auto, pues no existe la persona a la que pudiera aplicarse.

Respecto a la circunstancia de tiempo, como modalidad de conducta. Si el juez creyere que el referido término ha transcurrido y en ese preciso momento en que se da cuenta de su omisión, decretara auto de formal prisión en contra del prisionero, enterándose tiempo después que por error de la persona que recibió el oficio de puesta a disposición se estampó una hora y fecha anterior a la en que realmente se presentó, luego entonces, si se resolvió la situación jurídica del preso dentro del término legal, no concurriendo de esta manera la circunstancia de tiempo que el tipo exige.



Por falta de tipo subjetivo, o bien, por la ausencia de dolo o de los otros elementos subjetivos del injusto.

No habrá dolo cuando falte cualquiera de sus elementos, el intelectual o el volutivo. Cuando falta el intelectual (cuando el agente no conozca los elementos del tipo objetivo) se estará actuando bajo un error de tipo, que de ser invencible excluye al dolo y éste a su vez a la tipicidad, y si es vencible también excluye al dolo pero subsiste la culpa siempre y cuando el tipo prevea esa forma de comisión.

En ese orden de ideas, en primer término señalaremos que toda vez que nuestro delito es exclusivamente de comisión dolosa, si en determinado caso, se presentara un error de tipo, vencible, no sería consignado el juez por delito culposo, sino que se excluiría el delito, es decir, si el tipo no prevé esta forma de comisión, el error vencible acarreará de igual forma que el invencible, la atipicidad total. Para que quede más claro daremos el siguiente ejemplo: Un juez le dan adscripción el día de hoy; presentándose al siguiente día al juzgado, donde lo primero que hace es preguntar a su secretario de acuerdos el estado procesal que guardan los asuntos existentes y que se encuentran en trámite en ese momento, así que al estar comentando sobre uno en particular el secretario le manifiesta que ese día a las quince horas se vence el término constitucional para dictar el auto de formal prisión de un

detenido, pero lo engaña diciéndole que el juez anterior, antes de irse emitió tal resolución, a lo que cree el nuevo juzgador no requiriendo que le sea presentado el expediente para corroborar el dicho del secretario, por lo que transcurre el término y no dicta la resolución. En este caso el juez actúo bajo un error vencible porque bien pudo haber tenido el cuidado de revisar el expediente y no lo hizo, sino que confió en su secretario, esto es, que en la especie se presenta un error vencible respecto de la conducta típica, existiendo por ende atipicidad porque el tipo no prevé la comisión por culpa.

En efecto, podría ser que el autor del delito de referencia mediante un error invencible no tuviera bien determinado alguno de los elementos del tipo objetivo, resultando que su actuar no fuera doloso y de esa forma se diera una atipicidad.

En el extremado caso en que A, (un prisionero), se hace pasar por B que es el detenido y del cual C que es el juez, quien debe resolver la situación jurídica de éste, al estar detrás de la reja de prácticas en el momento de tomarle su declaración preparatoria, manifiesta ser B, es más, declara determinados hechos que hace pensar a todos que efectivamente él es el sujeto que fue consignado al referido juez, además se da la situación de que ambos sujetos, es decir, A y B son homónimos; así que, transcurre el término y el juez ordena la libertad por falta de méritos, dándose cuenta

posteriormente que a quien dictó el auto de libertad fue a un sujeto diverso del que fue puesto en libertad; de esta manera existe error invencible con referencia al sujeto pasivo, pues el juez dictó el auto al sujeto A, creyendo erróneamente que era B.

Retomando el ejemplo de la persona encargada de oficialía de partes del juzgado, quien por error estampa una hora y fecha posterior a la que en realidad era en el momento en que recibió el oficio donde se comunica al juez que se pone a su disposición determinado sujeto, por lo que a partir de aquel momento el juez hace el cómputo de las setenta y dos horas, tiempo después dicta auto de prisión preventiva pensando que aun falta una hora para que venza dicho término, casi en seguida le es notificado que el sujeto fue puesto en libertad el día anterior, esto es, cuando verdaderamente se venció el término; en esta situación hay error invencible que excluye al dolo y por consiguiente la tipicidad, concerniente a una modalidad de la conducta, a la circunstancia temporal que requiere el tipo.

Habrà error invencible sobre el sujeto activo, si el juez al que le fue consignada una persona no emitiera el auto de término constitucional que procediere, por pensar que no le corresponde ejecutar la acción debida, en virtud de que momentos después en que recibió el oficio de puesta a disposición se declaró impedido para conocer del asunto, remitiéndolo a otro juez penal con la seguridad

de que éste dictaría el auto de término constitucional, no sucediendo de esa manera, pues no aceptó ser autoridad sustituta porque de la misma manera se encontraba impedida legalmente, transcurriendo el citado término sin que ninguno de los dos haya emitido tal resolución.

Si confiado el juez en que aun esta vigente la suspensión de garantías que días antes se decretó, no dicta cualquiera de las susodichas resoluciones, sin saber que horas antes del día en que se vence el término de las setenta y dos horas se restablece el goce de aquéllas, ya que no se hizo público el decreto que ordenaba esto último; ciertamente que el juez estuvo obrando erróneamente, pues estimaba que con su conducta omisiva no lesionaría ningún bien jurídico.

Finalmente, en relación a los otros elementos subjetivos del injusto, nuestro tipo penal no los requiere expresamente ni de su naturaleza se advierte la concurrencia de alguno de esos elementos, sino únicamente del dolo.

## **V. ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE LICITUD**

Continuando con el orden previamente establecido sobre los elementos del delito, corresponde ahora estudiar el tercero de ellos y su aspecto negativo. Hasta este momento nos hemos referido a la conducta y su ausencia, la tipicidad y la atipicidad, consecuentemente procede analizar para aplicar después a nuestro delito en tema, la antijuridicidad (aspecto positivo) y las causas de licitud (aspecto negativo).

### **A. CONCEPTO**

No es suficiente la existencia de una conducta (ya sea por acción u omisión) humana considerada como típica (previo juicio de tipicidad), para poder decir que en ese caso existe un delito, pues es necesario también que tenga la característica de ser antijurídica, puesto que según hemos dicho, a la conducta se le agregan determinados predicados como la tipicidad, antijuridicidad de la que ahora hablamos, y la culpabilidad. Así que, es provechoso saber cuándo una conducta es antijurídica.

Con el fin de determinar cuándo una conducta es antijurídica, se ha creado una fórmula negativa la que determina que para que sea antijurídica una conducta, además de ser típica no debe estar bajo la tutela de una causa de licitud o justificación. Así lo expresa

Carrancá y Rivas al decirnos que: *"es antijurídico todo hecho definido en la ley y no protegido por las causas de justificación"* (100). Por tanto, no todas las conductas típicas son antijurídicas, pero si todas las conductas antijurídicas deben ser típicas.

Ahora bien, existe un concepto sobre este tema que es muy empleado en el ambiente, pero que no satisface en lo más mínimo lo que sobre el mismo nos interesa, es comúnmente escuchar para referirse a la antijuridicidad que es lo contrario al derecho, deducido tal concepto de la voces que integran esa palabra, esto es, anti significa lo opuesto, jure = derecho, o sea, lo opuesto o lo contrario al derecho, sin embargo, preguntáramos ¿qué es lo opuesto al derecho?. Sobre el particular, el Dr. Carrancá y Rivas también opina que: *"la antijuridicidad es la oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado"* (101).

Para que quede más claro daremos otro concepto que es del tenor literal siguiente: *"la antijuridicidad, es el resultado del juicio valorativo de la naturaleza objetiva, que determina la contrariación existente entre una conducta típica y la norma jurídica, en cuanto se opone la conducta a la norma cultural reconocida por el Estado"* (102).

---

( 100 ) Carrancá y Rivas, Raúl, El Drama Penal, Editorial Porrúa, México, 1982, p. 44.

( 101 ) Ibidem., p. 40.

( 102 ) Vela Treviño, Sergio, Antijuridicidad y Justificación, Tercera Edición, Editorial Trillas, México, 1990, p. 130.

Del anterior concepto se desprenden algunos elementos: primero, una conducta típica de la cual en su momento oportuno se hizo el correspondiente comentario; segundo, una norma jurídica de conducta o principios esenciales de la convivencia social, que es la que determina qué es lo jurídico y qué lo antijurídico, con tendencia a la protección de determinados bienes jurídicos previamente seleccionados y que se encuentran en los tipos penales; otro elemento es un juicio valorativo de naturaleza objetiva, esta objetividad del juicio resulta según el autor de aquel concepto, de la necesidad de partir de esa conducta típica para determinar la posible contradicción con la norma, manifestando que el contenido del juicio valorativo es puramente lógico, *"la forma de esa determinación resulta de la objetividad del acontecimiento relevante, y la contradicción entre el hecho y la norma será la deducción final para la afirmación de la antijuridicidad"* (103); consecuencia del juicio valorativo objetivo es el resultado declarativo de contradicción del hecho con la norma, y que constituye el último de los elementos.

Concluye el citado autor diciendo: *"La antijuridicidad, entonces, no es un juicio, sino el resultado de un juicio que determina la contradicción entre la conducta típica y la norma jurídica"* (104).

( 103 ) Ibid., p. 134.

( 104 ) Ibid., p. 136.

Por otra parte, doctrinariamente se ha hecho una clasificación de la antijuridicidad en dos clases; Von Liszt la dividió en antijuridicidad formal y antijuridicidad material.

La antijuridicidad formal se presentaría según Jiménez de Asúa cuando *"el acto es formalmente contrario al Derecho, en tanto que es una transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico - y la material concurriría cuando - el acto es materialmente antijurídico en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad"* (105). Sin embargo, creemos al igual que este autor, en que es erróneo hacer una división de este elemento del delito, pues como acertadamente lo manifiesta *"Von Liszt confunde la antijuridicidad formal con la tipicidad"* (106), y la que él llama antijuridicidad material es la antijuridicidad en sí misma.

En conclusión, la conducta omisiva del juez penal será antijurídica, cuando además de ser típica no esté amparada por una causa de justificación, previo juicio valorativo que declare la existencia de contradicción entre el no dictar auto de formal prisión o el de libertad dentro de las setenta y dos horas, según el caso, y la propia norma que prohíbe esa conducta omisiva.

---

( 105 ) Jiménez de Asúa, Luis, Op. cit., p. 278.

( 106 ) Idem.



## **B. CAUSAS DE LICITUD**

El aspecto negativo de la antijuridicidad ya dijimos que lo constituye las causas de licitud o causas de justificación como también son conocidas; éstas son definidas como: *"aquéllas situaciones especiales en que un hecho, que de ordinario está prohibido por la ley penal, no constituye delito por existir una norma que lo autoriza o lo impone"* (107). De forma más concreta las define Castellanos Tena al expresar que: *"son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica"* (108).

Con eso queda corroborado lo dicho en el inciso anterior, es decir, que una conducta aparentemente delictuosa (por ser típica) puede no ser opuesta al Derecho, si existe una causa de licitud que la tutele, pues de no presentarse alguna de ellas, será antijurídica.

### **1. LEGITIMA DEFENSA**

Por legítima defensa debe entenderse según nuestro Código Penal Federal cuando: "Se repela una agresión real, actual o

---

( 107 ) Antolisei, Francesco, Manual de Derecho Penal, Octava Edición, Editorial Temis, Colombia, 1988, p. 190.

( 108 ) Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Vigésima Séptima Edición, Editorial Porrúa, México, 1989, p. 183.

inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien defiende".

La agresión de que habla el Código Penal en cuestión deber ser objetiva pues la naturaleza de la legítima defensa es de ese carácter. *"Se entiende por agresión la actividad de un ser viviente, racional o irracional, que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos"* (109), es decir, la agresión debe ser mediante una actividad externa. También es necesario que la agresión sea actual, presente, o bien, que pueda suceder ya que el sujeto en peligro no va a esperar a que lo agredan para poder defenderse, además debe ser también injusta (sin derecho).

La defensa debe ser precisamente con ese ánimo de defensa y por la necesidad. *"La necesidad debe ser requisito de la defensa..."* (110); *"Sólo será justa la defensa cuando aparezca como necesaria"* (111).

De modo que en el delito que es motivo de estudio en esta

---

( 109 ) Carrancá y Trujillo R. - Carrancá y Rivas R., Código Penal Anotado, Décima Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 1989, p. 87.

( 110 ) Jiménez de Asúa, Luis, Op. cit., p. 297.

( 111 ) Carrancá y Trujillo, Raúl, Código Penal Anotado., Op. cit., p. 105.

ocasión, no puede presentarse esta causa de exclusión del delito, habida cuenta que es necesaria una agresión externa que pudiera lesionar el bien jurídico protegido por la norma, razón por la cual en la especie no encontramos un ejemplo en el que el juez responsable de emitir el auto de formal prisión o el de libertad según proceda, por la necesidad de defensa, repeliera una agresión (con las características anteriormente mencionadas) y por tal motivo no dictara cualquiera de los autos precitados.

## **2. ESTADO DE NECESIDAD**

Se abre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien, de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviera el deber jurídico de afrontarlo. (artículo 15, fracción V del Código Penal).

Al igual que en la legítima defensa, en el estado de necesidad debe existir una situación de peligro real, actual o inminente, o sea, "se exige que la probabilidad del resultado temido exista en el momento del hecho" (112); esta situación de peligro no debe haber sido causada voluntariamente por el agente y éste no tenga el deber de afrontarlo, por ejemplo, el capitán de un barco en un

---

( 112 ) Antolisei, Francesco, Op. cit., p. 216

nafragio está obligado a intentar por todos los medios de salvar su embarcación.

Respecto a la acción, ésta debe ser absolutamente necesaria para salvar el bien jurídico, es decir, que no sea evitable por otros medios, sino exclusivamente con la lesión de uno de los bienes en peligro, aclarando que el bien lesionado, debe ser de menor valía para que pueda considerarse como causa de licitud.

Castellanos Tena para referirse al estado de necesidad como causa de justificación expresa: *"indudablemente ante el conflicto de bienes que no pueden coexistir - por la situación de peligro en que se halla -, el Estado opta por la salvación de uno de ellos"* (113).

En el supuesto de que el juez estando a punto de firmar el auto de formal prisión de un detenido, en ese momento se presenta ante él un sujeto que lo amenaza con matar a su familia que tiene secuestrada, si firma y notifica ese auto de término, y por vía telefónica tal sujeto comunica al juez con su esposa a fin de que se cersiore de su dicho, situación por la que el juez no dicta el auto de término dentro del plazo constitucional, trayendo como consecuencia que sea puesta en libertad la persona que se encontraba detenida, misma que posteriormente se sustrae de la acción de la justicia. En el caso anterior, se presentan las

( 113 ) Castellanos Tena, Fernando, Op. cit., p. 204.

características de un estado de necesidad, esto es, hay dos bienes jurídicamente protegidos que se encuentran en peligro (con aquellas peculiaridades), por una parte el de menor valía que tutela la fracción XVII, del artículo 225 de nuestro Código Penal, y que es motivo de comentario aquí, y por el otro la vida e integridad física de la familia del juez (bien de mayor valía), por lo que éste prefiere sacrificar el de menor valía por la necesidad de salvaguardar a sus familiares.

### **3. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER**

*"Hay cumplimiento de un deber cuando alguien realiza una conducta ordenada por la norma..., en tanto existe un deber jurídico de obrar"* (114). En el cumplimiento de un deber el sujeto está obligado a actuar.

En esta causa de licitud, existe una colisión de dos deberes que se resuelve en favor del predominio, del deber más categórico y más digno de protección; ambos están establecidos por normas diferentes, es decir, en esta causa debe sacrificarse también uno de ellos. Si se dejare de cumplir con la obligación de actuar, se estaría lesionando un bien jurídico protegido por una norma, pero al mismo tiempo se estaría salvaguardando otro bien que como dijimos renglones atrás, debe ser de mayor jerarquía, y al mismo

---

( 114 ) Porte Petit, Candaudap C., Op. cit., p. 475.

tiempo se estaría también cumpliendo con otro deber establecido por la ley. Esta es la esencia del cumplimiento de un deber como causa de justificación.

El cumplimiento de un deber puede derivarse de "a) actos ejecutados en cumplimiento de un deber resultante de funciones públicas; es decir, en deberes de servicio; b) actos ejecutados en cumplimiento de un deber impuesto al particular" (115). En los primeros afirma Forte Petit "hay multitud de casos en que la ley impone a los funcionarios la realización de determinadas conductas, es decir, les está señalando deberes que cumplir" (116). Los impuestos a los particulares son por razón del caso concreto en el que se encuentran (por ejemplo, un testigo está obligado a atestiguar) o por la circunstancia de profesión que tienen ( el médico que viola un deber de asistencia que debe prestar a una persona herida, por estar atendiendo a otra más grave).

