

00781



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

ESTUDIO DOGMATICO DEL TIPO
PENAL PREVISTO EN EL
ARTICULO 405 FRACCION X
DEL CODIGO PENAL FEDERAL

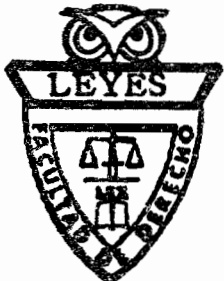
T E S I S

PARA OBTENER EL GRADO DE:

DOCTORA EN DERECHO

P R E S E N T A

SILVIA ESTREVER ESCAMILLA



DIRECTOR DE TESIS: DR. RICARDO FRANCO GUZMAN

Cd. Universitaria

2005

M:350508



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.

Análisis dogmático del delito electoral previsto en el artículo 405
fracción X del Código Penal Federal

A la memoria de mi padre:

ARMANDO ESTREVER MARTÍNEZ

*Como un sencillo homenaje, a quien con cariño y ejemplo
inolvidable sigue siendo el factor que rige todos y cada uno de
los actos de mi vida.*

Autotizo a la Dirección General de Bibliotecas de la
UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el
contenido de mi trabajo **recepional**.

NOMBRE: SILVIA ESTREVER
ESCAMILLA
FECHA: 8-100-2008
FIRMA: [Firma]

350508

A mi querida madre:

GUADALUPE ESCAMILLA VDA. DE ESTREVER

*con un inmenso amor y un enorme reconocimiento a su esfuerzo, abnegación
y entrega en la formación de su hijos, ya que supo encauzar la vida de cada
uno de nosotros, con su ejemplo de honestidad y trabajo.*

Análisis dogmático del delito electoral previsto en el artículo 405
fracción X del Código Penal Federal

Con mi profundo agradecimiento a mi querida hermana:

MAGDA. OLGA ESTREVER ESCAMILLA

Quien con sus sabias enseñanzas, sus valiosos consejos y experiencia me hizo posible llegar a esta meta de un valor incalculable, auspiciando mi formación profesional.

Con gran admiración y cariño a mi hermana:

DRA. MARTHA ESTREVER ESCAMILLA

quien con su valiosa experiencia, conocimientos y consejos ha coadyuvado en mi realización profesional.

A mis sobrinos:

*En especial a **ARMANDO M. FLORES ESTREVER**, con cariño y esperanza de que este trabajo le sirva de estímulo para su vida personal y formación profesional; a **PEDRO ESTREVER**, con la ilusión de que esta tesis trabajo sea un ejemplo para demostrar que en la vida se pueden vencer los obstáculos.*

Análisis dogmático del delito electoral previsto en el artículo 405
fracción X del Código Penal Federal

En la memoria de mi querido hermano:

*LIC. ARMANDO ESTREVER ESCAMILLA, quien me
brindó en todo momento el cariño y fuerza suficiente, para
llegar a esta meta.*

A mi querido hermano:

*CARLOS ESTREVER ESCAMILLA,
Con cariño y agradecimiento por los consejos y apoyo
incondicional brindados en todo momento.*

Con cariño a mis hermanos:

*LIC. PEDRO ESTREVER ESCAMILLA,
LIC. JAVIER ESTREVER ESCAMILLA:*

*Quienes ejercen en el mundo del Derecho, reconociéndoles sus esfuerzos
para superarse profesionalmente y personalmente.*

Análisis dogmático del delito electoral previsto en el artículo 405
fracción X del Código Penal Federal

Con especial cariño, admiración y un enorme agradecimiento al ilustre jurista:

DR. RICARDO FRANCO GUZMÁN,

*Quien con sus sabias enseñanzas, sus valiosos consejos y apoyo me hizo posible
llegar a esta meta, auspiciando mi formación académica*

A MIS SINODALES CON CARINO

DRA. VERÓNICA ROMÁN QUIROZ

DR. ALFREDO GENIS GONZÁLEZ MÉNDEZ

DR. PEDRO HERNÁNDEZ SILVA

DR. RAFAEL MÁRQUEZ PIÑERO,

DR. CARLOS DAZA

DR. ENRIQUE DÍAZ ARANDA

Análisis dogmático del delito electoral previsto en el artículo 405
fracción X del Código Penal Federal

*Con especial agradecimiento a mis MAESTROS de
Postgrado de la Facultad de Derecho, quienes con sus
sabias enseñanzas me permitieron llegar a este final*

*A mis AMISTADES con cariño y en especial a:
Lupita García, Irene López y Martha Hernández*

ÍNDICE

Introducción	1
Capítulo I "Generalidades"	5
1. Objeto de protección del derecho penal electoral	5
1.2. Competencia	9
1.2.1. Ámbitos de competencia por razón del fuero	11
1.3. Estudio dogmático del artículo 405, fracción X del Código Penal federal	14
1.4. Concepto y estructura	15
1.4.1. Definición de tipo penal	15
1.4.2. Elementos del tipo	17
1.4.2.1. Elementos objetivos	18
1.4.2.2. Elementos subjetivos	18
1.4.2.3. Elementos normativos	19
1.4.3. Incorporación del cuerpo del delito	20
Capítulo II "Conducta y su aspecto negativo"	35
2.1. Conducta	35
2.1.2. La acción	36
2.1.3. La omisión	44
2.1.3.1. Clases de omisión	48
2.1.3.1.1. Omisión simple (o propios)	48
2.1.3.1.2. Comisión por omisión (o impropia)	56
2.2. Ausencia de conducta	60
2.2.1 Vis absoluta	62
2.2.2. Vis mayor	63
2.2.3. Actos reflejos	64
2.2.4. Sueño	65
2.2.5. Sonambulismo	68
2.2.6. Hipnosis	69
2.2.7. Crisis Epilépticas	71
cuadro	73