Es el caso de un juez al que faltando unas cuantas horas para dictar auto de formal prisión de un detenido que le fue puesto a su disposición, le es solicitado por el Ministerio Público que gire orden de aprehensión en contra de un sujeto como probable responsable de la comisión del delito de homicidio en agravio de un poderoso político (lo que al parecer está de moda en la

( 115 ) Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo IV, Segunda Edición, Editorial Losada, Argentina, 1961, p. 509.

( 116 ) Forte Petit, Candaudap C., Op. cit., p. 476.

actualidad), teniendo el homicida la intención de salir del país para sustraerse de la acción de la justicia, por lo que el juez del conocimiento, opta por girar la orden de aprehensión en contra del magnicida, que dictar al auto de formal prisión de aquél.

#### **4. EJERCICIO DE UN DERECHO**

Esta eximente está prevista al igual que la anterior, por el artículo 15, fracción VI del Código Penal donde se establece: "La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que éste último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro".

No significa lo anterior, que cada persona está autorizada para hacerse justicia por su propia mano, sino como se explica "la conducta que se ampara en un derecho consignado en la ley es, asimismo, afirmación de la ley, y no puede ser antijurídica - sigue diciendo el autor - el derecho, para que esté amparado en la ley, debe ser ejecutado en la vía que la misma ley autorice" (117); esto es, que se necesita que la ley permita expresa o tácitamente, ejercer ese derecho mediante una conducta que ordinariamente constituiría delito.

( 117 ) Carrancá y Trujillo, Raul, Código Penal Anotado, Op. cit., p. 118.

Por lo tanto, en ese orden, no podría actuar un juez penal bajo la causa de justificación del ejercicio de un derecho y en base a éste no dictar el auto de libertad o de formal prisión de un preso.

##### **5. CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO**

En determinados delitos el consentimiento del titular del bien jurídico protegido juega un papel importante, pues como lo afirma Antolisei *"el consentimiento..., elimina del hecho la nota de la ilicitud penal y constituye una causa de justificación"* (118).

En efecto, nuestro Código Penal contempla esta causa de justificación puesto que su artículo 15, fracción III reza: "Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos: a) Que el bien jurídico sea disponible; b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo".

Atinadamente se requiere que el consentimiento cumpla con los

---

( 118 ) Antolisei, Francesco, Op. cit., p. 200.



requisitos mencionados en el párrafo precedente, puesto que es necesario que el bien jurídico sea disponible, que su titular tenga capacidad legal para otorgarlo, sea expresamente o en forma tácita, sin embargo, debe decirse también que es de suma importancia que con otorgarse el consentimiento no se contraríen disposiciones de orden público, esto es, que no se ocasione un daño a la colectividad. Sobre el tema señala el precitado autor que debe haber *"falta de daño social, que explica la intervención del Estado con la sanción punitiva y, por tanto, en la carencia de interés en la represión"* (119), verbigracia, en el caso de que haya violación de domicilio.

En relación a nuestro delito, en virtud de que con la lesión de los bienes jurídicos que protege, se afectaría a la colectividad y al Estado; no puede un juez actuar alegando el consentimiento del detenido para no emitir la resolución correspondiente, pues la sociedad esta interesada en que exista una correcta administración de justicia, en la especie el detenido podría otorgar su consentimiento al juez para que éste no le decretara su formal prisión, ya que así, obtendría el beneficio de su libertad (aunque con posterioridad otro juez le dictara tal auto), pero resultaría de tal actuar, un perjuicio de carácter social, por lo que en la especie no opera esta causa de licitud. Para corroborar lo anterior, he aquí las palabras de un

---

( 119 ) Ibid., p. 201.

estudioso en la materia: "está fuera de discusión que el consentimiento no tiene eficacia alguna en los delitos que ofenden directamente los intereses del Estado <<delitos contra la personalidad del Estado, contra la administración pública, contra la administración de justicia, etc.>>" (120).

#### **VI. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD**

"Para que una determinada conducta humana pueda ser calificada como delictuosa no basta que ella se adecúe a un tipo penal y además lesione o ponga en peligro, sin justificación jurídicamente relevante, el interés que el legislador quiso tutelar; es indispensable que a más de estos requisitos <<tipicidad y antijuridicidad>> exista una voluntad dirigida a realizar dicha conducta. Solo entonces podría decirse que el comportamiento pertenece a alguien, que es suyo y que, por lo tanto, de él debe responder" (121). Esta es la culpabilidad.

Sobre la culpabilidad no existe un concepto unitario que permita comprender qué es ésta, y cuáles son sus elementos, sino que se han creado las siguientes teorías: la teoría psicológica o naturalista, la teoría normativa y la finalista que es con la que

---

( 120 ) Idem., p. 202.

( 121 ) Reyes Echendía, Alfonso, Derecho Penal, Segunda Reimpresión, Editorial Temis, Colombia, 1990, p. 203.

coincidimos.

A manera de lista únicamente enunciaremos al menos, por ser necesario, la postura de cada una de esas teorías.

Así, la llamada teoría psicológica o naturalista señala que la culpabilidad se concibe "como un vínculo de naturaleza psicológica que enlaza al autor con su acto" (122); o como lo expone Franz Von Liszt, "la culpabilidad consiste en la responsabilidad del sujeto por la conducta o acto ilícito que éste ha cometido" (123). Según esta teoría, los elementos o formas de culpabilidad se reducen a dos: el dolo y la culpa.

La teoría psicológica señala que el autor debe dirigir su acción (mediante una voluntad dolosa) para lograr su fin, fin que está prohibido por la norma; por otra parte, habrá culpa si dicho autor no quería el resultado consecuencia de su actuar, pero que se produjo por haber infringido el deber de cuidado; sin embargo, tal teoría fracasó cuando no pudo explicar porqué a la culpa sin previsión se le cataloga como una forma de culpabilidad.

Teoría normativa, para esta se entiende "la culpabilidad como relación contradictoria y reprochable, entre la voluntad del sujeto

---

( 122 ) Londoño Berrío, Hernando L., El Error en la Moderna Teoría del Delito, Editorial Temis, Colombia, 1982, p. 87.

( 123 ) Von Liszt, Franz, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Madrid 1927, p. 387.

y la norma" (124). O bien, *"culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio desvalorativo de la culpabilidad, se reprochará al autor el que no ha actuado conforme a Derecho, el que se ha decidido en favor del injusto, aun cuando podía comportarse conforme a Derecho, aun cuando podía decidirse en favor del Derecho"* (125). Esta teoría toma como base el postulado de la teoría sicologista y le agrega que, una vez que ha sido determinado el motivo de actuar del autor (dolo o culpa) y especificado el carácter del sujeto, podrá manifestarse si en el caso concreto el sujeto podía haber actuado conforme a Derecho. La principal crítica que se hace a esta tesis es que confunde la reprochabilidad de actuación del autor, con el juicio de reproche que es el que determina el elemento antijuridicidad del delito, en la teoría jurídica de éste.

La última de las teorías es la finalista de la acción, para ésta según su autor *"la culpabilidad no se agota en esta relación de disconformidad sustancial entre acción y ordenamiento jurídico, sino que además fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aun cuando podía omitirla"* (126); la voluntad del autor juega un papel esencial para determinar la culpabilidad *"culpabilidad es <<reprochabilidad>> de la configuración de la voluntad. Toda culpabilidad es según esto <<culpabilidad de voluntad>>. Sólo aquello respecto de lo cual el*

( 124 ) Reyes Echendía, Alfonso, Op. cit., p. 204.

( 125 ) Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, p. 14.

( 126 ) Welzel, Hans, Op. cit., p. 166.

*hombre puede algo voluntariamente. le puede ser reprochado como culpabilidad" (127).*

Quienes estamos acordes con la teoría finalista (entre nosotros nuestro Código Penal Federal), la culpabilidad está integrada por tres elementos: la imputabilidad y como aspecto negativo de ésta la inimputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad correspondiéndole como aspecto negativo el error de prohibición, y finalmente la exigibilidad de obediencia al Derecho siendo la no exigibilidad de otra conducta su aspecto negativo. La forma positiva de estos elementos dan lugar a la culpabilidad, por el contrario sus aspectos negativos serán motivo de inculpabilidad.

Se fortalece lo dicho en el párrafo anterior, con la siguiente nota: *"para la culpabilidad se exige que el sujeto haya tenido la capacidad de poder obrar conforme al Derecho, de poder conocer el injusto de su conducta, y de poder dirigir su comportamiento conforme a esa representación" (128).*

#### **A. IMPUTABILIDAD**

La imputabilidad o también denominada capacidad de culpabilidad, consiste en que el autor del hecho típico y antijurídico *"tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas*

( 127 ) Ibid., p.167

( 128 ) Córdoba Roda, Juan, El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito, Editorial BOSCH, Barcelona, 1962, p. 12.

requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos" (129). Si reúne esos requisitos le podrán ser atribuidos sus actos y deberá responder de ellos.

La imputabilidad es un concepto existencial según los clásicos, pues señalan "que ciertos individuos no tienen la capacidad vital <<existencial>> de comprender y actuar según el valor, en otras palabras, de ser libres. Se trata pues de sujetos a quienes, en concreto o existencialmente, les está negada la libertad" (130). Se habla de libertad de voluntad, ésta según el español Muñoz Conde "se basa en la capacidad de entender y querer lo que se está haciendo; el que carece de esta capacidad no actúa libremente y, por eso, no puede ser considerado culpable de lo que hace" (131). De esto último se advierte que la capacidad de culpabilidad tiene un momento intelectual y un momento volitivo, esto es, "la capacidad de comprensión de lo injusto - el primero - y de determinación de la voluntad <<conforme a sentido>> - el segundo -" (132).

En el mismo sentido se expresa Bacigalupo al hablar de la capacidad de motivación, como él le llama a la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, al señalar que "es la capacidad de

( 129 ) Muñoz Conde, Francisco, Op. cit., p. 139.

( 130 ) Bustos Ramírez, Juan, Control Social y Sistema Penal, Primera Edición, Editorial Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1987, p. 281.

( 131 ) Muñoz Conde, Francisco, Op. cit., p. 140.

( 132 ) Welzel, Hans, Op. cit., p. 182.

determinarse por el cumplimiento de un deber. Esta capacidad requiere: a) la capacidad de comprender la desaprobación jurídico-penal y b) la capacidad de dirigir el comportamiento de acuerdo con esa comprensión" (133).

El primer momento, es decir, el cognocitivo consiste en que "el autor tiene que poder reconocer que su hecho es una transgresión de aquellas normas sociales que son indispensables para la vida en común" (134), y una vez que conoce esas normas, tendrá la libertad de autodeterminación de la voluntad conforme a la comprensión de lo injusto, que viene a ser el segundo momento, el volitivo.

En consecuencia, será imputable del delito que estudiamos el sujeto que, no padezca al momento de realizar el hecho típico trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, y que además tenga determinado desarrollo en su madurez mental, al que se llega según nuestro Código Civil del Distrito Federal, a los dieciocho años (135).

El Código Penal Federal también prevé como causa de

---

( 133 ) Bacigalupo, Enrique, Op. cit., p. 157.

( 134 ) Welzel, Hans, Op. cit., p. 183.

( 135 ) Cuando haya anormalidad mental en el sujeto, o no tenga la edad exigida, serán causas de inimputabilidad, por lo que, cuando tengamos que estudiar ésta, analizaremos cada una de ellas.

imputabilidad. el hecho de que el agente se haya provocado dolosa o culposamente alguna anormalidad mental para cometer la acción típica, este es el caso de las llamadas *actio libera in causa*, "en este caso - argumenta Muñoz Conde - se considera también imputable al sujeto que al tiempo de cometer sus actos no lo era, pero si lo era en el momento en que ideó cometerlos o puso en marcha el proceso causal que desembocó en la acción típica" (136).

En estos casos, si el juez que debe emitir el auto de formal prisión, toma por equivocación una pastilla para dormir cuando lo que debió tomar era un medicamento que le produciría una reacción distinta, y por tal circunstancia se queda profundamente dormido, transcurriendo de tal forma el término legal sin que hubiere dictado aquél auto, por lo que será imputable de su omisión pues, voluntariamente encaminó su actuar (acción de tomar la pastilla) que le provocó el sueño, es decir, en el momento de su actuar omisivo no gozaba de la aptitud o capacidad mental necesaria para valorar sus actos, pero tal estado fue provocado voluntariamente por él mismo, ya que cuando decidió tomar la pastilla si contaba con sus facultades normales, era imputable.

Otro caso de *actio libera in causa* es cuando el juez llega al local del juzgado en estado de ebriedad y no emite el auto de término constitucional que ese día se vencía, por lo que será

---

( 136 ) Muñoz Conde, Francisco, Op. cit., p. 154.



imputable de su conducta.

### **B. CONCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD**

La conciencia de la antijuridicidad viene a ser de igual forma que la capacidad de motivación elemento de la culpabilidad, pues se refiere a que *"el autor tenga motivos suficientes para saber que el hecho cometido está jurídicamente prohibido y que es contrario a las normas más elementales que rigen la convivencia"* (137); es decir, *"el sujeto activo ha de tener conciencia del carácter ilícito del hecho que realiza"* (138). Por ejemplo en el homicidio es necesario que el autor sepa que va a dar muerte a un ser humano.

Hay unanimidad doctrinal sobre este punto, esto es, que la conciencia de la antijuridicidad es precisamente eso, conocer que se está actuando en contra de lo estipulado en la norma, saber que la conducta realizada es contraria al Derecho; pues una vez que se ha reconocido lo justo del hecho, el agente está en aptitud de actuar voluntariamente en forma antijurídica o conforme a Derecho, según se advierte esto, de lo dicho por el alemán Claus Roxin que se manifiesta de esta forma: *"la acción del autor es consecuencia de una actitud moralmente reprochable y socialmente insoportable. El autor es conciente de la antijuridicidad de su acción..., quiere concientemente algo diverso de lo querido por el legislador"*

( 137 ) Ibidem., p. 160.

( 138 ) Reyes Echendía, Alfonso, Op. cit., p. 210.

imputable de su conducta.

#### **B. CONCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD**

La conciencia de la antijuridicidad viene a ser de igual forma que la capacidad de motivación elemento de la culpabilidad, pues se refiere a que *"el autor tenga motivos suficientes para saber que el hecho cometido está jurídicamente prohibido y que es contrario a las normas más elementales que rigen la convivencia"* (137); es decir, *"el sujeto activo ha de tener conciencia del carácter ilícito del hecho que realiza"* (138). Por ejemplo en el homicidio es necesario que el autor sepa que va a dar muerte a un ser humano.

Hay unanimidad doctrinal sobre este punto, esto es, que la conciencia de la antijuridicidad es precisamente eso, conocer que se está actuando en contra de lo estipulado en la norma, saber que la conducta realizada es contraria al Derecho; pues una vez que se ha reconocido lo justo del hecho, el agente está en aptitud de actuar voluntariamente en forma antijurídica o conforme a Derecho, según se advierte esto, de lo dicho por el alemán Claus Roxin que se manifiesta de esta forma: *"la acción del autor es consecuencia de una actitud moralmente reprochable y socialmente insoportable. El autor es conciente de la antijuridicidad de su acción..., quiere conscientemente algo diverso de lo querido por el legislador"*

( 137 ) Ibidem., p. 160.

( 138 ) Reyes Echendía, Alfonso, Op. cit., p. 210.

(139); esto significa que en todo caso se presumirá la existencia de conocimiento de lo injusto, a menos que se demuestre lo contrario, según lo señala Jescheck al decir: "En todos los casos en que la antijuridicidad del hecho es evidente y el autor es adulto y plenamente capaz de culpabilidad, se presupone la concurrencia de la conciencia de lo injusto" (140).

No debe confundirse el conocimiento de la antijuridicidad con el conocimiento de lo injusto, pues la antijuridicidad es una característica de la acción que se refiere al desacuerdo entre ésta y el orden jurídico, mientras que el injusto es la acción antijurídica como totalidad. Son diferentes los conocimientos de uno y otro. Si hay conocimiento de la antijuridicidad, aunque no tenga bien claro cuál es la penalidad que le corresponde por su acción o cuál es específicamente el bien jurídico que lesiona, o qué norma concreta vulnera, habrá culpabilidad.

Ahora bien, no es necesario que en el momento de la realización del hecho el autor tenga conciencia actual "es suficiente una imagen de lo injusto presente en forma latente únicamente en la capa personal, aunque no se halle actualizada en el hecho mismo, lo que caracterizará con frecuencia a los delitos

---

( 139 ) Roxin, Claus, Teoría del Tipo Penal, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 178 y 179.

( 140 ) Jescheck, Hans, Op. cit., p. 626.

*pasionales"* (141).

Consecuentemente, dada la calidad que tienen los funcionarios públicos encargados de la impartición de justicia por ser Licenciados en Derecho (peritos en la materia), lógicamente que en todo caso, tienen conocimiento que de no dictar auto de formal prisión o auto de libertad de un detenido dentro del término legal de setenta y dos horas, están actuando en contrariación al Derecho, a la norma penal que ordena una acción en estricto sentido, es decir de emitir cualquiera de esas dos resoluciones, según corresponda, esto es, conocen que hay tipicidad y antijuridicidad y por lo tanto que son culpables.

### **C. EXIGIBILIDAD DE OBEDIENCIA AL DERECHO**

Es también la exigibilidad de obediencia al Derecho, elemento integrador de la culpabilidad como lo argumenta Roxin, he aquí sus palabras: "*la posibilidad de conocimiento del injusto (elemento intelectual de la culpabilidad) y la posibilidad de comportarse de acuerdo con dicho conocimiento (elemento voluntario de la culpabilidad)*" (142).

Según dejamos ya asentado, es necesario que el agente tenga conocimiento de que su actuar es contrario a Derecho o

( 141 ) Ibid., p. 625.

( 142 ) Roxin, Claus, Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal, Editorial REUS, España, 1981, p. 15B.

antijurídico, para posteriormente le pueda ser exigido que actúe conforme a aquél.

*"El Derecho debe exigir de los miembros de la sociedad que dejen determinarse por las normas de comportamiento que permiten su existencia" (143). Sin embargo, es menester que los hombres en sociedad sometan su libertad como presupuesto de su actuar, al Derecho, para la consecución de los fines de éste en beneficio de la propia colectividad.*

Para que una persona se encuentre en la obligación de obedecer al Derecho, es importante que cada precepto legal penal, haya sido promulgado de acuerdo al proceso que para tal efecto establece la ley fundamental, pues de lo contrario carecerá de validez y fácil será no someterse a su disposiciones.

Con el objeto de saber cuándo una persona no actúo conforme el Derecho le exigía, se encuentra el juicio de culpabilidad cuyo objeto lo constituye *"la carencia de una actitud interna favorable al Derecho..., es el hecho antijurídico en relación con la actitud interna jurídicamente desaprobada que se actualiza en aquél. En el delincuente enfermo mental falta, ciertamente, la actitud jurídica, pero esta falta no merece censura alguna, porque obedece a una perturbación psíquica" (144).*

( 143 ) Jescheck, Hans, Op. cit., p. 566.

( 144 ) Ibid., p. 576 y 587.

Ahora bien, existirá el deber de actuar conforme a Derecho, siempre y cuando el autor del hecho tenga el *poder* para hacerlo; esto significa, que *"el ordenamiento jurídico marca unos niveles de exigencia mínimos, que pueden ser cumplidos por cualquier persona. Se habla en estos casos de una exigibilidad objetiva, normal o general"* (145); por lo que dicho ordenamiento en ningún caso podrá exigir su cumplimiento si pasa los límites que él mismo ha marcado. Ciertamente, como categóricamente lo expresa el citado español *"los niveles de exigencia de este cumplimiento varían según el comportamiento exigido, las circunstancias en que se realice, los intereses en juego, etc."* (146); los que serán motivo de estudio al comentarse el aspecto negativo de este momento.

Así las cosas, toda vez que los jueces tiene conocimiento de la antijuridicidad del acto, si no dictan el auto de término constitucional de un detenido que les ha sido puesto a su disposición, y pese a ese conocimiento no lo hacen, no obstante que la ley les exige tal comportamiento, serán culpables.

#### **D. INIMPUTABILIDAD**

*"Si por imputabilidad hemos entendido la capacidad de la persona para conocer y comprender la antijuridicidad de su conducta y para autoregularse de acuerdo con esa comprensión, el concepto de*

( 145 ) Muñoz Conde, Op. cit., p. 163.

( 146 ) Ibidem.

*inimputabilidad supone en la persona de quien se predica incapacidad para conocer y comprender dicha ilicitud o para determinarse de acuerdo con esa comprensión" (147).*

Para Zaffaroni la inimputabilidad se resume en *"la incapacidad psíquica de culpabilidad" (148).*

De acuerdo con nuestra ley penal, si al momento de realizar el hecho típico el agente no tiene la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, será inimputable y por tanto, no podrá ser sujeto de reproche alguno, y asimismo no habrá delito.

En el ámbito doctrinario, se han considerado también como causas que excluyen la capacidad de culpabilidad: la minoría de edad, el desarrollo intelectual retardado en sus diferentes grados y el trastorno mental. De estos fenómenos nos referiremos enseguida.

La Legislación Civil para el Distrito Federal ha considerado que toda persona a la edad de dieciocho años, ha alcanzado un

---

( 147 ) Reyes Echendía, Alfonso, Imputabilidad, Cuarta Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1989, p. 41.

( 148 ) Zaffaroni, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo IV, Primera Edición, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988, p. 109.

desarrollo mental con grado de madurez suficiente para ser sujeto responsable de sus actos (capacidad de ejercicio), esta edad varía en algunas Entidades Federativas de la República y en algunos países (según la idiosincracia, cultura y tradiciones de cada población), y van desde los dieciséis a los veinte años de edad. De modo que, según sea la edad establecida legalmente en cada territorio, el menor de edad ha quedado al margen del Derecho Penal, no siendo nuestro país la excepción, puesto que, el Título Sexto denominado Delincuencia de Menores fue derogado por reformas al Código Penal publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1991, existiendo actualmente la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Hasta antes de llegar a la mayoría de edad, las personas aun no han alcanzado la madurez necesaria para comportarse de acuerdo a su comprensión del Derecho (según nuestras leyes), consecuentemente los menores de edad no deben ser objeto, en ningún caso, de pena.

La presente causa de inimputabilidad nunca será objeto de defensa en el citado delito contra la administración de justicia que estudiamos, ya que para ser juez en materia penal es necesario contar con determinada edad que sobrepasa por mucho los dieciocho años, aunado a que, antes de esa edad es difícil que una persona



haya comenzado y culminado un estudio de licenciatura en Derecho que es requisito también para obtener aquél cargo.

Desarrollo intelectual retardado. Castellanos Tena habla sobre este punto de la siguiente manera: *"aquellos sordomudos o ciegos con desarrollo intelectual retardado, que les impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, aun cuando no presenten un verdadero transtorno mental"* (149).

Como es de verse, el citado penalista ubica como sujetos con desarrollo intelectual retardado a los sordomudos y a los ciegos. Ahora bien, no todo sordomudo será por ese hecho inimputable, sino que esa deficiencia física debe ser innata, es decir, por una malformación o deficiencia de carácter hereditaria (de nacimiento) de modo que en ningún momento haya estado en condiciones de comunicarse con los demás, de haber alcanzado un desarrollo de madurez mental, y por tal motivo no tenga la capacidad de entender la antijuridicidad de su actuar.

Diferente es el sordomudo que de alguna forma tiene comunicación con otras personas, éste *"está en condiciones de ocupar algún lugar en la vida de relación"* (150).

---

( 149 ) Castellanos Tena, Fernando, Op. cit., p. 227.  
( 150 ) Reyes Echendía, Alfonso, Op. cit., p. 59.

Diferimos del pensamiento del citado autor en relación a que los ciegos sean considerados inimputables, por ejemplo, una persona con una magnífica vista que padezca desarrollo intelectual retardado, por el hecho de no padecer ceguera ¿será objeto de recibir alguna sanción?.

No es factible que opere en la especie esta causa que excluye la capacidad de culpabilidad, ya que ningún sordomudo con esa característica podrá ser nunca funcionario público encargado de la impartición de justicia.

Además de los sordomudos como sujetos con desarrollo intelectual retardado, también han sido legalmente considerados como inimputables por esa causa aquellas personas que sufren en su actividad mental una perturbación patológica (enfermedad), esto es, de alguna enfermedad de la mente o más correcto de sicosis en el sentido médico. Por enfermedad mental debe entenderse según Antolisei "*un estado mental efecto de una enfermedad, que excluye o reduce la capacidad de entender y de querer*" (151).

A la manera de entender de Mezger las enfermedades mentales auténticas son "*los procesos morbosos psíquicos que tiene su origen en modificaciones somáticas, tanto en el caso de que este origen físico pueda ser demostrado directamente (como ocurre, por ejemplo,*

---

( 151 ) Antolisei, Francesco, Op. cit., p. 446.

en la parálisis o en las influencias tóxicas), o en el caso de que el mismo pueda ser admitido con seguridad (como en la afecciones esquizofrénicas y circulares)" (152).

Este mismo autor manifiesta que las enfermedades puede ser orgánicas "involucran procesos físicos morbosos del cerebro o que repercuten en el cerebro..., como ocurre en la parálisis progresiva, la sífilis cerebral, los tumores y las lesiones del cerebro" (153).

De igual forma pueden ser, enfermedades mentales endógenas en las que "se advierte en primer término solamente la modificación de la misma función psíquica, no pudiéndose todavía probar exactamente una afección cerebral y su base anatómica. Pero no puede haber dudas sobre el hecho de que tales enfermedades tienen su origen somático..., integran las enfermedades mentales de que se trata, las dos grandes categorías de la locura esquizofrénica - caracterizada por delirios, impulsos anormales, etc. - y de la locura circular (maniaco-depresiva)" (154).

Una última clase de enfermedad mental son según el autor consultado las perturbaciones tóxicas "aquí, la perturbación

---

( 152 ) Mezger, Edmundo, Derecho Penal (Libro de Estudio), Editorial Cárdenas Editores, México, 1985, p. 213.

( 153 ) Idem.

( 154 ) Idem.

*psíquica tiene su origen en un estado tóxico, sea que éste provenga endogénicamente del cuerpo y de sus procesos, sea que proceda exogénicamente desde fuera; deben mencionarse las perturbaciones en el campo del alcoholismo" (155).*

Con base en lo anteriormente apuntado, no será considerado como delincuente el juez que no dicta el auto de formal prisión de un detenido como presunto responsable de un delito, dentro del término constitucional de setenta y dos horas, por padecer en el transcurso de ese término alguna de las enfermedades mentales citadas, que no le permitan actuar conforme a la capacidad intelectual normal. Entre otras enfermedades mentales están: sicopatías agudas, estados pasionales agudos, neurosis, sicosis epiléptica, esquizofrenia, paranoia, demencia senil, sicopatías, el fanatismo, etc.

La debilidad mental es de la misma forma que las anteriores, causa de inimputabilidad por desarrollo intelectual retardado, *"las debilidades mentales: la oligofrenia, esto es la idiocia, la imbecilidad y la debilidad, y en general perturbaciones mentales patológicas de grado menor... - sigue expresándose el autor - la limitación de que sólo en estos casos de actividad mental anormal puede aceptarse una exclusión de la culpabilidad, rige sólo para el elemento volitivo de la culpabilidad, estos es, para la capacidad*

*de determinación de la voluntad conforme a la norma. Para el momento intelectual rigen las reglas del error de prohibición, en el sentido de que en todo caso queda eliminada la culpabilidad cuando el autor no estaba en condiciones de reconocer el injusto"* (156).

El trastorno mental se ha dividido en dos especies a saber: el trastorno mental permanente, enajenación o locura y el trastorno mental transitorio.

*"La pérdida de la conciencia o falta de conciencia, denominada locura, alineación o enajenación mental. Es un estado total de inconciencia"* (157). Es la pérdida de la conciencia, la ausencia de darse cuenta de las cosas, *"cuando ello ocurre, el sujeto no se da cuenta de lo que hace y, por lo mismo, sus actos se rigen por un automatismo psicológico sin el control de la neopsique; - continúa el autor diciendo: - no podríamos ni siquiera hablar de inimputabilidad, pues este fenómeno supone un darse cuenta de las propias acciones u omisiones y sólo un no comprender su ilicitud"* (158). En este orden, el trastorno mental permanente no debe ser motivo de estudio para el Derecho Penal.

Por otra parte, el trastorno mental transitorio es al parecer

---

( 156 ) Welzel, Hans, Op. cit., p. 185.

( 157 ) Carrancá y Trujillo, Radl, Op. cit., p. 78.

( 158 ) Reyes Echendia, Alfonso, Op. cit., p. 63.

del maestro Carrancá y Rivas "*perturbaciones más o menos profundas de la conciencia, en las que sin embargo, aunque anormalmente, la conciencia subsiste en menor o mayor grado*" (159), pueden provenir de un origen fisiológico o de origen morboso patológico; en el primero mediante sueño, sonambulismo, hipnotismo, estados pasionales como cólera, temor, de índole sexual; el segundo por ingerir sustancias embriagantes, tóxicas o enervantes, por padecer algún estado toxifeccioso, estados crepusculares como histeria, epilepsia, neuropática, estados de desmayo, etc.

En estas formas o grados de trastorno mental transitorio, el autor de una conducta delictiva no se le aplicará sanción o medida de seguridad alguna, por ser inimputable, siempre y cuando como lo exige el código aquéllos sean actuales y no hayan sido provocados dolosa o culposamente. "*El trastorno mental transitorio debe anular la voluntad, ser de tal intensidad que suprima la imputabilidad del sujeto*" (160).

Con trastorno mental transitorio, puede un juez cometer el delito omisivo consistente en no dictar auto de formal prisión o el de libertad de un detenido dentro del término constitucional de setenta y dos horas y por tal circunstancia no ser culpable del mismo, si por sufrir alguna enfermedad le es suministrada una clase

---

( 159 ) Carrancá y Trujillo, Raúl, Op. cit., p. 78.  
( 160 ) Ibidem., p. 79.

de estupefaciente para calmar el dolor consecuencia de su malestar, sin embargo le es dada una dosis excesiva que le acarrea una anormalidad en sus facultades mentales y por tal motivo no realiza la conducta esperada.

#### **E. EL ERROR DE PROHIBICION DIRECTO E INDIRECTO**

Toca a continuación hacer el estudio relativo del llamado por la Teoría Finalista de la Acción, error de prohibición (directo e indirecto), es en verdad este tema punto de controversia doctrinal entre la mencionada teoría con la dominante hasta los años cincuenta de nuestro siglo para ya superada Teoría Causalista de la Acción.

El error de prohibición es la cara anversa del conocimiento de la antijuridicidad, de tal forma que, quien no tiene el conocimiento de ésta actúa bajo un error de prohibición, esto es, que debe prevalecer sólo uno, puesto que no pueden coexistir ambos. De esta manera nos lo enseña el maestro Muñoz Conde "*existe error de prohibición no solo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la licitud o ilicitud de su hecho*" (161).

Retomando nuevamente el tema relativo a que hay divergencia de

---

( 161 ) Muñoz Conde, Francisco, Op. cit., p. 160 y 161.

opiniones entre causalistas y finalistas, los partidarios de cada teoría han hecho esfuerzos realmente enormes con el propósito de defender cada quien su postura; de tal modo que la teoría causalista ha creado respecto de este tema la teoría del dolo; por su parte la finalista de la acción creó la llamada teoría de la culpabilidad. De estas hemos de ocuparnos de manera breve a continuación.

Quienes son partidarios de la teoría de dolo, ubican éste como una forma de culpabilidad por lo que argumentan que para la existencia de este elemento del delito el autor debe tener conocimiento de los elementos del tipo (lo que nosotros denominamos como dolo de tipo) y además tener conciencia de la antijuridicidad. Eso significa, que la vertiente del dolo, da un trato igual al error en todo caso, así, con tal fin se creó la siguiente fórmula: *"excluir la culpabilidad si el error era invencible; excluir el dolo, pero castigar por imprudencia, si era vencible"* (162).

Los causalistas señalan que *"carece de significación práctica la distinción entre error de tipo y error de prohibición..., todos los errores excluyen el dolo de la misma forma, en la medida en que el autor de algún modo no tuvo conciente la antijuridicidad de su hecho"* (163).

( 162 ) Ibid.

( 163 ) Roxin, Claus, Teoría del Tipo Penal, Op. cit., p. 180.