Capítulo III “Tipicidad y aspecto negativo”	74
3.1. Tipo	74
3.2. Tipicidad	75
3.3. Principio general de la tipicidad	79
3.4. elementos de la estructura del tipo	79
3.4.1. La conducta típica	79
3.4.1.1. La parte objetiva	80
3.4.1.2. La parte subjetiva	80
3.4.2. Los sujetos de la conducta típica	83
3.4.3. Los objetos	84
3.4.3.1. El objeto material	84
3.4.3.1.1. Concepto	84
3.4.3.1.2. Clasificación	86
3.4.3.1.2.1. El objeto material personal	86
3.4.3.1.2.2. El objeto material real	87
3.4.3.1.2.3. El objeto material fenomenológico	89
3.4.3.2. El objeto jurídico	89
3.4.3.2.1. Concepto	89
3.4.3.2.2. Clasificación	90
3.4.3.2.2.1. En razón de su alcance, el objeto jurídico se divide en genérico y específico	90
3.4.3.2.2.2. En cuanto a su titular	94
3.5. Clases de tipos	95
3.5.1. Clasificación de los tipos en relación con su estructura	95
3.5.1.1. Tipos básicos, especiales y subordinados	96
3.5.1.2. Tipos elementales y compuestos	97
3.5.1.3. Tipos completos e incompletos	98
3.5.1.4. Tipos autónomos y en blanco	99
3.5.2. Clasificación de los tipos en relación con el bien jurídico tutelado	99
3.5.2.1. Tipos de lesión y tipos de peligro	100
3.5.2.1.1. Tipos de lesión	100
3.5.2.1.2. Tipos de peligro	101
3.5.2.1.2.1. Peligro directo e indirecto	102
3.5.2.1.2.2. Peligro efectivo y presunto	103

3.5.2.1.2.3. Peligro individual y común	104
3.5.3. Clasificación de los tipos penales en relación a su conducta	106
3.5.3.1. Tipos de mera conducta y tipos de resultado	106
3.5.3.2. Tipos abiertos y tipos cerrados	109
3.5.3.3. Tipos de conducta instantánea y tipos de conducta permanente	110
3.5.3.3.1. Tipos Instantáneos	111
3.5.3.3.2. Tipos Permanentes o continuos	112
3.5.3.3.3. Tipos continuados	113
3.5.3.4. Tipos de acción y tipos de omisión	114
3.5.3.5. Delitos de medios determinados y resultativos	115
3.5.3.6. Delitos de un acto, de pluralidad de actos y alternativos	115
3.5.3.7. Por su gravedad	117
3.6. Clasificación de los tipos en relación con los sujetos activo y pasivo	120
3.6.1. Concepto de sujeto activo	121
3.6.2. Clasificación de los sujetos activos	121
3.6.2.1. En cuanto a su número	122
3.6.2.2. En cuanto a su calidad	126
3.6.2.2.1. Calidad de garante	132
3.6.2.3. En relación con la conducta	137
3.6.2.3.1. Los tipos de encuentro	137
3.6.2.3.2. Los tipos de convergencia	137
3.6.3. La forma de participación de los sujetos activos	138
3.6.3.1. Autoría	139
3.6.3.2. Coautores	140
3.6.3.2.1. Elementos y particularidades de la cuautoría	142
3.6.3.2.2. El elemento esencial de la cuautoría es el codominio del hecho	142
3.6.3.3. Autoría mediata	145
3.6.3.4. Participación	147
3.7. Las formas de autoría y participación del artículo 405, fracción X del Código Penal Federal	150
3.8. La autoría en los delitos de infracción de deber	152
3.9. Sujeto pasivo	154
3.9.1. Concepto	154

3.9.2. Clasificación	155
3.9.3. En cuanto a la titularidad del bien jurídico	155
3.9.3.1. El individual	155
3.9.3.1. La colectividad	155
3.9.3.2. El estado	156
3.9.4. En cuanto a su número	156
3.9.4.1. El sujeto pasivo singular	156
3.9.4.2. El sujeto pasivo plural	156
3.10. En cuanto a su calidad	157
3.10.1. El sujeto pasivo indeterminado	157
3.10.2. La cualificación del sujeto	157
3.10.2.1. La cualificación natural	157
3.10.2.2. La cualificación viciosa	157
3.10.3. La cualificación jurídica del sujeto pasivo	158
3.11. Los medios utilizados	160
3.12. El resultado y su nexo causal	161
3.12.1. La teoría de la causalidad adecuada	162
3.13. Elementos descriptivos y elementos normativos en la formulación del tipo	164
3.13.1. Los elementos descriptivos	164
3.13.2. Los elementos normativos	165
3.14. Circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión	169
Cuadro	179
 Capítulo IV "Antijuridicidad y su aspecto negativo"	 184
4.1. Noción de antijuridicidad	184
4.1.2. Clases de antijuridicidad	186
4.2. Aspecto negativo causas de justificación	187
4.2.1. Noción	187
4.2.2. Naturaleza	188
4.2.3. Fundamentación de las causas de justificación	189
4.2.4. Causas de justificación en particular	191
4.2.4.1. Legítima defensa	192
4.2.4.1.1. Noción	193
4.2.4.1.2. Bienes jurídicos que ampara	194
4.2.4.1.3. Elementos de la legítima defensa	195
4.2.4.1.4. Presunciones de legítima defensa	196
4.2.4.1.5. Exceso en la legítima defensa	197

4.2.4.1.6. Problemas que plantea la legítima defensa	198
4.2.4.2. Estado de necesidad	201
4.2.4.2.1. Noción	202
4.2.4.2.2. Elementos del estado de necesidad	203
4.2.4.2.3. Casos especialmente tipificados	205
4.2.4.3. Ejercicio de un derecho	207
4.2.4.3.1. Noción	207
4.2.4.4. Cumplimiento de un deber	210
4.2.4.4.1. Noción	210
Cuadro	211
Capítulo V “La culpabilidad e inculpabilidad”	212
5.1. Noción de culpabilidad	212
5.2. Formas de la culpabilidad	215
5.3. Diversas teorías que estudian al dolo	216
5.3.1. Teoría Extrema del dolo	216
5.3.1.1. Consecuencias de la teoría	218
5.3.1.2. Críticas a la teoría extrema del dolo	221
5.3.2. Teoría limitada del dolo	224
5.3.3. Definición del dolo	225
5.3.3.1. elementos del dolo	227
5.3.3.2. Clasificación del dolo	233
5.3.4. Teorías que explican la culpabilidad	244
5.3.4.1. Teoría extrema de la culpabilidad	245
5.3.4.1.2. Consecuencias de la teoría extrema de la culpabilidad	246
5.3.4.1.3. Críticas a la teoría extrema de la culpabilidad	247
5.3.4.2. Teoría limitada de la culpabilidad	249
5.3.4.2.1. Consecuencias de la teoría limitada de la culpabilidad	249
5.3.4.2.2. Crítica a la teoría limitada de la culpabilidad	253
5.4. La culpa	253
5.4.1. Clases de culpa	255
5.5. Elementos subjetivos específicos distintos al dolo	261
5.6. Causas de inculpabilidad	263
5.6.1. Generalidades	263
5.6.2. El error	267