Aclaran que, "el dolo es la voluntad consciente de la oposición a la norma; la consciencia actual del injusto es primordial para configurar el elemento jurídico del dolo. No basta con que el autor haya tenido la posibilidad de conocer el injusto de su acto" (164).

Tiempo después crearon la figura jurídica de la "culpa de derecho" que consiste en "la creación de un tipo específico que incrimina el error evitable de prohibición; es decir, un tipo auxiliar de <<culpa jurídica>>" (165); tiene por objeto esta entidad jurídica, castigar el error en los casos de los delitos que no admitían forma culposa de comisión; pero de ser así, daría lugar a verdaderas barbaridades, por ejemplo, existiría violación culposa, robo culposo, etc., lo que está muy lejos de la realidad jurídica.

De igual forma surgió la "ceguera jurídica" que se hizo consistir en "un comportamiento hostil del Derecho"; "en las que claros fenómenos de culpa se tratan como si fueran comportamientos dolosos en razón de la especial enemistad con el Derecho" (166). Ejemplo de ceguera jurídica es el del reo habitual que concibe el delito como su forma cotidiana de vivir.

La segunda de las teorías, la de la culpabilidad, pone de

( 164 ) Londoño Berrio, Hernando L., Op. cit., p. 27.

( 165 ) Ibid., p. 30.

( 166 ) Ibid., p. 31 y 32.

manifiesto la gran trascendencia de diferenciar el error de tipo al error de prohibición. El dolo forma parte del tipo y el conocimiento de la antijuridicidad es elemento de la culpabilidad; *"el error de prohibición invencible excluye la culpabilidad y si es vencible permite atenuarla, pero no se afecta en nada el tipo de injusto"* (167), así que, deben estudiarse por separado.

En resumidas cuentas, el dolo es entendido según el finalismo, como conciencia y voluntad de realizar los elementos del tipo objetivo de lo injusto; por otra parte, el error de tipo cuando es invencible excluye el dolo de tipo y por tanto la tipicidad, asimismo, cuando es vencible excluye el dolo pero subsiste la culpa con la salvedad de que el tipo prevea esa forma de comisión.

A diferencia de la otra teoría comentada, apunta Londoño Berrio *"el contenido valorativo que le corresponde como elemento de la culpabilidad, al conocimiento de la antijuridicidad, implica que no sea necesario que dicho conocimiento se presente en forma actual <<que sería inevitable en caso de ser parte del dolo como hecho psicológico>>; bastará con el potencial conocimiento de la antijuridicidad, con la simple posibilidad del mismo"* (168); así que tal conocimiento consiste en el juicio de posibilidad que el agente tenía de conocer la ilicitud de su conducta.

---

( 167 ) Muñoz Conde, Francisco. Op. cit., p. 162.

( 168 ) Londoño Berrio, Hernando L., Op. cit., p. 37.

En efecto, el error de prohibición *"es el error sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo (luego, con pleno dolo de tipo) <<el autor sabe lo que hace, pero supone erróneamente que estaría permitido>>; no conoce la norma jurídica o no la conoce bien (la interpreta mal) o supone erróneamente que concurre una causal de justificación. Cada uno de estos errores excluye la reprochabilidad, cuando es inevitable, o la atenda si es evitable"* (169).

Hicimos al inicio de este tema, una clasificación del error de prohibición en directo e indirecto.

*"El error de prohibición puede referirse a la existencia de la norma prohibitiva como tal (error de prohibición directo) o a la existencia de una causa de justificación que autorice la acción, generalmente prohibida, en un caso concreto (error de prohibición indirecto o error sobre las causas de justificación"* (170).

Error de prohibición directo es el que recae sobre la norma misma, tiene distintas modalidades, una cuando el autor conoce la norma pero desconoce que su conducta sea contraria a ella (la interpreta mal), otra cuando el sujeto conoce esa norma pero piensa que no tiene validez por considerar que contraviene con otra de mayor jerarquía; todo error directo de prohibición afecta al

( 169 ) Welzel, Hans, Op. cit., p. 176.

( 170 ) Muñoz Conde, Francisco., Op. cit., p. 161.

conocimiento de la norma. *"El llamado error directo de prohibición es un error que afecta siempre la comprensión de la norma prohibitiva, sea por desconocimiento de su existencia, de su validez o de su alcance"* (171).

Por otra parte, *"el error indirecto de prohibición es el que determina la falsa convicción de que opera en el caso una causa de justificación"* (172). Este tipo de error tiene dos fuentes: una, que es por una falsa creencia de que existe una causa de licitud, cuando en realidad la ley no la reconoce, el sujeto piensa que hay un precepto que le permite tal comportamiento; la segunda, cuando el agente confía en que su actuación esta permitida por una causa de licitud legalmente reconocida.

Insistimos por ser así, que los jueces penales son o deben ser personas "concedoras" de Derecho Penal, son precisamente ellos quienes con más exactitud tienen presentes todas estas circunstancias, luego entonces, qué ejemplo de error de prohibición directo o indirecto pondríamos encontrar bajo el cual uno de esos funcionarios actuara y no fuera declarado culpable de su conducta; creemos que no lo hay por lo que esta causa de inculpabilidad no opera en la especie.

---

( 171 ) Zaffaroni, Eugenio Raúl, Op. cit., p. 190.  
( 172 ) Ibidem., p. 191.

Ahora bien, no obstante lo que hemos reiterado en varias ocasiones, esto es, que por esa calidad que tienen los encargados de la impartición de justicia (peritos en la materia), en el tipo que estudiamos a la luz de la Teoría Jurídica del Delito, nos hemos percatado que al hacer la correspondiente aplicación de acuerdo con lo que significa cada elemento del delito y en base a las teorías que sobre éstos existen, en múltiples ocasiones se ha manifestado que no concurre en la especie la figura jurídica que en ese momento se esté analizando, sin embargo, debe quedar claro que cabe la posibilidad que los jueces efectivamente no conozcan alguna de esas circunstancias, por ejemplo, dijimos que en el caso concreto no opera un error de prohibición directo ni indirecto por el cual impidiera al juez actuar correctamente, así que, cuando se presentara alguna circunstancia semejante indudablemente que en el caso concreto podría materializarse un aspecto negativo del delito que produciría la inexistencia de éste y por tanto la absolución del juez. Seguiremos nuestro estudio dogmático con el lineamiento que hemos seguido hasta este momento, habiendo hecho la declaración anterior.

Por otro lado, nuestra legislación penal esta acorde con la teoría de la culpabilidad, pues su artículo 15, fracción VIII, inciso b), dice en relación a esta materia, que será causa de exclusión del delito si la acción o la omisión se realiza bajo en error invencible: "respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea

porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma - error de prohibición directo - o porque crea que está justificada su conducta - error de prohibición indirecto - ". Por su parte, el artículo 66 del mismo ordenamiento legal se refiere al error de prohibición cuando es vencible, al señalar: "si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción (f. VIII del citado artículo 15), la pena será de hasta una tercera parte del delito que se trate".

En resumen, cuando el error de prohibición es invencible es una causa de inculpabilidad y por tanto del delito, pero si es vencible no da lugar a la imposición de pena por el delito culposo, sino que atenúa la culpabilidad y consecuentemente la pena.

#### **F. LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA**

Hay situaciones en las que el ordenamiento jurídico renuncia al reproche de culpabilidad que correspondería hacer al autor de una acción que además de ser típica es antijurídica, pero que por el contrario lo exculpa y absuelve de pena alguna; la razón puede ser como lo manifiesta acertadamente el alemán Hans Welzel porque *"hay situaciones extraordinarias de motivación, en las cuales se encuentra fuertemente disminuida la posibilidad de motivación conforme a la norma y con ello la culpabilidad, el poder en lugar*

de ello" (173).

En tales casos el Derecho no puede exigir comportamientos heróicos, ni tampoco puede imponer una pena al autor del hecho típico por haber optado por realizar éste, antes que sacrificar su propia vida, su integridad física o las de sus parientes; debido a dichas circunstancias en las que se halla, no puede exigírsele una conducta distinta a la realizada, pues todos, de estar en esa misma situación habríamos actuado de igual forma.

En efecto, doctrinariamente se han tomado como ejemplo clásicos de no exigibilidad de otra conducta, el miedo grave, el temor fundado, el estado de necesidad exculpante pudiendo ser por coacción, el exceso de legítima defensa y la orden no obligatoria derivada de algunas funciones.

El miedo grave opera cuando el sujeto aun "*afectado psíquicamente, le deja una opción o una posibilidad de actuación (amenaza, situación de peligro para la vida, etc.); <<insuperable>> quiere decir, superior a la exigencia media de soportar males y peligros*" (174). Es requisito de existencia que sea insuperable, esta forma de no exigibilidad de otra conducta tiene como

---

( 173 ) Welzel, Hans, Op. cit., p. 210.

( 174 ) Muñoz Conde, Francisco, Op. cit., p. 166.

características: que el mal que produce el miedo debe ser, serio, real e inminente además de ser igual o mayor que el que el sujeto comete. Es esencial que ese miedo insuperable no paralice totalmente a quien lo sufre pero si influya en gran manera en su actuar.

Cuando a un juez que ha sentenciado a varios narcotraficantes, constantemente ha sido amenazado por éstos con privarle de la vida, es más, algunas veces han intentado matarlo sin lograr conseguir su finalidad, así que, cuando al referido juez le es puesto a su disposición otra persona de estas, justo en el momento en que el funcionario se dispone a firmar el auto de formal prisión del probable responsable en la comisión de un delito contra la salud, se apersonan unos sujetos quienes amenazan a aquél con matarlo si firma y ordena que se notifique tal resolución, por lo que el juez se abstiene de emitir ésta para salvar su vida, de esta forma se actualiza el miedo grave como causa de inculpabilidad.

Por otro lado, por lo que hace al temor fundado puede considerarse también como causa de no exigibilidad de otra conducta. Encuentra plena aplicación al respecto la tesis relacionada a la jurisprudencia número 1154, consultable en la página 1860 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988. Segunda Parte, Salas y Tesis, cuyo rubro es **MIEDO GRAVE Y TEMOR FUNDADO. NATURALEZA.**, que en su parte conducente dice:



"En cuanto al temor fundado, es de afirmarse que se fundamenta en la coacción moral ejercida sobre el sujeto, mediante la amenaza de un peligro real, grave e inminente, operando el principio de que el violentado no obra, sino quien lo violenta, pues la voluntad viciada que impulsa al sujeto a la comisión del hecho, como consecuencia del mal que amenaza, hace desaparecer la culpabilidad del autor. Se trata, pues, de una auténtica "no exigibilidad", cuya operancia reconoce el derecho positivo, partiendo de la base de que el sujeto no puede imponérsele el deber de su propio sacrificio".

De manera que, en el ejemplo anterior, el sujeto que se presenta ante el juez, está fuertemente armado, además, con el arma apunta en la cien de aquél y le prohíbe que firme el auto de formal prisión de un tercero; en tales condiciones, el funcionario encargado de la administración de justicia, no emite el auto de término constitucional. En el presente caso el juez no dictó el auto de formal prisión puesto que existía temor fundado de que pudiera perder la vida si no se hubiera sometido a la voluntad del agresor, por lo que la norma no le puede exigir un comportamiento diferente al que realizó. La diferencia entre el miedo grave y el temor fundado estriba en que, mientras que el primero se funda en la amenaza de un mal grave que realmente existe o se finge en la imaginación, el segundo deriva también de un mal grave e inminente que realmente existe, esto es, en el miedo grave puede fingirse el mal en la imaginación del sujeto y en el temor fundado no.

Respecto del estado de necesidad exculpante se expresan las siguientes palabras: "este estado de necesidad se da cuando la vida y la integridad corporal del autor o de un pariente caen, sin culpa por parte de ellos, en peligro, y el autor solo puede salvarlos

mediante la lesión de intereses protegidos penalmente, sin que su acción pueda ser justificada de acuerdo al principio jurídico penal del medio adecuado para un fin reconocido" (175). Tal peligro debe ser actual, el mismo autor nos señala qué debe entenderse por actual al decir: "es actual cuando se teme que la defensa llegaría muy tarde sino se actúa de inmediato"; la acción debe realizarse bajo la presión del peligro; respecto de las consecuencias jurídicas debe existir proporcionalidad entre la gravedad de la lesión corporal inminente y la gravedad del injusto ejecutado para evitarlo; operará el estado de necesidad siempre y cuando no se realice con el fin de no dar cumplimiento a la ejecución de una sentencia. La diferencia entre el estado de necesidad exculpante y el estado de necesidad como causa de justificación, es que en el primero, los bienes en peligro deben ser de igual valía y en el segundo, el bien lesionado debe ser de menor valía que el salvaguardado.

Si el juez debe dictar el auto de formal prisión de dos detenidos, cuyo término se vence en el mismo instante, pero en atención a lo voluminoso de ambos expedientes, dicho juzgador decide únicamente decretar la formal prisión de uno de ellos, pues de no hacerlo así, es decir, de dedicarse a uno sólo de ellos, no tendrá tiempo suficiente para resolver ambos, en tal caso los bienes en peligro son de igual valor, por lo que existirá estado de necesidad exculpante.

---

( 175 ) Welzel, Hans, Op. cit., p. 210.

Hicimos mención también al exceso de legítima defensa, que se presenta cuando efectivamente se repela la agresión real, actual o inminente, y sin derecho, es decir, cuando concurren los elementos de esa causa de licitud, pero que los medios empleados para aquel fin (repeler la agresión) no van de acuerdo con la gravedad de esa agresión, esto es, como lo señala el Código Penal, no exista racionalidad de los medios empleados. Por ejemplo no existirá racionalidad de éstos cuando el dueño de la casa toma una pistola para alejar a un niño que se introdujo a robar una fruta del jardín, pues en tal caso no se estará actuando bajo una legítima defensa.

Para la existencia de esta forma de no exigibilidad de otra conducta, es necesario además, que se hayan rebasado los límites de la legítima defensa, *por turbación, miedo o terror*, es decir, que por estas causas el sujeto crea necesario utilizar determinados medios para lograr su bienestar. así, en el ejemplo anterior, el morador de la casa toma la pistola porque al mirar hacia el jardín entre la obscuridad le pareció ver que eran varios los sujetos, cuando en realidad era el niño y algún perro que andaba por ahí.

En consecuencia, toda vez que dejamos apuntado anteriormente que en la caso a estudio, la causa de licitud de la legítima defensa no se presentaba, lógicamente, no puede haber tampoco un

exceso en ésta, así, no opera en nuestro delito el exceso de legítima defensa como no exigibilidad de obediencia al Derecho.

Un último ejemplo que daremos de no exigibilidad de obediencia al Derecho, es aquel que se refiere a la orden no obligatoria que tiene determinadas personas por razón del cargo que ocupan, y por lo tanto será causa de exculpación *"cuando el subordinado creyó que era obligatoria y no era suficientemente reconocible para él su no obligatoriedad"* (176). Está dirigida esa excusa principalmente para los integrantes del ejército por razón de la obediencia jerárquica que se deben, por lo que en el delito que nos atañe es inoperante, ya que no puede excusarse al juez que no emitió la resolución a que legalmente está obligado, si alega no haberlo hecho como cumplimiento a la orden que su superior le impuso.

#### **VII. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO**

*"Por regla general, los tres elementos del delito: tipo, antijuridicidad y culpabilidad dan lugar sin más a la punibilidad. En algunas disposiciones, no obstante, la punibilidad depende de condiciones ulteriores radicadas fuera de los elementos del delito"* (177).

---

( 176 ) Ibidem., p. 126.

( 177 ) Idem., p. 70.

Son "aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación" (178).

Las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias que no forman parte del injusto o de la culpabilidad, pero que condicionan en algunos delitos la imposición de la pena a su autor; verbigracia, el artículo 195 del Código Penal, en su segundo párrafo contiene una condición objetiva de penalidad en su parte conducente que es del tenor literal siguiente: "No se procederá en contra de quien, no siendo farmacodependiente se le encuentre en posesión de alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, por una sola vez y en cantidad tal que pueda presumirse que está destinada a su consumo".

"No dictar auto de formal prisión o de libertad de un detenido, dentro de las setenta y dos horas siguientes a que lo pongan a su disposición, a no ser que el inculpado haya solicitado ampliación del plazo, caso en el cual se estará al nuevo plazo". De la transcripción del tipo que en esta obra estudiamos, no se advierte en ninguna de sus partes, la exigencia de que se cumpla con alguna condición objetiva para imponer la pena que corresponde al autor, esto es, que nuestro delito no exige la existencia de alguna de éstas.