5.6.2.1. El error de tipo	267
5.6.2.2. El error de prohibición	268
5.6.2.2.1. El error sobre la existencia de una prohibición	272
5.6.2.2.2. . El error sobre la existencia o los límites de una causa de justificación	272
5.6.2.2.3. El error subsunción	273
5.6.2.2.4. El error de validez	274
5.6.2.2.5. Consecuencias jurídicas del error de prohibición	275
5.7. La no exigibilidad de otra conducta	277
Cuadro	279
Capítulo VI "Punibilidad y excusas absolutorias	282
6.1. Concepto de la punibilidad	282
6.2. Condiciones subjetivas	291
6.3. Condiciones adjetivas	291
6.4. Condiciones objetivas de punibilidad	297
Capítulo VII "La tentativa"	300
7.1. Concepto	300
7.2. Las fases del iter criminis	306
7.2.1. La fase interna o subjetiva	308
7.2.2. La fase externa u objetivas	311
7.3. Elementos de la tentativa	316
7.3.1. Actos preparatorios y Actos ejecutivos	317
7.4. Delitos en los que no es posible hablar de tentativa	330
7.5. Criterios que pretenden fundar la punición de la tentativa	332
7.5.1. La razón que justifica la menor punición	333
7.6. El artículo 12 del Código Penal Federal	338
7.7. Desistimiento y el arrepentimiento del activo	340
7.8. La tentativa por actos de omisión	347
Cuadro	351

4.2.4.1.6. Problemas que plantea la legítima defensa	198
4.2.4.2. Estado de necesidad	201
4.2.4.2.1. Noción	202
4.2.4.2.2. Elementos del estado de necesidad	203
4.2.4.2.3. Casos especialmente tipificados	205
4.2.4.3. Ejercicio de un derecho	207
4.2.4.3.1. Noción	207
4.2.4.4. Cumplimiento de un deber	210
4.2.4.4.1. Noción	210
Cuadro	211
Capítulo V “La culpabilidad e inculpabilidad”	212
5.1. Noción de culpabilidad	212
5.2. Formas de la culpabilidad	215
5.3. Diversas teorías que estudian al dolo	216
5.3.1. Teoría Extrema del dolo	216
5.3.1.1. Consecuencias de la teoría	218
5.3.1.2. Críticas a la teoría extrema del dolo	221
5.3.2. Teoría limitada del dolo	224
5.3.3. Definición del dolo	225
5.3.3.1. elementos del dolo	227
5.3.3.2. Clasificación del dolo	233
5.3.4. Teorías que explican la culpabilidad	244
5.3.4.1. Teoría extrema de la culpabilidad	245
5.3.4.1.2. Consecuencias de la teoría extrema de la culpabilidad	246
5.3.4.1.3. Críticas a la teoría extrema de la culpabilidad	247
5.3.4.2. Teoría limitada de la culpabilidad	249
5.3.4.2.1. Consecuencias de la teoría limitada de la culpabilidad	249
5.3.4.2.2. Crítica a la teoría limitada de la culpabilidad	253
5.4. La culpa	253
5.4.1. Clases de culpa	255
5.5. Elementos subjetivos específicos distintos al dolo	261
5.6. Causas de inculpabilidad	263
5.6.1. Generalidades	263
5.6.2. El error	267

5.6.2.1. El error de tipo	267
5.6.2.2. El error de prohibición	268
5.6.2.2.1. El error sobre la existencia de una prohibición	272
5.6.2.2.2. El error sobre la existencia o los límites de una causa de justificación	272
5.6.2.2.3. El error subsunción	273
5.6.2.2.4. El error de validez	274
5.6.2.2.5. Consecuencias jurídicas del error de prohibición	275
5.7. La no exigibilidad de otra conducta	277
Cuadro	279
Capítulo VI "Punibilidad y excusas absolutorias"	282
6.1. Concepto de la punibilidad	282
6.2. Condiciones subjetivas	291
6.3. Condiciones adjetivas	291
6.4. Condiciones objetivas de punibilidad	297
Capítulo VII "La tentativa"	300
7.1. Concepto	300
7.2. Las fases del iter criminis	306
7.2.1. La fase interna o subjetiva	308
7.2.2. La fase externa u objetivas	311
7.3. Elementos de la tentativa	316
7.3.1. Actos preparatorios y Actos ejecutivos	317
7.4. Delitos en los que no es posible hablar de tentativa	330
7.5. Criterios que pretenden fundar la punición de la tentativa	332
7.5.1. La razón que justifica la menor punición	333
7.6. El artículo 12 del Código Penal Federal	338
7.7. Desistimiento y el arrepentimiento del activo	340
7.8. La tentativa por actos de omisión	347
Cuadro	351

Capítulo VIII Resumen	352
8.1. Tipo objetivo	352
8.1.1. Conducta	352
8.1.2. Resultado	355
8.1.3. Nexo causal	356
8.2. Tipo subjetivo	357
8.2.1. Sujeto activo	358
8.2.2. Sujeto pasivo	362
8.2.3. El bien jurídico tutelado	362
8.3. Elementos normativos	366
8.4. Causas eximentes de responsabilidad	372
Conclusiones	377
Tabla de abreviaturas	381
Fuentes de investigación	383
Bibliografía	383
Hemerografía	391
Legislación	392
Enciclopedias y diccionarios	393
Discos compactos	394
Índice	395

Introducción

En la actualidad surgen varios partidos políticos y una alternancia real del poder, como resultado de una formación madura de la sociedad en la elección de las personas que nos van a representar, surge la necesidad de crear leyes que respondan a la modernidad, es decir, sobre cuestiones importantes, como lo es el cuidado y transparencia de los procesos electorales federal, estatal y municipal.

La tendencia de incorporar en los códigos penales las conductas delictivas derivadas de los procesos electorales es el resultado de una buena práctica legislativa, que evita la creación de leyes penales especiales (en los códigos que regulan la elección de candidatos a ciertos cargos públicos) y permite a la vez que la difusión de esta clase de delitos sea más eficaz y, en consecuencia, se cumpla así con el fin preventivo general de la norma primaria.