---

( 178 ) Castellanos Tena, Fernando, Op. cit., p. 278.

Por otra parte, la ausencia de esas condiciones objetivas de punibilidad se presentará cuando a pesar de que el tipo concreto las requiere, no concurren. Así que, el delito en análisis no requiere de las condiciones objetivas de punibilidad según los dejamos asentado anteriormente, luego entonces, tampoco podrá existir ausencia de ellas.

#### **VIII. PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS**

Refiriéndose a la punibilidad el español Muñoz Conde manifiesta que es: *"la creación de una nueva categoría en la teoría general del delito... es la última categoría del delito que, a diferencia de las anteriores (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), no siempre tiene que existir, pero que el legislador por razones utilitarias (diversas en cada caso) puede exigir para fundamentar o excluir la imposición de una pena"* (179).

Bacigalupo por su parte se expresa de la punibilidad en el sentido de ser *"una amenaza penal para la realización del hecho"* (180).

Punibilidad es pues, como lo externa el maestro Castellanos Tena: *"el merecimiento de una pena en función de la realización de*

---

( 179 ) Muñoz Conde, Francisco, Op. cit., p. 172.

( 180 ) Bacigalupo, Enrique, Op. cit., p. 153.

cierta conducta" (181), claro es, de cierta conducta delictiva.

Ahora bien, punibilidad y pena en estricto sentido no son la misma cosa, la pena podemos decir que es instrumento de aquélla. La pena es a juicio del tratadista Mezger *"imposición de un mal proporcionado al hecho... una retribución por el mal que ha sido cometido"* (182); con referencia a ésta, extenso y polémico es lo escrito y todo vez que tal entidad jurídica no es objeto de estudio en este trabajo, no entraremos en el análisis de esa cuestión, sino exclusivamente señalaremos cual es la pena correspondiente al autor del delito que estudiamos.

En efecto, la punibilidad en relación al delito contra la administración de justicia en comento, está prevista en el propio artículo 225, fracción XXVI, párrafo cuarto del Código Penal Federal, que es del tenor literal siguiente: "a quien cometa los delitos previstos en la fracciones IV, V, VI, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, **XVII**, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIII, se les impondrá pena de prisión de dos a ocho años y de doscientos a cuatrocientos días multa".

El último párrafo de la misma fracción, señala: "En todos los delitos previstos en este capítulo, además de la pena de prisión correspondiente, el agente será privado de su cargo e inhabilitado

( 181 ) Castellanos Tena, Fernando, Op. cit., p. 275.

( 182 ) Mezger, Edmundo, Op. cit., p. 353.

para el desempeño de uno nuevo, por el lapso de uno a diez años".

A nuestro juicio creemos que es adecuada la sanción que se impone al funcionario público encargado de la administración de justicia, que no dicta cualquiera de los susodichos autos de término constitucional, y más aun acertado privarlo de su cargo e inhabilitarlo para el desempeño de otro (aunque no sea de la misma especie), pues no nos cansaremos en decir que tal funcionario conoce bien estas cuestiones, y si por negligencia no es así, no es obstáculo para ser penado, esto en virtud de que aceptó el cargo no obstante estar consciente de que no conoce la materia, aunado a que la impartición de justicia tan importante para la vida en sociedad no puede estar condicionada a la voluntad o negligencia de tales sujetos.

Cuestión aparte son las excusas absolutorias como aspecto negativo de la punibilidad, éstas tiene el poder de excluir la punibilidad que corresponde al autor del hecho criminoso, por razón y motivos especiales de política criminal. Cada tipo en particular las prevé aunque son pocos los tipos que contemplan una excusa absolutoria.

*"Las excusas absolutorias son circunstancias que se presentan solamente después de la comisión de un hecho punible y que suprimen*



en forma retroactiva la punibilidad ya fundamentada" (183).

Jescheck las denomina de diversa forma pero con la misma significación, son estas sus palabras: "*Las causas personales de levantamiento de la pena son circunstancias que no se producen hasta después de la comisión de la acción punible y que eliminan con carácter retroactivo la punibilidad ya surgida*" (184).

Un último concepto que citaremos nos lo proporciona el tratadista Jiménez de Asúa: "*son causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna, por razones de utilidad pública*" (185). En esencia, este autor al igual que los anteriores, coincide en que las excusas absolutorias se presentan con posterioridad al hecho punible con el objeto de eximir de la punibilidad al autor de aquél.

Serán excusas absolutorias como lo hemos manifestado las que cada tipo en particular contemple, y especialmente se ha considerado doctrinariamente como ejemplos comunes de éstas, el desistimiento de la tentativa, así como la excusa en razón de la mínima temibilidad, la excusa en razón de la maternidad consciente, excusas por graves consecuencias sufridas, entre otras, estando

---

( 183 ) Wessels, Johannes, Op. cit., p. 143.

( 184 ) Jescheck, Hans, Op. cit., p. 758.

( 185 ) Jiménez de Asúa, Luis, La Ley y el Delito, p. 433.

previstas estas tres últimas por nuestra legislación Penal Federal.

El tipo que analizamos en el presente trabajo de investigación, no prevé alguna excusa absolutoria por lo que cuando el juez actuó típicamente, sin que existiera alguna causa de licitud y además en forma culpable, será irremisiblemente acreedor a una pena.

**C A P I T U L O    T E R C E R O**  
**FORMAS DE APARICION DEL DELITO**

**I. ITER CRIMINIS**

Resulta incuestionable el hecho de que todos los delitos de comisión dolosa, tienen que pasar por diferentes etapas, que van desde el momento en que el autor del hecho criminoso concibe la idea de delinquir hasta aquél en que obtiene (no en todo caso como lo veremos posteriormente) el resultado querido en virtud de haber dirigido su voluntad final a la consecución de éste. Todo este proceso de la ideación, deliberación resolución, resolución manifestada y la ejecución por los que atraviesa el hecho doloso, son los que le dan vida, de tal manera que, precisamente, se ha optado por llamarle al conjunto de estos momentos, "la vida del delito" o "iter criminis".

**A. FASE INTERNA**

El iter criminis se ha dividido según la naturaleza de sus momentos, en dos grandes esferas, la primera es la fase interna o subjetiva y la segunda, como fase externa.

La fase interna o subjetiva esta configurada por la ideación, deliberación y resolución (resolución de delinquir); como se

observa todas estas etapas son propias de la mente del hombre, es decir, son de naturaleza subjetiva, y según rige en Derecho las ideas o pensamiento no pueden ni deben ser sancionadas mientras queden en eso, en simples ideas. Coincidimos con el pensamiento del tratadista Eugenio Cuello Calón quien sobre el tema se expresa así: *"los actos internos están fuera del campo del Derecho Penal, pues todo cuanto no sale de la intimidad del individuo no tiene trascendencia jurídica; las ideas más depravadas, las voliciones más criminales, son impunes"* (1).

### **1. IDEACION**

El origen del delito doloso, es el momento en que el sujeto concibe la idea de delinquir, este es el primer momento del iter criminis, la etapa de ideación, cuando el agente del delito solamente forma en su mente la idea de la conducta delictuosa, no importando cuál sea el móvil que lo condujo a pensar de tal forma.

*"Ideación. Se trata de un proceso interno en el que el autor elabora el plan del delito y propone los fines que serán meta de su acción"* (2).

---

( 1 ) Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, Tomo I, Décimo Octava Edición, Editorial BOSCH, Barcelona, 1981, p. 641.

( 2 ) Bacigalupo, Enrique, Op. cit., p. 163.

Cuando el juez obligado a dictar el auto de formal prisión o en su caso el auto de libertad por falta de elementos para procesar dentro del término que la Constitución Federal y la ley ordinaria le concede, y mentalmente piensa en no emitir la resolución correspondiente, sin duda que atraviesa por el primer momento de esta fase. El momento de la ideación es de existencia efímera porque tan luego se tiene la idea, inmediatamente se presenta el segundo instante.

## **2. DELIBERACION**

Seguido del pensamiento del hecho criminal surge el momento de la deliberación, en el que la persona principalmente se cuestiona si comete el delito o no: esta etapa es de análisis, el autor se representa y estudia los pros y contras de su plan, los perjuicios y/o beneficios que por su actuar omisivo pudiere resentir, de tal forma que en nuestro caso el juez en materia penal, mantiene un enfrentamiento de ideas puesto que conoce los muchos perjuicios que, de actuar en ese sentido, ha de padecer.

## **3. RESOLUCION**

Finalmente, cuando da respuesta a sus interrogantes se sitúa en el tercer y último momento de la fase subjetiva. En este instante, debe resolver si delinque o no, si opta por lo segundo

hasta ahí habría llegado el proceso, no existiendo delito alguno puesto que no concurrieron en su totalidad las etapas que dan el ser de aquél, todo queda en la mente del sujeto; así que, si el encargado de la impartición de justicia no desea cometer el delito previsto en la fracción XVII, del artículo 225 del Código Penal, deberá dentro del término ya conocido, emitir el auto de término constitucional que fuere procedente; por el contrario si decide continuar con su plan dará lugar a la fase externa, pero mientras no inicie ésta, todo será también una simple idea impune.

## **B. FASE EXTERNA**

Cuando el autor persiste en cometer el delito, dirige su actuar de acuerdo con su voluntad final a la consecución del resultado que quiere, utilizando los medios que a su juicio son idóneos para tal objetivo, estos son los momentos que componen la fase externa del iter criminis, esto es, la resolución manifestada, los medios preparatorios y la ejecución que a su vez puede presentarse mediante la consumación del hecho o quedar en tentativa del mismo.

### **1. RESOLUCION MANIFESTADA**

Favón Vasconcelos y Jiménez de Asúa, argumentan que la resolución manifestada es momento seguido de la resolución de

delinquir, y que no forma parte de la fase externa del iter criminis, sino que se sitúa entre la interna y la externa en virtud de que no constituye una actividad material sino meramente verbal; sin embargo, nosotros nos unimos al pensamiento del maestro Celestino Forte Petit quien sobre este punto en controversia señala lo siguiente: *"a juicio nuestro no deja de ser una fase externa tomando en consideración que <<externo>>, es lo que <<obra o se manifiesta al exterior>>, sea en forma verbal o material"* (3).

En efecto, si bien es cierto que es verbal la forma en que se manifiesta esta clase de resolución, no lo es menos que ya no se sitúa en el intelecto del agente sino que éste lo hace externo, lo traslada al mundo de los sentidos; una vez que deja de ser tan solo idea como momento de la fase subjetiva y es transferible al mundo perceptible, pasa a formar parte del mismo; a mayor abundamiento, esa simple resolución verbal puede ser motivo de un cambio en el mundo exterior, por ejemplo, A le comenta a B que va a matar a C, con la aclaración de que no tiene el propósito de conseguir que B intervenga en tal hecho sino simplemente a manera de comentario, así, posteriormente y antes de llegar al momento de los medios preparatorios, A se desiste en continuar con su idea, enterándose tiempo después que B mató a C; indudablemente que en el caso concreto, esa simple manifestación verbal de A influyó (remarcando, sin que en realidad fuese ese el fin) en el ánimo de B quien ya por

---

( 3 ) Forte Petit, Candaudap C., Programa de Derecho Penal, Tercera Edición, Editorial Trillas, México, 1990, p. 744.

voluntad propia consumó el hecho, hecho que tal vez no se hubiere presentado de haberse abstenido el primer sujeto de comentar su idea; consecuentemente, creemos pertinente situar la resolución manifestada, en la fase externa del iter criminis.

Lo que si admitimos, es que no en todos los casos puede presentarse este momento, pues el sujeto puede resolver cometer el hecho criminal e inmediatamente preparar los elementos que utilizará para tal fin, sin haberlo comunicado a alguien, así, en nuestro tipo en cuestión, el juez penal puede no comentar a nadie su propósito, pero podrá advertirse éste si a unos cuantos minutos de que se venza el término legal para dictar el auto de formal prisión o el de libertad de un detenido, no se aprecie la voluntad del referido funcionario de querer realizar tal acción.

## **2. MEDIOS PREPARATORIOS**

*"Como tales se ha considerado todo aquello que organiza los preliminares indispensables, aprestando los instrumentos con que ha de ejecutarse el acto delictuoso y reuniendo las informaciones que facilitan la realización de lo que se ha proyectado, pero sin llegar a la conducta misma que se considera constitutiva del tipo delictuoso" (4).*

---

( 4 ) Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 1990, p. 454.



El momento de los actos preparatorios debe traducirse como "*el alistamiento de los medios para cometer el delito*" (5).

Es el momento en que el sujeto comienza a allegarse los elementos que a su consideración son suficientes e idóneos para realizar el hecho de donde se derivará el resultado que desde un principio se representó y quiere. Generalmente, salvo muy aisladas ocasiones que la propia ley determina, los actos preparatorios no son punibles, es decir que desde la ideación de la fase subjetiva hasta los actos preparatorios, son irrelevantes para el Derecho Penal, estos últimos, se han considerado como equívocos puesto que no proporcionan de manera cierta la voluntad delictiva del agente, así nos lo enseña Cuello Calón al expresarse: "*la preparación del delito no es punible porque los hechos preparatorios son equívocos, no revelan de modo claro y preciso la intención de cometer un delito - además agrega - en la preparación no hay todavía un principio de violación de la norma penal relativa al delito que se quiere cometer*" (6).

Para aclarar la idea de que la mayoría de los actos preparatorios son equívocos existen multitud de ejemplos, como el del sujeto que compra una pistola y que con tal conducta no se

---

( 5 ) Romero Soto, Luis E., Derecho Penal, Vol. II, Editorial Temis, Bogotá, 1969, p. 284.

( 6 ) Cuello Calón, Eugenio, Op. cit., p. 641 y 642.

aprecia en forma cierta que quiera cometer homicidio o lesiones, o simplemente tenga como finalidad la defensa o seguridad personal; el que compra ganzúas para abrir puertas y cajas no significa forzosamente que quiere perpetrar el delito de robo.

En nuestro delito contra la administración de justicia que es objeto de estudio en la presente obra, los actos preparatorios son muy difíciles de determinar ya que por ser de conducta omisiva en el que tan solo es necesario dejar transcurrir el tiempo sin realizar la conducta ordenada por la norma para que quede tipificada, el juez no necesita de determinados medios materiales para la comisión del hecho, únicamente, si acaso, inventará algún pretexto a fin de no verse obligado a emitir el auto de formal prisión o el de libertad del preso.

### **3. EJECUCION**

La última etapa o momento de la vida del delito o camino por el que debe pasar, es el de ejecución o actos ejecutivos. A diferencia de los otros momentos del iter criminis, los actos de ejecución son punibles por ser unívocos e idóneos. *"Son unívocos aquellos que solo pueden conducir al delito, a diferencia de los equivocados, que pueden conducir a éste o a un hecho indiferente para el Derecho Penal... los unívocos son ejecutivos siempre que, además, sean aptos, por su naturaleza, para conducir al resultado*

criminosos, esto es, tengan idoneidad suficiente para poder llegar a ese fin" (7).

La ejecución es al parecer de Bacigalupo "la utilización concreta de los medios elegidos en la realización del plan" (8).

Los actos de ejecución pueden desembocar en tentativa en cualquiera de sus formas o en la consumación del hecho delictuoso. De éstos nos hemos de referir a continuación.

#### **a. TENTATIVA**

Hablar de tentativa es referirse a una etapa del iter criminis, no como una figura independiente sino siempre al lado de determinado tipo penal, esto es, no existe el delito de tentativa por sí sólo, sino por ejemplo, homicidio en grado de tentativa. La tentativa es una forma en que puede terminar el recorrido o vida del delito, es decir, la ideación, deliberación, resolución, resolución manifestada y medios preparatorios pueden ir apareciendo y terminar en tentativa del delito en particular, donde no se obtiene el resultado que desde el primer momento (ideación), el sujeto se representó y quiso.

La tentativa es el resultado de los actos de ejecución,

( 7 ) Romero Soto, Luis E., Op. cit., p. 286.

( 8 ) Bacigalupo, Enrique, Op. cit., p. 163.

dirigidos a la consecución del fin planeado, por lo que la idea que tuvo su origen en la mente del autor, cuando culmina en tentativa es esa misma idea sólo que materializada. (aunque no se obtuvo el resultado deseado) perceptible en el mundo exterior, así que, la idea exteriorizada mediante actos ya es punible.

Esta entidad jurídica es conceptualizada doctrinariamente por muchos autores, así pues, únicamente mencionaremos algunos de ellos.

Para el alemán Welzel es *"la realización de la decisión de llevar a efecto un crimen o simple delito"* (9).

Bacigalupo la explica con las siguientes palabras: *"hay tentativa cuando el autor con el fin de cometer un delito determinado, comienza su ejecución, pero no la consuma por circunstancias ajenas a su voluntad"* (10).

Otro concepto que daremos, es el que nos proporciona Villalobos al manifestarse en el sentido de que: *"considerando que todo acto externo que se encamine a la realización de un tipo penal puede llamarse tentativa... si este no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente"* (11).

---

( 9 ) Welzel, Hans, Op. cit., p. 224.

( 10 ) Bacigalupo, Enrique, Op. cit., p. 165.

( 11 ) Villalobos, Ignacio, Op. cit., p. 456.

Asimismo, el artículo 12 de nuestra legislación penal dice que habrá tentativa punible "cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente".

En efecto, nuestra legislación Penal Federal contempla dos clases de tentativa, la acabada e inacabada, pero, doctrinariamente, existe también la tentativa inidónea o delito imposible. La tentativa acabada da lugar al arrepentimiento y la inacabada al desistimiento, así que, hemos de comentarlo enseguida.

Tentativa acabada o delito frustrado como también se le conoce, es cuando "*el agente ejecuta todos los actos propios y característicos del delito de modo que éste queda materialmente ejecutado, pero sin que el resultado responda a la intención de aquél por causas independientes de su voluntad*" (12). Este tipo de tentativa la prevé el transcrito artículo 12.

Respecto de lo dicho sobre la tentativa acabada o también conocida como delito frustrado, aplicada al delito que en este trabajo de investigación es sujeto a estudio, debemos decir que, en virtud de que la referida figura delictiva, como los hemos

---

( 12 ) Cuello Calón, Eugenio, Op. cit., p. 644.

dejado asentado anteriormente no es de resultado material, consecuentemente, este tipo de tentativa no puede presentarse en el caso, ya que desde el instante en que el juzgador no emite el auto de término constitucional, automáticamente está lesionando los bienes jurídicos que la norma penal protege.

La segunda clase de tentativa es la inacabada, en la que al autor le hace falta realizar un acto de ejecución y en consecuencia el resultado no se presenta tampoco, por causas ajenas a su voluntad. *"La tentativa es inacabada, cuando según el plan del autor el resultado debe alcanzarse por varios hechos sucesivos y en el momento en que se le consideró, restan todavía actos necesarios para que pueda producir el resultado"* (13). También la prevé el citado artículo 12 del Código Penal.

Aplicada a nuestro delito, creemos que esta clase de tentativa puede presentarse en el caso de que el juez obligado a emitir las multicitadas resoluciones, con el fin de no hacer lo anterior, se marcha del lugar en que se encuentra el detenido, y faltando media hora para que se venza el término, es interceptado por su superior jerárquico que le pregunta si ya resolvió la situación jurídica del preso, a lo que aquél le contesta que no, por lo que es obligado a que regrese al local del juzgado y emita tal resolución, en tal hipótesis, no se consuma el delito, por causas ajenas a la voluntad del agente.

---

( 13 ) Bacigalupo, Enrique, Op. cit., p. 175.

Por otra parte, concurrirá el tercer tipo de tentativa, llamada imposible o delito imposible, cuando el acto de ejecución carezca de idoneidad para consumar el delito, esto significa que, cuando los medios empleados para tal fin sean inadecuados (ejemplo, desear matar a una persona sin saber que el arma está descargada), o cuando haya ausencia de objeto material (cuando el sujeto quiere matar a la persona, sin saber que en realidad ya está muerta). Podría presentarse en el caso de que el juez penal no dictara el auto de formal prisión del preso que está a su disposición con el objeto de que sea liberado sin saber que tal individuo se fugó de la cárcel, en tal caso habría tentativa imposible por falta de objeto material. Esta clase de tentativa no la regula nuestra legislación punitiva.

Renjones anteriores, dijimos que la tentativa acabada denominada también delito frustrado da lugar al arrepentimiento, éste consiste en que el autor del hecho, una vez que realiza el acto ejecutivo que producirá el resultado, se arrepiente de su acción y por los medios necesarios trata de evitar que se produzca aquél, si consigue eso (que no se produzca el resultado) habrá sido un arrepentimiento eficaz y por lo tanto no se le aplicará al autor sanción alguna, por el contrario, si no evita el resultado, su arrepentimiento será ineficaz y será castigado el agente con la penalidad del delito consumado. Verbigracia, si una persona, después de haber envenenado a su presunta víctima, se arrepiente y

deseando evitar el total desenlace le hace ingerir un contraveneno, además llama al médico quien le procura la atención debida, y la víctima no muere, tal resultado (la no muerte) fue gracias a la propia y espontánea voluntad del agresor (arrepentimiento eficaz).

*"El arrepentimiento activo o eficaz, es la actividad voluntaria realizada por el autor, para impedir la consumación del delito, una vez agotado el proceso ejecutivo capaz, por sí mismo, de lograr dicho resultado" (14).*

En forma similar lo define Jiménez Huerta al decir que: *"El arrepentimiento es voluntario cuando el agente, después de haber realizado todos los actos que debieron producir la consumación del delito impide por actos propios o ajenos impulsados por él, la producción del resultado típico" (15).*

En consecuencia, para que el arrepentimiento sea eficaz se requiere la voluntariedad o como nuestra legislación penal lo señala, que sea espontáneo (términos a nuestro parecer que significan lo mismo), esto es que en la voluntad del agente no influyan causas externas a él; asimismo, es necesario que por propios actos del agente se evite el resultado, concurriendo los anteriores elementos, tales actos ejecutivos serán impunes.

---

( 14 ) Pavón Vasconcelos, Francisco, Op. cit., p. 121.

( 15 ) Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 1980, p. 392.



En tales condiciones, y como consecuencia de lo apuntado con anterioridad, es decir, que no se presenta en nuestro caso esta clase de tentativa, luego entonces no da lugar a que se presente un arrepentimiento por parte del autor de la omisión, pues una vez que finalizó el término de las setenta y dos horas y el juzgador no emitió la resolución que procedía, habrá quedado consumado el delito y de ninguna forma podrá hechar marcha atrás.

Por otro lado, el autor del hecho podrá desistirse de continuar con su plan siempre y cuando no haya realizado aún todos los actos necesarios para que se produzca el resultado, esto es, cuando haya tentativa inacabada.

Jescheck señala que el *"desistimiento de la tentativa inacabada exige que el autor abandone voluntariamente la posterior ejecución del hecho en un momento en el que todavía cree que no ha hecho todo lo que tenía que hacer para consumir el delito"* (16).

Así, al igual que el arrepentimiento, el desistimiento de la tentativa inacabada requiere que el autor por su propia y espontánea voluntad abandone la posterior ejecución del hecho en el momento en que conforme a su plan considera que no ha realizado todos los actos ejecutivos que producirán el resultado y por tanto no se consumará el delito.

---

( 16 ) Jescheck, Hans, Op. cit., p. 742.

De lo anterior se advierten dos momentos: uno subjetivo que radica según Jescheck "en la voluntariedad del abandono de la decisión de cometer el delito. Voluntariedad significa que el desistimiento no ha sido motivado por obstáculos forzosos, sino que ha surgido de motivos autónomos" (17); el segundo momento es el objetivo que "consiste solo en que el autor no continúe actuando. Pero debe tenerse en cuenta que debe haber abandonado su propósito definitivamente, ya que de lo contrario no merecería la impunidad" (18).

Consecuentemente, si se presenta en el delito contra la administración de justicia que analizamos, la tentativa inacabada también podrá existir desistimiento de ésta, en el caso de que el juez no haya emitido el auto de término dentro de las 72 horas, desistiéndose de su conducta, dictando y notificando dentro de las siguientes tres tal resolución.

#### **b. CONSUMACION**

La consumación del delito constituye el último momento de la fase externa del iter criminis. Consumación es la plena integración de los elementos del tipo como lo explica el autor en cita "la

---

( 17 ) Ibid.

( 18 ) Ibidem.

consumación no depende de si el autor ha conseguido su meta, sino que se produce en el momento en que se realizan todos los elementos del tipo" (19). Este es el concepto formal de la consumación.

Existe también un concepto de consumación material "en la que el autor no solo realiza todos los elementos típicos, sino que, además, consigue satisfacer la intención que perseguía: heredar al pariente que mató, lucrarse con el delito patrimonial cometido, etc." (20).

La primer forma de consumación, esto es, la formal no implica que el autor haya logrado ya la finalidad que se proponía es hasta el agotamiento (consumación material según Zaffaroni) cuando obtiene lo que realmente quería.

Respecto de la consumación formal, ésta se produce generalmente al momento de la producción del resultado lesivo, pero según el tipo concreto la consumación puede producirse anticipadamente, como por ejemplo, los delitos de peligro en los que no es necesario que se lesione el bien jurídico protegido para que se tenga por consumado el delito, basta con la puesta en peligro, en tales casos la ley trata de evitar precisamente que se produzca un resultado lesivo.

( 19 ) Idem., p. 705.

( 20 ) Muñoz Conde, Francisco, Op. cit., p. 181.

Indudablemente que en el delito de que es objeto de estudio en el presente trabajo de investigación, se presentan ambas formas de consumación; la primera cuando el juez no dicta el auto de formal prisión o el de libertad de un detenido dentro de las setenta y dos horas siguientes a que lo han puesto a su disposición, en este caso se habrán integrado todos los elementos típicos del delito; la segunda, la material cuando por no haber decretado la formal prisión del preso, éste obtiene su libertad, circunstancia ésta, que pudo haber sido motivo para que el Juez no realizara la conducta esperada y que podía ejecutar.

## **II. CONCURSO DE PERSONAS EN EL DELITO**

En la realización del delito pueden participar uno o más individuos, actuando cada quien de diferente manera, esto es con diferentes grados de participación y en determinado caso con una idéntica forma de participación.

Hay participación *strictu sensu* y *latus sensu*. En esa pluralidad de personas que intervienen en la comisión del hecho típico, unos lo hacen como autores, otros como instigadores y algunos mas como cómplices, se habla entonces en este caso de participación en sentido amplio. En cambio, será en estricto sentido, cuando se comprende solo al instigador y al cómplice. Artículo 13 del Código Penal.

Dentro de la participación en amplio sentido o general, están incluidos los autores y los partícipes, estos últimos pueden ser como dijimos anteriormente instigador y/o cómplice, por su parte la autoría puede ser inmediata, mediata y coautoría, de lo que nos referiremos a continuación.

#### **A. AUTORIA**

Hemos apuntado hasta este momento que la autoría puede ser de dos clases autoría inmediata, mediata y coautoría.

También ha quedado precisado, cuando hablamos del sujeto activo como elemento del tipo objetivo del injusto, que autor es aquella persona que ejecuta una conducta típica, antijurídica y culpable, por lo que no hay nada más que agregar por no ser específicamente objeto de estudio en este trabajo, de tal manera que nos hemos de ocupar únicamente de los tipos de autoría mencionados.

La autoría inmediata o directa. Muñoz Conde nos da el concepto de autor directo al manifestar: *"autor directo es el que realiza personalmente el delito, es decir, el que de un modo directo y personal realiza el hecho"* (21).

---

( 21 ) Ibidem., p. 201.

Ahora bien, es menester que el autor tenga el dominio del hecho; es decir que éste tenga en sus manos la posibilidad de actuar o dejar de actuar voluntariamente. Welzel señala que *"es autor solamente aquél que mediante una conducción, consciente del fin del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo"* (22).

Es preciso además que el autor tenga el conocimiento de que posee ese dominio del hecho, y en base a ese conocimiento decida cometer el delito.

Por otra parte, algunos tipos penales requieren del autor determinados elementos subjetivos, como por ejemplo, el artículo 164 del Código Penal requiere para que exista asociación delictuosa el propósito de delinquir; otros, ordenan una calidad en el sujeto de la acción, o bien que se ejecute ésta en forma personal, por ejemplo el delito que estudiamos requiere que el autor del hecho sea el funcionario público encargado de la impartición de justicia, otro caso lo proporciona el artículo 272 del ordenamiento invocado en el que se solicita la calidad de ascendientes o descendientes, por lo que en el incesto solo esas personas podrán ejecutar la acción. En tales casos, deben concurrir estas circunstancias además del dominio del hecho para que el sujeto sea considerado como autor directo.

---

( 22 ) Welzel, Hans. Op. cit., p. 119.

El artículo 13, fracción II de nuestra legislación Penal Federal se refiere al autor inmediato o autor material del delito al señalar: "los que lo realicen por sí", advirtiéndose de tal enunciado que el autor debe tener el dominio del hecho.

Lo manifestado anteriormente nos permite inferir que, en el delito contra la administración de justicia a que hemos venido haciendo referencia, puede cometerse mediante una autoría mediata o directa, cuando el Juez no emite el auto de formal prisión del detenido, no obstante que contaba con todos los elementos para hacerlo, es decir, será autor directo cuando no quiera resolver la situación jurídica del inculcado y no lo haga.

La autoría mediata es similar a la inmediata, por los siguientes motivos:

Primero, Jescheck nos da un concepto al declarar: "*es autor mediato quien realiza el tipo penal sirviéndose, para la ejecución de la acción típica, de otra persona como <<instrumento>>*" (23).

En igualdad de condiciones, se expresa del autor mediato Bacigalupo pues dice: "*autor mediato es el que dominando el hecho y poseyendo las demás características especiales de la autoría, se sirve de otra persona (instrumento) para la ejecución de la acción típica*" (24).

( 23 ) Jescheck, Hans, Op. cit., p. 919.

( 24 ) Bacigalupo, Enrique, Op. cit., p. 189.

De lo dicho por tales autores se pone de manifiesto que el autor mediato debe tener las mismas características del autor directo, esto es, poseer el dominio del hecho, o sea, que teniendo en sus manos la consumación o no del delito, opta por hacerlo; además deberá contar con los elementos subjetivos y objetivos según el tipo concreto se los requiera lo que diferencia al autor inmediato del mediato es que éste, no obstante ser el señor del acontecer del suceso típico no lo realiza por sí, es decir, no es ejecutada materialmente la acción por él, sino que se sirve de otro u otros como instrumentos para la ejecución sin que éstos últimos sean responsables por haber actuado bajo un error de tipo o de prohibición, o por haber sido coaccionados, o bien por ser inimputables.

También es regulada por nuestro Código Penal, esta forma de autoría, al establecer la fracción IV del artículo en consulta: "Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro".

De tal modo que, que no existe forma alguna en que pueda operar la autoría mediata en el delito contra la administración que estudiamos, en virtud de que, ya sea el juez o el encargado del despacho por ministerio de ley, son los únicos que pueden cometer tal delito, es decir no puede valerse uno del otro.



Finalmente, el autor germano Welzel nos instruye al decir que:  
*"Coautor es quien en posesión de las cualidades personales de autor es portador de la decisión común respecto del hecho y en virtud de ello toma parte en la ejecución del delito"* (25).

De la misma manera que los anteriores grados o formas de autoría, el coautor necesita tener dominio del hecho; sin embargo, la coautoría presupone un acuerdo común del hecho así como una ejecución común del mismo.

Tener acuerdo común del hecho significa, que los coautores tengan al ánimo de que conjuntamente realizarán el hecho criminoso previamente planeado, esto es, que se dirigen a un mismo fin, aunque pueden ser que hasta el momento mismo de la ejecución surja tal acuerdo. Por ejemplo, en una banda de asaltantes que pretende robar en un banco, todos los integrantes de aquélla para ser considerados como coautores, deberán tener precisamente el ánimo de asaltar la institución bancaria.

Por otra parte, la ejecución común del hecho no significa necesariamente que todos los coautores realicen materialmente la acción típica, sino que basta conque cada coautor teniendo el dominio del hecho y previo acuerdo común de éste realice "la parte que le corresponda", esto significa que, no es forzoso para ser

---

( 25 ) Welzel, Hans, Op. cit., p. 129.

coautor estar siquiera en el lugar de los hechos, pues la coautoría se reduce a una "división de tareas", de esta forma lo manifiesta Sebastián Soler quien dice: *"de dos maneras puede un sujeto ser coautor de un delito: por una intervención igual a la de otros sujetos o por una división de funciones"* (26). De tal modo que en el ejemplo anterior será coautor del delito de robo, tanto el sujeto que amenaza con la pistola al cajero, como el que está esperando en el auto a los demás para huir, así como el que esta tomando el dinero, etc.