Las cuestiones electorales, por su naturaleza provocan un gran interés; sin embargo, debemos tener especial cuidado en no provocar interpretaciones excesivas de la norma penal, como forma de venganza política o como medio de coacción; de ser así se estaría violentando uno de

los principios elementales del derecho penal, que es el de seguridad jurídica, previsto en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En esa tesitura, Larios Valencia precisó: “Los jueces no impondrán penas valiéndose de la analogía o interpretación extensiva, sino que sólo aplicarán las descritas por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate”.¹ En consecuencia, deberá hacerse una interpretación adecuada de las normas frente a los hechos; en especial, las consideradas como delictivas antes, durante y después de los procesos electorales, pero en el caso a estudio durante la jornada electoral.

Los efectos sociales que causa una mala interpretación del proceso electoral da como resultado que el sistema punitivo pueden generar un factor criminógeno, que traería como consecuencia una inseguridad jurídica para el individuo y descrédito para los órganos encargados de procurar y administrar justicia, por lo que la certeza en la interpretación de los hechos frente al derecho debe ser garantía de la prevención efectiva de este tipo de conducta.

Antes de hacer el análisis dogmático del tipo penal previsto en el artículo 405 fracción X del Código Penal

¹ Cfr. Zamora Jiménez, Arturo, *Delitos Electorales*, Ed. Ángel Editor, México, 2000, p. 51.

Federal, es importante hacer mención que este delito es de reciente aparición en el Código Penal Federal, pues fue creado mediante decreto publicado el 15 de agosto de 1990, en el cual se aprobó la adición del Título Vigésimo Cuarto a dicho ordenamiento denominado "Delitos Electorales y en materia de Registro Nacional de Ciudadanos".

Por otra parte, el artículo 405 del Código Penal Federal, en sus once fracciones, se refiere a conductas ilícitas, en las que los sujetos activos han de ser funcionarios electorales.

Además, en algunas fracciones podemos observar la exigencia de circunstancias temporales, como son las que hacen referencia al momento en que deba emitirse el voto, el día de la jornada electoral; otras exigen circunstancias específicas espaciales, como son el que deba cometerse en el interior de la casilla, o en el sitio en que se encuentren formados los votantes; otras requieren una calidad específica en el sujeto activo, como en el caso en estudio, que sean funcionarios electorales; asimismo se hace referencia a medios específicos para su comisión, tales como la amenaza, la dádiva o su promesa; otros prevén elementos objetivos, como son los objetos materiales, tales como las credenciales de elector, boletas electorales, resultados electorales, documentos electorales, documentos oficiales; otras

establecen elementos subjetivos específicos, como son el propalar dolosamente noticias falsas sobre la jornada electoral o sus resultados.

Debe hacerse notar que el tipo penal sujeto a estudio, para su comisión siempre es de omisión, pues las conductas que se le pueden reprochar al funcionario electoral son: **el de permitir o tolerar**, que una persona vote a sabiendas que no cumple con los requisitos de ley o bien, que introduzca una boleta electoral, que no procede.

Capítulo I

Generalidades

1. Objeto de protección del derecho penal electoral

Cuando se trata de esta clase de delitos, el objeto de protección a través de los tipos puede ser diverso, en este sentido se plantean como bienes jurídicos los siguientes: "a) la función electoral adecuada, b) el respeto en un marco de libertad de la expresión de la voluntad popular, c) la libertad plena del sufragio, d) el desarrollo normal de los procesos electorales en cuanto a su transparencia y limpieza, e) la garantía que se debe dar al secreto del voto y como consecuencia la opción libre por una u otra candidatura que le corresponde al ciudadano, f) en algunos supuestos se considera como bien jurídico dañado las actividades de servidores públicos que desvían fondos, bienes o servicios en beneficio de candidatos o partidos políticos."²

De acuerdo con el régimen republicano representativo, democrático y federal vigente en nuestro país, los poderes de la Federación, según lo dispone el artículo 41

² Zamora Jiménez, Arturo, *Delitos Electorales*, Ed., Ángel Editor, México, 2000, p. 55.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, (a excepción del Poder Judicial) son elegidos mediante sufragio directo del ciudadano, por tanto, en éste reside originalmente la soberanía política. Podemos decir entonces que el sufragio “es el medio o instrumento por el cual el pueblo manifiesta su voluntad a ese efecto, ejerciendo así la función primordial de la democracia”.³

El sistema de elección que hemos admitido todos los mexicanos, los procesos electorales, las distintas instancias que intervienen en su preparación, la ciudadanización de los consejos locales, comisiones municipales o federales son respuesta del avance democratizador de las instituciones que participan en las diferentes instancias del Estado.

La transparencia a que nos referimos puede ser dañada por una gama extensa de conductas, que a través de la experiencia histórica, como hemos visto, han sido recogidas por el legislador en el ámbito del Derecho penal mediante los llamados tipos penales que se construyen a través de comportamientos de conductas humanas, considerados como delictivos.

³ Enciclopedia Jurídica Omeba. t., VI. Ed., Driskill, SA., Buenos Aires, 1979, p. 425.

Debemos recordar, que el tipo penal entre otras funciones tiene la de garantizar la existencia de bienes que pertenecen a las personas o a la comunidad, y por tanto, mediante las conductas delictivas previstas en la ley, lo que se busca no sólo será impedir la comisión de delitos sino además a través de ellos se pretende:

- "a) Garantizar la permanencia democrática de todas las instituciones públicas,
- b) Garantizar la permanencia de los partidos políticos, y
- c) Garantizar el respeto a la voluntad de quienes tienen derecho a intervenir o a participar en los procesos comiciales."⁴

Para que el voto alcance su verdadero objetivo es necesaria la manifestación libre, independiente y razonada de la voluntad del elector, así las elecciones deben realizarse en un clima de absoluta libertad que garantice la verdad, de lo contrario serán una mera ficción y el gobierno electo no tendría el carácter de verdadero representante de la voluntad popular.

Con este fin se establecen los delitos electorales, que consisten en aquellos actos que atentan en términos generales contra:

⁴ Zamora Jiménez, Arturo, *op. cit.*, p. 100.

- “a) El secreto,
- b) La universalidad,
- e) Libertad, y
- d) La individualidad del sufragio.”⁵

Las conductas serían intrascendentes para el mundo del Derecho penal en el caso de ser consecuencia de una simple negligencia (imprudencia),⁶ en cambio, cuando responden a una conducta consciente y querida (dolo)⁷ como lo sería el ilícito electoral, es indudable que la acción penal debe dirigirse a calificar y sancionar este tipo de delitos por ser consecuencia de comportamientos conscientes y queridos por su autor.