Con el mismo lineamiento se dirige nuestro Código Funitivo vigente, respecto de la coautoría puesto que la fracción III del artículo 13, pone de manifiesto que serán responsables del delito, los que lo realicen conjuntamente.

Por la razón apuntada anteriormente, o sea, que en un juzgado únicamente el juez o en su caso el encargado del despacho por ministerio de ley, deberán emitir el auto de término que corresponda al detenido, en forma separada, por lo que de cometerse el delito será por la omisión de uno o del otro, nunca de ambos, así que tampoco concurrirá la figura jurídica de la coautoría.

---

( 26 ) Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo II, Editorial Argentina, Sexta Edición, Buenos Aires, 1973, p. 252.

## **B. PARTICIPACION**

Dijimos que en la comisión de un delito pueden existir diferentes grados o formas de participación, esto es, que no en todo delito debe ser una sola persona la que realice todo el proceso (iter criminis) para la comisión del hecho típico, antijurídico y culpable, toda vez que existen aún, delitos en los que se requiere dos o más individuos para que se pueda configurar (delitos plurisubjetivos), asimismo, el Derecho Penal no se limita a castigar únicamente al autor del hecho, sino que se ocupa de toda persona que de alguna u otra manera contribuye a la realización de éste, es decir, al instigador y al cómplice como formas de participación.

Así, instigador será quien determina dolosamente a otro a cometer un injusto doloso; esto es, a realizar el hecho típico; *"instigar es crear en otro (autor) la decisión al hecho punible (dolo)"* (27).

Determinar es inducir o influir en la voluntad del instigado a la realización de la acción típica (el instigado debe tener el dominio del hecho y las cualidades objetivas o subjetivas que el tipo en concreto le requiera, o sea, deber ser autor) mediante cualquier medio, pero siempre el medio empleado debe ser

---

( 27 ) Bacigalupo, Enrique. Op. cit., p. 207.

determinante en la decisión del autor.

Esas formas de inducir son generalmente por mandato, orden, coacción, por consejo y por asociación. Carrara señala sobre tales medios de inducción señalando que concurrirán cuando: *"la nota característica de esta figuras, se reconoce con facilidad. Se contrae a la utilidad del delito. Si el que va a cometerse redunda en pro de quien concurre á él comunicando tan solo su voluntad al autor físico del mismo, tendremos la orden, la violencia o el mandato. Si la utilidad recae únicamente sobre el autor físico, aparece el consejo. Si la utilidad resultante es común, se da la sociedad"* (28).

De lo dicho anteriormente se desprende que el instigador debe actuar con dolo, además que la fracción V, del artículo 13 del Código Penal, también lo señala pues dice: "Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo", esto significa que, el instigador debe conocer los elementos del tipo objetivo del injusto (elemento cognocitivo) y además querer la realización del hecho (elemento volitivo), pero quien debe tener el dominio del hecho es como ya lo precisamos, el inducido.

Cuando el juez se presenta al juzgado, y comenta al secretario

---

( 28 ) Carrara, Francisco, Teoría de la Tentativa y de la Complicidad, Editorial F. Góngora y Compañía, Madrid, 1877, parágrafo 244, p. 183.

de acuerdos, encargado del despacho por ministerio de ley, que no dicte el auto de formal prisión de un detenido en virtud de que éste es familiar de un superior jerárquico de ambos, y que si no emite tal resolución logrará conseguir un ascenso; en tal supuesto está aconsejando en beneficio del secretario a que no dicte el auto de término, es decir, con tal conducta adquiere la calidad de instigador o inductor, teniendo el dominio del hecho el encargado del despacho pues él decidirá si comete el delito o no, que de hacerlo será autor del mismo.

La complicidad es otra forma de participar en la comisión de un hecho delictuoso.

Maurach, da un concepto de complicidad en los siguientes términos: "*complicidad es el auxilio doloso a un crimen o delito doloso, cometido por otro*" (29).

Por otra parte, Jescheck también habla de la complicidad aduciendo: "*es la cooperación dolosa con otro en la realización de un hecho antijurídico dolosamente cometido*" (30).

En efecto, se necesita para la complicidad prestar auxilio a

---

( 29 ) Maurach, Reinhart, Op. cit., p. 377.

( 30 ) Jescheck, Hans, Op. cit., p. 962.

otro en forma dolosa, para la comisión de un delito también de comisión dolosa, o para la realización de la acción típica. Ahora bien, debe existir además un nexo causal entre el hecho principal y la acción del cómplice.

La forma en que el cómplice puede auxiliar al autor, es de naturaleza física o moral. De naturaleza física será como en sentido literal se entiende, con ayuda material, por ejemplo, prestar al asesino la pistola para matar a una persona. Por otra parte, el auxilio moral es dar ánimo en la voluntad del autor para la perpetración del hecho, sobre tal punto Cuello Calón indica: *"consiste ora en el hecho de instruir al delincuente indicándole el modo y forma de ejecución del delito, ora en darle ánimos prometiéndole ayuda para su perpetración o para facilitar su impunidad"* (31).

A diferencia del autor, el cómplice, no cuenta con el dominio del hecho ni con la calidad o elemento subjetivo que el tipo específico le requiera en determinado caso, simplemente ayuda a aquél a continuar con su plan delictivo.

El cómplice debe saber que con su ayuda se facilitará la comisión de un hecho punible, debe saber concretamente cuál será el

---

( 31 ) Cuello Calón, Eugenio, Op. cit., p. 670.

hecho con el objeto de que esté en aptitud de ayudar al autor del mismo, lo que conlleva a afirmar que el cómplice al igual que el autor, desean la producción del resultado.

La figura del cómplice se encuentra regulada en el citado artículo 13 del Código Penal Federal, fracción VI, siendo estas sus notas: "Los que dolosamente presten ayuda a auxiliien a otro para su comisión".

La complicidad es la forma de participación que no concurre en ningún caso para la comisión del delito contra la administración de justicia que es motivo de estudio en este trabajo (artículo 225, fracción XVII C.P.), por el motivo de que nadie puede ayudar o auxiliar de alguna forma al juez para la comisión de dicho injusto, pues basta con la inactividad de dicho funcionario (no dictar el auto de formal prisión o de libertad de un detenido dentro del multicitado término) para que quede integrado el tipo penal.

### **III. CONCURSO DE DELITOS**

El último tema a tratar en esta obra, es éste, el concurso de delitos.

El concurso de delitos como su propio nombre lo indica, es la concurrencia de dos o más delitos, bien sea como consecuencia de una sola conducta del autor, o, mediante varias acciones típicas. A estas formas se les ha llamado legal y doctrinalmente, concurso ideal y concurso real. Como último punto, haremos alusión brevemente del delito continuado.

#### **A. IDEAL**

*"La unidad de acción con pluralidad de lesiones de la ley penal se denomina concurso ideal de delitos" (32).*

En ese mismo sentido se manifiesta nuestra legislación Penal Federal, pues la primera parte de su artículo 18 reza: "existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos".

Desentrañando los conceptos anteriores resulta, la existencia de una sola conducta, y como consecuencia de ella, la comisión de dos o más delitos.

Al hacerse mención de una sola conducta, nos estamos refiriendo a una unidad de acción; esta significa, una misma voluntad dirigida a la consecución de ciertos fines, quizás

---

( 32 ) Bacigalupo, Enrique, Op. cit., p. 243.



mediante, varios movimientos corporales que, debidamente entrelazados forman una cadena de sucesos que producirán varios resultados. Verbigracia, para privar de la vida a alguien, el autor requerirá primero, de sacar el arma, segundo, de apuntar en dirección a la víctima, después, jalar el gatillo en una o más ocasiones, por lo que habrá pluralidad de movimientos, pero todos ellos con una misma dirección o finalidad, que es la de matar a la persona.

Ahora bien, que se presente pluralidad de delitos quiere decir, la producción de varios resultados típicos o la lesión de más de un bien jurídico, esto como consecuencia de aquella unidad de conducta, aunque, el bien jurídico lesionado sea idéntico, lo que interesará a este concurso en determinado caso será que el sujeto pasivo sea diferente. Ejemplo, el sujeto que para robar las joyas de un aparador rompe el cristal de éste, comete el delito de robo y de daño en propiedad ajena con una misma conducta.

Por otra parte, doctrinariamente se ha clasificado el concurso ideal de delitos, en heterogéneo y en homogéneo, ello en razón de si con la acción se violan varias leyes o varias veces la misma ley penal.

Más amplia resulta la definición que sobre esos, formula el español Muñoz Conde al argumentar: *"cuando una sola acción infringe*

*varias disposiciones legales o varias veces la misma disposición, es decir, cuando con una sola acción se cometen varios tipos delictivos homogéneos (la bomba del terrorista mata a varias personas) o heterogéneos (la bomba mata y produce daños materiales) surge el llamado concurso ideal o formal" (33).*

La clasificación de los concursos tiene su fundamento principal por fines prácticos, esto es, para determinar la pena aplicable al caso. El artículo 64 del Código Punitivo dice en su primer párrafo: "En caso de concurso ideal se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta en una mitad más del máximo de duración, sin que pueda exceder de los máximos señalados en este Código". Como es de advertirse, se toma el principio de absorción en virtud de que solo se impone la pena correspondiente al delito más grave, aunque también se otorga la potestad al juzgador para imponer una pena unitaria sin importar el número de infracciones delictivas.

Así que, se presentará concurso ideal de delitos por infringir varias veces la misma disposición (homogéneo), cuando por no dictarse auto de formal prisión de un detenido dentro del término de setenta y dos horas contadas a partir de la puesta a disposición de éste al juez, tal funcionario tampoco lo hizo respecto de los coacusados, siendo que todos eran probables responsables de un mismo delito y que eran sujetos a investigación en una misma

( 33 ) Muñoz Conde, Francisco, Op. cit., p. 221.

averiguación previa, es decir, que con un solo auto de término, el juez podía haber resuelto la situación jurídica de todos. Será heterogénea, si por aquella conducta omisiva, además de infringir el artículo 225, fracción XVII del Código Penal, viola un precepto de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, por ejemplo.

#### **B. REAL**

La segunda parte del artículo 18 del ordenamiento punitivo define el concurso real de delitos en su parte conducente que dice: "Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos".

Algunos estudiosos en la materia, se expresan sobre este tipo de concurso en el mismo sentido que el transcrito precepto legal.

*"Se tiene la forma típica de concurso real, cuando alguno, con varias acciones distintas e independientes, viola diversas disposiciones legales"* (34), dice Maggiore.

Por su parte, afirma Bustos Ramírez: *"Es el caso más simple, hay varios hechos y varios delitos"* (35).

( 34 ) Maggiore Giuseppe, Derecho Penal, Tomo II, Editorial Temis, Segunda Edición, Bogotá, 1985, p. 184.

( 35 ) Bustos Ramírez, Juan, Manual de Derecho Penal Español, Primera Edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, p. 344.

A diferencia del concurso ideal, el real supone la existencia de pluralidad de conductas o hechos para la comisión de pluralidad de delitos.

Al escuchar las palabras "pluralidad de conductas", debe entenderse como, acertadamente lo manifiesta Maurach: "*Pluralidad de acciones es toda multiplicidad de acciones que no están enlazadas en una unidad ni por la abrazadera del nexo de continuidad ni por la parcial coincidencia de características del tipo*" (36); es la pluralidad de conductas la cara anversa de la unidad de acción. Ejemplo de pluralidad de conductas será cuando para cometer los delitos de homicidio, robo y daño en propiedad ajena, el autor tenga que realizar esas tres conductas, es decir, privar de la vida a una persona, luego, apoderarse de una cosa ajena mueble sin derecho, y finalmente destruir una cosa ajena.

Asimismo, como consecuencia de esa pluralidad de conductas deben resultar también diversos delitos, para que pueda hablarse de concurso real, así, en el anterior ejemplo, con las acciones de privar de la vida a otro, apoderarse de una cosa ajena mueble sin derecho, y destruir la cosa ajena, ha de surgir el homicidio, el robo y el daño en propiedad ajena. Esto significa que cada conducta realizada debe encuadrar en la hipótesis que el tipo prevé, esto es, debe ser la acción típica.

---

( 36 ) Maurach, Reinhart, Op. cit., p. 461.

Semejante al concurso ideal, el material se clasifica en homogéneo y heterogéneo. "*Esos delitos, pueden ser homogéneos (dos homicidios) o heterogéneos (un homicidio y un robo)*" (37), señala el autor mexicano Villalobos.

En tales condiciones, si el juez no dicta el auto de formal prisión de un detenido dentro del término constitucional, y además no toma la declaración preparatoria de otro inculpado dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación, sin causa justificada, estará mediante esos dos comportamientos de misión, cometiendo dos delitos diferentes, aunque ambos sean contra la administración de justicia, pues los tipos son diferentes, por lo que en tal caso existirá concurso real de delitos.

### **C. DELITO CONTINUADO**

El delito continuado consta de tres elementos esenciales: pluralidad de acciones delictivas, unidad de precepto penal violado y, unidad de propósito delictivo.

Tales elementos derivan de la definición que el artículo 7º, fracción III del Código Penal Federal, nos da del delito continuado siendo estas sus notas: "El delito es: continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el

---

( 37 ) Villalobos, Ignacio, Op. cit., p. 484.

mismo precepto legal".

Por su parte, María Teresa Castiñeira Falou, nos proporciona el concepto, y aunque un poco menos claro que el de nuestra legislación penal, contienen esos mismos elementos que caracterizan al delito continuado, tal autora se expresa de esta manera: "*El delito continuado puede definirse como una pluralidad de acciones semejantes objetiva y subjetivamente, que son objeto de una valoración jurídica unitaria...* - más adelante señala - *La institución del delito continuado se estructura a tres elementos: 1°. Pluralidad de acciones u omisiones, cada una de las cuales individualmente considerada ha de constituir delito o falta. 2°. Infracción del mismo tipo por cada una de las acciones u omisiones. 3°. Un elemento de carácter subjetivo, que se ha interpretado de formas muy diversas e incluso se ha reputado innecesario*" (38); a nuestro parecer este tercer elemento a que alude la escritora, es el propósito de delinquir del sujeto, el que quedo precisado líneas atrás.

El juez penal federal, al iniciar su semana de turno, el primer día recibe dos consignaciones con detenido, al día siguiente una, dos días después tres más, todas ellas con diferentes personas que a juicio del fiscal federal consignador, son probables

---

( 38 ) Castiñeira Falou, María T., El delito continuado, Editorial BOSCH, Barcelona 1977, p. 15 y 16.

responsables de la comisión de diversos delitos; aquél funcionario encargado de la impartición de justicia, decide no dictar el auto de formal prisión de todos ellos y de hecho no lo hace, aun cuando podía hacerlo, por lo que en cada caso el juez habrá incurrido con su pluralidad de conductas omisivas independientes, en diversos delitos, esto es, cuando se venció el primer término quedó consumado un delito; cuando el segundo, otro; el tercero de la misma forma y así sucesivamente, en tal caso existe independencia entre todas esas omisiones cada una constituyendo un delito autónomo, siendo a la vez el mismo.

Además de la pluralidad de acciones delictivas, debe existir también unidad de propósito para delinquir, lo que nos lleva a manifestar con seguridad que, el autor del hecho debe tener un único propósito, un mismo "querer" o un sólo deseo que consistirá en cometer un número determinado de delitos, o sea que, el agente debe, antes de actuar, representarse un resultado total formado con motivo de la comisión de todos los delitos; doctrinariamente a ese "querer" se le ha denominado "dolo general" según para el maestro Porte Petit, "dolo conjunto o designio criminal común" para Muñoz Conde, para Zaffaroni "dolo total".

El primero de los autores citados anteriormente, sobre el particular se manifiesta en el sentido de que *"El delito continuado requiere para su existencia de un previo dolo general, que abarca*

*el querer de todos los delitos, al cual se le ha llamado dolo total, que constituye un presupuesto a cada dolo correspondiente de los delitos cometidos" (39).*

En contraposición a estos lineamientos se encuentra la corriente que manifiesta que el dolo no debe ser forzosamente total, sino que puede ser dolo de continuación, que se traduce en que el sujeto continua violando el mismo precepto legal al haberlo logrado con éxito anteriormente.

A nuestro juicio, es acertada la primera de las corrientes, es decir, que esa intención de delinquir del sujeto debe ser previa a la consumación de los delitos, independientemente del éxito de todos o de unos cuantos, eso para que se de la unidad, ya que de lo contrario si siguiéramos la segunda de las posturas mencionadas, tendríamos que condicionar como se hace, al éxito de cada una de las acciones típicas antijurídicas y culpables.

Sin embargo, el juez penal, por ejemplo, podrá tener la intención de no dictar el auto de formal prisión de todos los detenidos que le sean puestos a su disposición en esa semana en que está de guardia el juzgado, en tal caso aun cuando no sabe el número exacto de las consignaciones con detenido que se le presentarán, no es obstáculo para que exista la unidad de propósito

---

( 39 ) Forte Fetit, Candaudap C., Op. cit., p. 803 y 804.



o unidad de deseo como también se le conoce, pues dicha autoridad judicial desde un inicio determinó y delimitó su "querer" que hizo consistir en no dictar el auto de término constitucional de todos los sujetos que le fuesen puestos a su disposición en esos días.

Finalmente, habrá identidad de violación al mismo precepto legal (como lo manifiesta acertadamente nuestro Código Penal), precisamente cuando ocurra eso, es decir, cuando el sujeto infrinja un mismo artículo en más de una ocasión, por ejemplo, el día lunes A mata a B, el martes el mismo sujeto A mata C, el miércoles a D, son tres homicidios independientes, así que, en el caso, habrá delito continuado en virtud de que A violó en tres ocasiones la conducta que, entendido a contrario sensu, prohíbe el artículo 302 del ordenamiento penal citado.

En consecuencia, existe yerro en aquellas personas que consideran que unidad de lesión jurídica es violar un mismo bien jurídico (Welzel, Antolisei, Fontán Balestra), o bien, cuando se viole el tipo básico y aún cuando sea calificado (atenuado o agravado) (Sauer, Jiménez de Asúa).

Por lo que, el juez que no dicte el auto de formal prisión o de libertad de algunos detenidos dentro del término de setenta y dos horas que siguen a la puesta a disposición de éstos a aquél, a no ser que hayan solicitado ampliación de dicho término, caso en el

cual se estará al nuevo, concurrirá delito continuado, en la inteligencia de que la situación jurídica de todos ellos, no pueda ser resuelta en un mismo auto, en virtud de no haber ninguna clase de relación de carácter penal; esto es, que no deriven de un mismo asunto.

### CONCLUSIONES

**I.** La prisión preventiva que inicia con el dictado del auto de formal prisión del detenido, es de creación ajeja, pues desde la época del imperio romano ya se aplicaba para custodiar a los presos en tanto eran juzgados.

**II.** Por el delito contra la administración de justicia previsto en la fracción XVII del artículo 225 del Código Penal Federal, se entiende cuando el juez no resuelve la situación jurídica del inculpado dentro del término constitucional de 72 horas, cuando legalmente estaba obligado a hacerlo, dejando a dicho sujeto en estado de incertidumbre.

**III.** Es presupuesto del hecho, en nuestro delito, que el inculpado haya sido puesto a disposición del juez que no dictó el auto de formal prisión o de libertad, según procediera.

**IV.** La forma de comisión del delito que estudiamos, es por omisión propia, en virtud de exigir el tipo una inactividad del encargado de la impartición de justicia.

**V.** Habrá ausencia de voluntad en el juez para cometer este delito, cuando no realice la acción en virtud de presentarse una vis absoluta o una vis mayor.

**VI.** Los elementos del tipo objetivo del injusto que analizamos son:

La conducta típica en el caso es: la omisión de dictar el auto de formal prisión o de libertad de un detenido.

El objeto jurídico que tutela el tipo en cuestión, no es uno, sino tres, el orden constitucional, la correcta impartición de justicia y la certeza jurídica del detenido.

El objeto material lo constituye el detenido, quien es sobre el que recae la conducta típica omisiva.

Sujeto activo del delito es el funcionario encargado de la administración de justicia.

Son tres los sujetos pasivos en relación a que tres son los bienes jurídicos, esos: el Estado, la colectividad y el detenido.

La única modalidad de conducta que el tipo exige es la que se refiere a la circunstancia de tiempo (72 horas).

**VII.** La forma de realización del delito en comento, es eminentemente dolosa desde el punto de vista formal como material.

**VIII.** Actuará bajo error de tipo, el juzgador que desconozca actualmente, algunos de los elementos objetivos de lo injusto.

**IX.** Concurrirá atipicidad en el delito previsto en la fracción XVII, del artículo 225 del Código Penal, cuando falte alguno de los citados elementos del tipo objetivo de lo injusto, o, a falta del elemento subjetivo de lo injusto, es decir, del dolo.

**X.** La conducta omisiva del juez será antijurídica cuando no concorra una causa de licitud, previo el juicio valorativo de contradicción entre la conducta y la norma que es quien señala qué es estar conforme a Derecho.

**XI.** Estado de necesidad y cumplimiento de un deber son las únicas causas de licitud que se pueden presentar en el caso.

**XII.** Podrá reprochársele la conducta omisiva del juez siempre que sea imputable, tenga conciencia de la antijuridicidad y se le pueda exigir su obediencia al Derecho.

**XIII.** Cuando el juez padezca de trastorno mental o desarrollo intelectual retardado al momento de realizar el hecho típico, será inimputable y por tanto no se le podrá reprochar su conducta.

**XIV.** No será sujeto a reproche de culpabilidad el juez que no realizó la acción que la ley le ordena, si tal omisión es consecuencia de una no exigibilidad de otra conducta.

**XV.** La pena que se impone al funcionario encargado de la administración de justicia, que comete el delito en cuestión, va de dos a ocho años de prisión y de doscientos a cuatrocientos días multa, además será privado de su cargo e inhabilitado para el desempeño de otro, por el lapso de uno a diez años, sanción que a nuestro parecer es adecuada.

**XVI.** Por ser de comisión dolosa el delito que estudiamos, se presenta para la vida de este, tanto la fase interna (ideación, deliberación y resolución) como la externa (resolución manifestada, medios preparatorios <<no siendo necesaria la primera y los segundos muy difíciles de determinar>> y la ejecución).

**XVII.** En la fase ejecutiva del delito contra la administración de justicia, en determinados casos se presentará la tentativa inacabada.

**XVIII.** Es factible que en la especie, concorra tentativa imposible por falta de objeto material, hablando doctrinariamente ya que nuestra legislación punitiva no la contempla.

**XIX.** El autor de este delito podrá desistirse en la tentativa inacabada.

XX. Tanto la consumación formal como la material son susceptibles de presentarse en la especie.

XXI. La forma de autoría concurrente es: la autoría directa o inmediata, exclusivamente.

XXII. Unicamente, y en todo caso, podrá existir el instigador como forma de participación.

XXIII. Los concursos de delitos son en el caso a estudio: el ideal y el real.

XXIV. El delito continuado puede ser también objeto de presencia en el delito comentado.

## B I B L I O G R A F I A

Las obras consultadas en la elaboración del presente trabajo son las siguientes:

Antolisei, Francesco. Manual de Derecho Penal, 8a. Edición, Ed. Temis, Colombia, 1988.

Arilla Bas, Fernando. El Procedimiento Penal en México, 13a. Edición, Ed. Kratos, México, 1991.

Bacigalupo, Enrique. Manual de Derecho Penal, Ed. Temis, Bogotá, 1989.

Barrita López, Fernando A., Frisión Preventiva y Ciencias Penales, Ed. Porrúa, México, 1992.

Bustos Ramírez, Juan, Control Social y Sistema Penal, Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1987.

Bustos Ramírez, Juan, Manual de Derecho Penal Español, Ed. Ariel, Barcelona, 1984.

Carrancá y Rivas, Raúl, Derecho Penitenciario, 3a. Edición, Ed. Porrúa, México, 1992.

Carrancá y Rivas, Raúl, El Drama Penal, Ed. Porrúa, México, 1982.

Carrancá y Trujillo R. - Carrancá y Rivas R., Código Penal Anotado, 14a. Edición, Ed. Porrúa, México, 1989.

Carrancá y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Décimo Tercera Edición, Ed. Porrúa, México, 1980.

Carrara, Francisco, Teoría de la Tentativa y de la Complicidad, Ed. F. Góngora y Compañía, Madrid, 1877.

Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 27a. Edición, Ed. Porrúa, México, 1989.

Castiñeira Palou, María T., El Delito Continuado, Ed. BOSCH, Barcelona, 1977.

Cerezo Mir, José, Curso de Derecho Penal Español, T. I, 3a. Edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

Colín Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 13a. Edición, Ed. Porrúa, México, 1992.

Córdoba Roda, Juan, El Conocimiento de la Antijuridicidad en la Teoría del Delito, Ed. BOSCH, Barcelona, 1962.

Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, T. I, 18a. Edición, Ed. BOSCH, Barcelona, 1981.

Diccionario Jurídico Mexicano, 2a. Edición, A-CH, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ed. Porrúa, México, 1987.

Fernández Carrasquilla, Juan, Derecho Penal Fundamental, Vol. II, 2a. Edición, Ed. Temis, Colombia, 1989.

Fuero Juzgo, Ley 4, Título 4, Libro VII, Ed. Lex Nova, España, 1990.

García Ramírez, Sergio, Derecho Procesal Penal, 5a. Edición, Ed. Porrúa, México, 1989.

Jescheck, Hans, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Vol. I y II, Ed. BOSCH, España, 1981.

Jiménez de Asúa, Luis, La Ley y el Delito, 3a. Edición, Ed. Sudamericana, Argentina, 1990.

Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, T. IV, 2a. Edición, Ed. Lozada, Buenos Aires, 1961.

Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, T. I y III, 2a. Edición, Ed. Porrúa, México, 1974.

Leyes Penales Mexicanas, T. I y IV, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1979.

Londoño Berrio, Hernando L., El Error en la Moderna Teoría del Delito, Ed. Temis, Colombia, 1982.

Madrazo, Carlos A., La Reforma Penal (1983-1985), Ed. Porrúa, México, 1989.

Maggiore Giuseppe, Derecho Penal, T. II, 2a. Edición, Ed. Temis, Bogotá, 1985.

Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, T. II, Ed. Ariel, Barcelona, 1962.

Mezger, Edmundo, Derecho Penal (Libro de Estudio), Ed. Cárdenas Editores, México, 1985.

Mommsen, Teodoro, El Derecho Penal Romano, Primera Parte, Ed. Temis, Bogotá, 1976.

Muñoz Conde, Francisco, Teoría General del Delito, Reimpresión, Ed. Temis, Colombia, 1990.

Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, 10a. Edición, Ed. Porrúa, México, 1991.

Porte Petit, Candaudap C., Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, 15a. Edición, Ed. Porrúa, México, 1993.

Porte Petit, Candaudap C., Programa de Derecho Penal, 3a. Edición, Ed. Trillas, México, 1990.

Reyes Echendía, Alfonso, Derecho Penal, 2a. Reimpresión, Ed. Temis, Colombia, 1990.



Reyes Echendía, Alfonso, Imputabilidad, 4a. Edición, Ed. Temis, Bogotá, 1987.

Romero Soto, Luis E., Derecho Penal, Vol. II, Ed. Temis, Bogotá, 1969.

Roxin, Claus, Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal, Ed. REUS, España, 1981.

Roxin, Claus, Teoría del Tipo Penal, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979.

Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, T. II, 6a. Edición, Ed. Argentina, Buenos Aires, 1973.

Vela Treviño, Sergio, Antijuridicidad y Justificación, 3a. Edición, Ed. Trillas, México, 1990.

Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, 5a. Edición, Ed. Porrúa, México, 1990.

Von Liszt, Franz, Tratado de Derecho Penal, T. II, Madrid 1927.

Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán, 4a. Edición, Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1993.

Wessels, Johannes, Derecho Penal, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Ed. Cárdenas Editores, México, 1986.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Teoría del Delito, Ed. EDIAR, Argentina 1973.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, T. IV, Ed. Cárdenas Editores, México, 1988.

Reyes Echendía, Alfonso, Imputabilidad, 4a. Edición, Ed. Temis, Bogotá, 1989.

Romero Soto, Luis E., Derecho Penal, Vol. II, Ed. Temis, Bogotá, 1969.

Roxin, Claus, Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal, Ed. REUS, España, 1981.

Roxin, Claus, Teoría del Tipo Penal, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979.

Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, T. II, 6a. Edición, Ed. Argentina, Buenos Aires, 1973.

Vela Treviño, Sergio, Antijuridicidad y Justificación, 3a. Edición, Ed. Trillas, México, 1990.

Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, 5a. Edición, Ed. Porrúa, México, 1990.

Von Liszt, Franz, Tratado de Derecho Penal, T. II, Madrid 1927.

Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán, 4a. Edición, Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1993.

Wessels, Johannes, Derecho Penal, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Ed. Cárdenas Editores, México, 1986.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Teoría del Delito, Ed. EDIAR, Argentina 1973.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, T. IV, Ed. Cárdenas Editores, México, 1988.

**INDICE**

	Pág.
INTRODUCCION	1
<b>CAPITULO PRIMERO</b>	
<b>ANTECEDENTES</b>	
I. AMBITO HISTORICO	4
A. DERECHO ROMANO	4
B. DERECHO ESPAÑOL	5
C. DERECHO PRECOLONIAL Y COLONIAL	8
II. LEGISLACION PENAL FEDERAL	12
A. CODIGO PENAL DE 1871	13
B. CODIGO PENAL DE 1929	14
C. CODIGO PENAL DE 1931	15
III. PROYECTOS DE CODIGO PENAL	17
A. PROYECTO DE 1949	17
B. PROYECTO DE 1958	17
C. PROYECTO DE 1963	18
D. PROYECTO DE 1983	18
<b>CAPITULO SEGUNDO</b>	
<b>ASPECTO POSITIVO Y NEGATIVO DEL DELITO EN ESTUDIO</b>	
I. CONCEPTO DE DENOMINACION	20
II. PRESUPUESTOS	30
III. CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA	32
A. CLASIFICACION EN ORDEN A LA CONDUCTA	37
B. CLASIFICACION EN ORDEN AL RESULTADO	40
C. AUSENCIA DE CONDUCTA	42
IV. TIPICIDAD Y ATIPICIDAD	46
A. TIPO DE INJUSTO DOLOSO	49
1. TIPO OBJETIVO DE LO INJUSTO	50
a. LA ACCION TIPICA	51
b. OBJETO JURIDICO	52
c. OBJETO MATERIAL	54
d. SUJETO ACTIVO	55
e. SUJETO PASIVO	56
f. MODALIDADES DE LA CONDUCTA	59
2. TIPO SUBJETIVO DE LO INJUSTO	61

a. EL DOLO DE TIPO	62
a' ELEMENTO INTELECTUAL	65
b' ELEMENTO VOLUTIVO	67
b. EL ERROR DE TIPO	71
B. TIPO DE INJUSTO CULPOSO	74
C. ATIPICIDAD	78
V. ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE LICITUD	85
A. CONCEPTO	85
B. CAUSAS DE LICITUD	89
1. LEGITIMA DEFENSA	89
2. ESTADO DE NECESIDAD	91
3. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER	93
4. EJERCICIO DE UN DERECHO	95
5. CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO	96
VI. CULPABILIDAD E INculpABILIDAD	98
A. IMPUTABILIDAD	101
B. CONCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD	105
C. EXIGIBILIDAD DE OBEDIENCIA AL DERECHO	107
D. INIMPUTABILIDAD	109
E. EL ERROR DE PROHIBICION DIRECTO E INDIRECTO	118
F. LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA	125
VII. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO	131
VIII. PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS	133

### CAPITULO TERCERO

#### FORMAS DE APARICION DEL DELITO

I. ITER CRIMINIS	138
A. FASE INTERNA	138
1. IDEACION	139
2. DELIBERACION	140
3. RESOLUCION	140
B. FASE EXTERNA	141
1. RESOLUCION MANIFESTADA	141
2. MEDIOS PREPARATORIOS	143
3. EJECUCION	145
a. TENTATIVA	146
b. CONSUMACION	153
II. CONCURSO DE PERSONAS EN EL DELITO	155
A. AUTORIA	156
B. PARTICIPACION	162
III. CONCURSO DE DELITOS	166

A. IDEAL	167
B. REAL	170
C. DELITO CONTINUADO	172
CONCLUSIONES	178
BIBLIOGRAFIA	181
INDICE	185

AGRADEZCO AL LICENCIADO IGNACIO AGUILAR ROMERO  
EL HABERME DIRIGIDO EL PRESENTE TRABAJO, ASI  
COMO AL DR. RAUL CARRANCA Y RIVAS LA REVISION  
DEL MISMO.