En todos los Estados modernos se reprimen las conductas ilícitas que alcanzan el rango de delitos electorales, conforme a los principios que rigen en el Derecho penal. Las consecuencias jurídicas de esta clase de delitos tienen un límite que responde a la humanización de las penas, según lo dispuesto por el art. 18 Const.,⁸ así la tendencia de las legislaciones modernas se dirige a la

⁵ Zamora Jiménez, Arturo, *op.cit.*, p. 57.

⁶ Bacigalupo Zapater, Enrique, *Principios de Derecho Penal, parte general*, segunda edición, Ed., Akal Lure, Madrid, 1990, pp. 120 y ss. El delito será imprudente cuando la coincidencia entre lo ocurrido y lo conocido y querido no exista. Obra imprudentemente el que sin tener una finalidad determinada respecto del resultado lleva a cabo una conducta que infringe el deber de cuidado.

⁷ Carlos Gómez de Linares, Miguel Ángel, *Cuadernos de derecho criminal, causalidad o imputación objetiva*, Madrid, 1990, pp. 6 y ss. Se imputa un delito como doloso cuando hay coincidencia entre el aspecto objetivo y subjetivo del hecho, mediante la causalidad eficiente.

⁸ El Derecho penal no sólo tiene como función armonizar la convivencia en la sociedad y evitar delitos futuros, sino también prevenir penas innecesarias, arbitrarias o desproporcionadas.

aplicación de penas relativamente bajas como es el caso, entre otros países, de Argentina, Bélgica y Luxemburgo.⁹

En nuestro Derecho penal, las penas no sólo son privativas de libertad sino también las económicas, reflejando así el sentido preventivo que tienen las penas pecunarias.

1.2. Competencia

En materia de delitos electorales, la competencia para conocer de las conductas que encuadren a los tipos legales corresponde a los tribunales especializados en el ámbito penal. De acuerdo con la división existente en nuestro sistema de justicia, los órganos jurisdiccionales facultados para conocer y juzgar de estos delitos son los tribunales penales. Previo conocimiento del Ministerio Público como único instrumento del Estado para determinar el ejercicio de la acción penal y demás consecuencias que surgen con el delito.

Cuando se trata de una elección de representantes ante la Federación, las instancias serán el Ministerio Público de la Federación y el juez de Distrito en Materia de Procesos Penales Federales en aquellos circuitos en donde ya estén

⁹ Diccionario electoral, Instituto Inter-Americano de Derechos Humanos, Centro Inter-Americano de Asesoría y Promoción Electoral, primera edición, Ed., Capel, Costa Rica, 1989, pp. 193 y ss.

especializados o bien en los Juzgados de Distrito Mixtos de donde no existe aún la especialización, en su caso los tribunales unitarios y colegiados, así como la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por lo tanto cuando se inicia el proceso electoral para elegir Presidente de la República, Diputados Federales y Senadores, la instancia competente para iniciar el procedimiento respectivo será el Ministerio Público de la Federación y para juzgar los hechos, las autoridades federales mencionadas.

En caso de que exista violación de garantías individuales, se podrá acudir al juicio de amparo ante los jueces de distrito quienes tienen esa doble facultad (cuando se está ante Juzgados de Distrito Mixtos) por un lado ser jueces de garantías y por otro intérpretes y aplicadores de la ley ante la eventual comisión de delitos.

En cuanto a las disposiciones del procedimiento penal, también regirán los códigos procedimentales que son aplicables para todos los delitos, es decir se acudirá a las normas previstas en el Código Federal de Procedimientos Penales.

En materia de delitos electorales es necesario interpretar adecuadamente los elementos objetivos y

normativos¹⁰ de cada figura típica y antijurídica, tomando en cuenta las disposiciones y principios que surgen de las leyes electorales, de tal manera que cada uno de los conceptos utilizados en los delitos deben quedar bien diferenciados entre sí, por tanto queda claro que en esta materia se debe hacer una interpretación restrictiva de la conducta frente a las hipótesis de la ley, para evitar interpretaciones extensivas *in malam parte* que aplicadas por analogía dañarían los fines del Derecho penal electoral.

1.2.1. Ámbitos de competencia por razón del fuero

El Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE) es un ordenamiento legal encargado de reglamentar los derechos y obligaciones político-electorales de los ciudadanos; la organización función y prerrogativas de los partidos y agrupaciones políticas; y la función estatal de organizar las elecciones de los poderes legislativos y ejecutivo de la Unión.

En el CPF se prevén los delitos electorales en su artículo 405, en su fracción X, dice:

“ARTICULO 405.- Se impondrá de cincuenta a doscientos días multa y prisión de dos a seis años, al funcionario electoral que: (...)

¹⁰ Elementos que se exigen en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

X.- Permita o tolere que un ciudadano emita su voto a sabiendas de que no cumple con los requisitos de ley o que se introduzcan en las urnas ilícitamente una o más boletas electorales;" (...).¹¹

Por lo expuesto, cabe advertir que si estamos en presencia de elecciones locales, y en ellas se comete algún ilícito relacionado con el título denominado "Delitos Electorales y en materia de Registro Nacional de Ciudadanos", el delito será conocido por autoridades del fuero común, mientras que, tratándose de elecciones federales, como son la del presidente de la República, la de diputados y senadores al Congreso de la Unión, la autoridad competente para conocer de esos ilícitos, será una autoridad federal.

El artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJF), a la letra dice:

"ARTICULO 50. Los jueces federales penales conocerán:

I. De los delitos del orden federal.

Son delitos del orden federal:

a) Los previstos en las leyes federales y en los tratados internacionales. En el caso del Código Penal Federal, tendrán ese carácter los delitos a que se refieren los incisos b), a l) de esta fracción;

b) Los señalados en los artículos 2 a 5 del Código Penal;

¹¹ *Compila XI, Legislación Federal y del Distrito Federal, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005.*

- c) Los cometidos en el extranjero por los agentes diplomáticos, personal oficial de las legaciones de la República y cónsules mexicanos;
 - d) Los cometidos en las embajadas y legaciones extranjeras;
 - e) Aquellos en que la Federación sea sujeto pasivo;
 - f) Los cometidos por un servidor público o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas;
 - g) Los cometidos en contra de un servidor público o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas;
 - h) Los perpetrados con motivo del funcionamiento de un servicio público federal, aunque dicho servicio esté descentralizado o concesionado;
 - i) Los perpetrados en contra del funcionamiento de un servicio público federal o en menoscabo de los bienes afectados a la satisfacción de dicho servicio, aunque éste se encuentre descentralizado o concesionado;
 - j) Todos aquéllos que ataquen, dificulten o imposibiliten el ejercicio de alguna atribución o facultad reservada a la Federación;
 - k) Los señalados en el artículo 389 del Código Penal cuando se prometa o se proporcione un trabajo en dependencia, organismo descentralizado o empresa de participación estatal del Gobierno Federal;
 - l) Los cometidos por o en contra de funcionarios electorales federales o de funcionarios partidistas en los términos de la fracción II del artículo 401 del Código Penal, y (las negritas es de la suscrita)**
 - m) Los previstos en los artículos 366, fracción III; 366 ter y 366 quáter del Código Penal Federal, cuando el delito sea con el propósito de trasladar o entregar al menor fuera del territorio nacional.
- II. De los procedimientos de extradición, salvo lo que se disponga en los tratados internacionales.
- III. De las autorizaciones para intervenir cualquier comunicación privada.”¹²

¹² Compila XI, ...

1.3. Estudio dogmático del artículo 405, fracción X del Código Penal Federal

El legislador en el título denominado "Delitos Electorales y en materia de Registro Nacional de Ciudadanos", en su artículo 401 del Código Penal Federal, estableció los conceptos de funcionarios electorales, funcionarios partidistas y documentos públicos electorales, los cuales a continuación se transcribirán para su mejor comprensión en el presente estudio dogmático:

"ARTICULO 401.- Para los efectos de este Capítulo, se entiende por:

I.- Servidores Públicos, las personas que se encuentren dentro de los supuestos establecidos por el artículo 212 de este Código.

Se entenderá también como Servidores Públicos a los funcionarios y empleados de la Administración Pública Estatal y Municipal;

II.- Funcionarios electorales, quienes en los términos de la legislación federal electoral integren los órganos que cumplen funciones electorales;

III.- Funcionarios partidistas, los dirigentes de los partidos políticos nacionales y de las agrupaciones políticas, y sus representantes ante los órganos electorales, en los términos de la legislación federal electoral;

IV.- Candidatos, los ciudadanos registrados formalmente como tales por la autoridad competente;

V.- Documentos públicos electorales, las actas de la jornada electoral, las relativas al escrutinio y cómputo de cada una de las elecciones, paquetes electorales y expedientes de casilla, las actas circunstanciadas de las sesiones de cómputo de los consejos locales y distritales, y las de los cómputos

de circunscripción plurinominal y, en general todos los documentos y actas expedidos en el ejercicio de sus funciones por los órganos del Instituto Federal Electoral; y

VI.- Materiales electorales, los elementos físicos, tales como urnas, cancelos o elementos modulares para la emisión del voto, marcadoras de credencial, líquido indeleble, útiles de escritorio y demás equipamiento autorizado para su utilización en las casillas electorales durante la jornada electoral.”¹³

Fijada la competencia para conocer los delitos electorales pasamos al estudio dogmático de la fracción X del artículo 405 del Código Penal Federal.

1.4. Concepto y estructura

En este subtítulo haremos un breve estudio de lo que debemos entender por tipo penal, para posteriormente estudiar sus componentes o estructura.

1.4.1. Definición de tipo penal

Para Octavio Alberto Orellana Wiarco, el tipo penal “es la descripción legal de una conducta como delictiva; y la tipicidad, como el exacto encuadramiento de esa conducta al tipo.”¹⁴

¹³ Compila XI, ...

¹⁴ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Teoría del delito, sistemas causalista y finalista*, segunda edición, Ed. Porrúa, México, 1995, p. 17.

Para Enrique Bacigalupo, el tipo penal “es la descripción de la conducta prohibida por una norma.”¹⁵

Para Muñoz Conde, el tipo “es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal.”¹⁶

Para Olga Islas, un tipo legal “es una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar uno o más bienes jurídicos.”¹⁷

Para Welzel “el tipo en sentido amplio o el conjunto de los presupuestos de la punibilidad comprende:

“a) El tipo en sentido restringido o la materia de la prohibición penal, que circunscribe materialmente la conducta prohibida. Constituye la mayor parte del tipo general (en sentido amplio), sobre todo en los delitos dolosos, en los cuales contiene una descripción precisa de los elementos objetivos y subjetivos de la acción, incluyendo el resultado. Por el contrario, en los delitos culposos, el tipo en sentido restringido se refiere generalmente sólo al resultado;

“b) La antijuridicidad. Como presupuesto evidente de todo delito, en la mayoría de las disposiciones penales no es mencionado;

¹⁵ Bacigalupo, Enrique, *Manual de Derecho Penal, parte general*, segunda reimpresión, Ed. Temis, S.A., Santa Fe Bogotá - Colombia, 1994, p.80.

¹⁶ Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, segunda edición, Ed. Temis, S.A., Bogotá - Colombia, 2002, p. 32.

¹⁷ Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, Ed., Trillas, México, 1992, p. 19.

“c) La culpabilidad, esto es la reprochabilidad. Como elemento evidente del delito tampoco es mencionado de modo especial en las disposiciones penales;

“d) Las condiciones objetivas de punibilidad. Por regla general, los tres elementos del delito: Tipo, antijuridicidad y culpabilidad dan lugar, sin más a la punibilidad. En algunas pocas disposiciones, no obstante, la punibilidad depende de condiciones ulteriores radicadas fuera de los elementos del delito.”¹⁸

En síntesis, Welzel asevera que el tipo es la descripción concreta de la conducta prohibida (del contenido, o de la materia de la norma). Es una figura puramente conceptual.

De los conceptos transcritos, se estima que el tipo penal, no es otra cosa más que la descripción legal de una conducta descrita por la norma, que no solamente está integrado de elementos objetivos, sino también de elementos subjetivos y normativos.

1.4.2. Elementos del tipo

Para el finalismo, el tipo está compuesto no sólo de elementos objetivos, sino también de elementos subjetivos.

¹⁸ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán, Parte General*, décima primera edición, traducción del alemán por el Prof. Juan Bustos Ramírez y Prof. Sergio Yáñez Pérez, Ed. Jurídica de Chile, 1970, p. 87.

1.4.2.1. Elementos objetivos

Los elementos objetivos del tipo penal, se refieren a las condiciones externas o jurídicas de naturaleza objetiva.

Como elementos objetivos podemos señalar:

“a) El sujeto activo;

b) El sujeto pasivo;

La acción u omisión;

Los medios utilizados;

El resultado material;

El resultado típico y su atribuidibilidad de la acción y omisión;

El bien jurídico tutelado;

Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; y

Las demás circunstancias que la ley prevea.”¹⁹

1.4.2.2. Elementos subjetivos

Los elementos subjetivos del tipo penal, son aquéllos que “tienen por función una más concreta caracterización de la voluntad típica de la acción, que es el

¹⁹ *Cfr.*, con la antigua redacción del artículo 168 del CFPP.

factor de dirección que desencadena el movimiento corpóreo.”²⁰

Como elementos subjetivos tenemos:

- a) *El dolo;*
- b) *La culpa; y*
- c) *Los elementos subjetivos específicos, o distintos del dolo, es decir, el ánimo o tendencia del sujeto activo.”*²¹

1.4.2.3. Elementos normativos

Los elementos normativos “requieren de una valoración, porque la ley describe conductas en el ámbito social cargadas de significación.”²²

Sergio J. Medina Peñaloza, sostiene que los elementos normativos apuntan a hechos que sólo pueden pensarse e imaginarse bajo el presupuesto lógico de una norma, donde se incluyen:

- a) *Conceptos jurídicos propios.-* Matrimonio, deber legal de alimentos, documentos, funcionario;
- b) *Conceptos referidos al valor.-* Móviles de piedad, medidas arbitrarias, atentados contra las buenas costumbres y la moral; y,

²⁰ Medina Peñaloza, J, Sergio, *Teoría del delito, causalismo, finalismo, funcionalismo e imputación objetiva*, segunda edición corregida y aumentada Ed., Ángel Editor, México 2003, p. 155.

²¹ Art. 168 del CFPP., vigente 2005.

²² Medina Peñaloza, J, Sergio, *op. cit.*, p. 162.

c) *Conceptos referidos a sentido.*- Ataque a la dignidad humana, acto sexual, secreto; que también refieren a una realidad aprehensible por los sentidos, encontrándose en relación con el mundo de los hechos.”²³

Por ejemplo: la calidad de “boleta electoral”, “casilla”, “credencial para votar”, etcétera.

1.4.3. Incorporación del cuerpo del delito

La teoría del delito posee un carácter instrumental cuando permite la aplicación concreta de la ley sustantiva en sentencias definitivas, cumpliendo una importante misión para los efectos de la práctica procesal consistente en proporcionar una serie de criterios sobre la interpretación del Derecho penal, que conducen a su adecuada imposición al caso concreto. Sin embargo no es factible creer la aplicación de esta teoría, en su totalidad, al concepto procesal de cuerpo del delito.

La idea de analizar la afinidad entre los contenidos considerados por el Derecho penal, con los que posee el Derecho Procesal Penal, es pretérita. Quienes aún hoy se encierran sólo en el Derecho penal ignorando tal analogía entre ambas disciplinas jurídicas, se equivocan, pues la pura teoría penal no tendría sentido objetivo. No debe pasar

²³ *Idem.* p.163.

inadvertido que la norma instrumental constituye la única vía posible a través de la cual se deben actualizar las figuras conceptuales de la ley penal sustantiva. Por lo que se deben explicar procesalmente aquellas significaciones que sirven de unión y hasta de justificación a ambos derechos señalados, como es el caso del cuerpo del delito.

El Derecho penal acepta como elementos del delito a la conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Consuetudinariamente se ha establecido una cierta adecuación entre los conceptos sustantivos y los fundamentos procesales, partiendo de la base de que la parte objetiva del delito se integra con el tipo y la antijuridicidad, lo que trasladado al campo procesal viene a formar lo que en el sistema penal mexicano se considera como cuerpo del delito, y la parte subjetiva se conforma con la culpabilidad. El cuerpo del delito se integra con los elementos objetivos, subjetivos distintos al dolo y normativos que integran el tipo penal, o sea la conducta, la autoría o participación, el resultado, el nexo causal y el hecho típico.

El tipo en la dogmática penal es una figura que surge de la interpretación de la ley penal. Así se concibe al tipo como una descripción de la conducta prohibida por una norma, a la cual habrá de ajustarse una conducta concreta para que pueda acreditarse como típica. En este sentido se

dice que el hecho se subsume en el tipo penal relativo; a este tipo penal se denomina tipo de la adecuación y se diferencia de otros conceptos de tipo por su exacta aplicación; en tanto que el llamado tipo garantía contiene todos los elementos que condicionan la aplicación de una pena y que puedan no estar considerados dentro del tipo de la adecuación, como es el caso del desistimiento espontáneo en la tentativa.

Con esta teoría del tipo la dogmática penal busca determinar que la conducta realizada es la acción prevista por la norma y sancionada con pena por la ley. Para lo cual la teoría del tipo procede a analizar cada uno de los elementos que integran la descripción, como también ocurre con el cuerpo del delito.

Entre 1950 y 1960 se registró una gran polémica en la ciencia del Derecho penal, particularmente en lo tocante a la teoría del delito, por la forma de concebir los problemas de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad por parte de la teoría finalista de la acción. En dicho proceso se olvidó incluir los aspectos instrumentales, donde el pueblo y el individuo se guarecen contra el delito, las arbitrariedades de los apremios ilegítimos y la ilegalidad. Así nació el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales. Actualmente este precepto ha sido modificado sustituyendo el concepto de elementos del tipo penal del delito, por el de cuerpo del delito.

Con estos antecedentes en el año de 1983 se plantearon con base en el Derecho adjetivo, las adecuaciones y modificaciones conceptuales para determinar con mayor claridad el concepto del cuerpo del delito y, como consecuencia, de la probable responsabilidad penal del inculcado, que eran desde aquél entonces las bases constitucionales sobre las cuales se desplaza la justicia criminal, no sólo en México, sino en la mayoría de los Estados de Derecho donde rige el principio de legalidad, a nivel de norma constitucional.

La dogmática penal sufrió una escisión ideológica, misma que se aleja del concepto causal de la acción, estableciendo que el dolo y la culpa deberían ser motivo de estudio sólo dentro de la culpabilidad, para hacer surgir una estructura del tipo basada en un concepto final de acción, a partir del cual el dolo y la culpa son separados en su trato de la culpabilidad, para pasar a formar parte como elementos subjetivos del tipo penal. En cierto modo estas disposiciones doctrinales aún mantienen dividida a la ciencia del Derecho Penal, restándole cohesión y firmeza en sus resultados, los cuales, en todo caso, son los únicos que en la práctica interesan al derecho instrumental.

El nuevo texto reformado del artículo 168, por un lado parte del concepto de cuerpo de delito, configurado por

el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica así lo requiera.

El delito, con sus citados elementos ya probados, en el proceso y atribuidos a su autor, sólo puede determinarse en la sentencia definitiva; antes de ésta, durante la averiguación previa o cualquier procedimiento de la instancia penal, propiamente no puede hablarse de la existencia del delito y, menos aún, de quien sea delincuente responsable del mismo. Prevenciones que están establecidas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Esto implica, que únicamente el órgano jurisdiccional es el competente para, después de agotar las formalidades esenciales del procedimiento y mediante resolución definitiva con autoridad de cosa juzgada, declarar cuando una acción típica, antijurídica y culpable es delito.

El cuerpo del delito no es suficiente para establecer la ilicitud del comportamiento, pues, al igual que la tipicidad, únicamente representan un indicio de antijuridicidad y de culpabilidad; por tanto, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado son los antecedentes probatorios y constitucionales necesarios para legitimar,

primero una consignación y, después, un auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

La antijuridicidad como elemento del delito, forma parte del cuerpo del delito; ello porque la conducta que se adecua al tipo siempre es violatoria del ordenamiento jurídico; lo cual se debe a que, si bien es cierto que el propio ordenamiento jurídico establece prohibiciones y mandatos, también lo es que además contempla permisiones o acciones típicas permitidas, o sea autorizaciones para realizar la conducta típica bajo ciertos requisitos.

Constitucional y procesalmente, el cuerpo del delito únicamente es prueba de la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal y con base al artículo 168 del CFPP; ello significa, primero, al establecer este precepto como elemento normativo (“...la ley señale como delito...”), que el presupuesto básico de aquél está constituido por el tipo penal; luego, si el tipo es una condición del cuerpo del delito, entonces sus elementos estarán definidos invariablemente por esta circunstancia, dado que, por el principio de legalidad que impera en la sistemática penal mexicana, son presupuestos de éste. Sin embargo para los efectos del cuerpo del delito, debe dejarse fuera del estudio del tipo lo concerniente a la pena, ya que ésta, si bien es

cierto que se contempla en el tipo, también lo es que ésta más bien se relaciona con la culpabilidad, por lo mismo de que el sujeto activo del delito sólo es culpable si ha obrado de tal manera que pueda afirmarse que es reprochable, o sea que tuvo la posibilidad de obrar de otra manera, es decir, que pudiendo actuar de conformidad con el derecho no lo hizo, por lo cual se dice que es culpable.

Los tipos penales refieren conductas (acción u omisión), que son por decisión del Estado, los límites infranqueables de la política criminal que señala el ordenamiento jurídico, no toda conducta es típica, sino sólo aquellas que se adecuan exactamente a la descripción del precepto legal, o sea las que realizan un hecho que el derecho ha establecido como delictivo en un tipo penal. De esta manera, la "conducta", en el proceso, tiene por objeto acciones humanas que contemplan un hecho típico y de un mínimo de elementos que tienen relevancia jurídico-penal; en ese sentido, no sólo el cuerpo del delito sino todos los demás elementos del tipo penal son también descripción de la conducta prohibida por un determinado y específico tipo penal, el cual hace referencia, al principio de legalidad, que señala que no existirán el cuerpo del delito ni los restantes elementos del tipo sin un precepto penal que los describa, como lo establece el artículo 14 Constitucional; algunos delitos contemplan elementos extras o especiales que

integran el contenido típico, en determinados artículos, la configuración de la situación fáctica puede no ser completa con la descripción de la acción (aspecto normativo), de su resultado (aspecto objetivo), o inclusive del autor de la acción, dándose así referencias normativas a otras circunstancias, como el lugar, los medios, inclusive elementos subjetivos, distintos del dolo, que existen en algunos tipos como, por ejemplo, en los delitos de aborto “**voluntariamente**” provocado (artículo 332 CPF), obstaculice o interfiera **dolosamente** el desarrollo normal de las votaciones (art. 403, frac. IV del CPF) o bien a **sabiendas** permita o tolere que alguien emita o introduzca la boleta en la urna cuando no tiene derecho (art. 405, frac X del CPF), entre otros, y que deben acreditarse.

Antes de la aparición del finalismo, se ubicaba al dolo y a la culpa como segmentos pertenecientes a la culpabilidad, dado que la Doctrina Penal dominante sostenía un concepto causal de la acción como basamento de la concepción del delito. Pero al emerger el finalismo se reestructura el concepto de dicho ilícito al extraer de la culpabilidad el dolo y la culpa, para transferirlos, según la teoría finalista de la acción, como elementos subjetivos de ésta. A partir de esta concepción últimamente se ha llegado a correlacionar la tesis finalista de la acción con el cuerpo del delito, como ocurrió no hace mucho en México donde se

substituyó aquél (al cuerpo del delito) por el concepto de los elementos del tipo penal del delito, ya que en éste se incluyó la totalidad de los elementos del tipo penal, inclusive el dolo, la culpa, la autoría y la participación; durante esta etapa en que rigió el criterio de los elementos del tipo penal del delito se dejó a la culpabilidad integrada sólo por la imputabilidad y el juicio de reproche, es decir, en esta teoría es culpable aquél que estando en posibilidad de motivarse para abstenerse de realizar un hecho ilícito, no lo hizo ni por el deber impuesto por la norma, ni por la amenaza de la pena establecida contra la infracción de ella. Sin embargo, aún dentro del finalismo debe precisarse que la antijuridicidad no se incluye dentro de los elementos del tipo penal del delito, pues éstos son sólo una referencia o indicio de la antijuridicidad, sobre lo cual debe probarse en el proceso penal la ausencia de causas de justificación; es decir, la antijuridicidad de los elementos del tipo en un caso concreto, del resultado típico, depende de que la realización de la conducta típica no se halle amparada por una causa de justificación; consecuentemente, el estudio de los elementos del tipo, del cuerpo del delito y de la antijuridicidad son figuras de análisis e investigación diferentes, mismas que no deben mixturizarse en razón de que los dos primeros se determinan con independencia de ésta.

Se entiende por tipo, la descripción de la conducta prohibida por una norma. Por hecho típico se entiende el resultado concreto de la realización de un hecho prohibido como presupuesto de la aplicación de una pena; este concepto se refiere, al hecho típico y no a la acción final del autor dirigida a la realización del tipo, o a la que sin dirigirse, igualmente se integra éste como consecuencia de la falta de cuidado concreto. En el proceso penal, para establecerse el concepto procesal del cuerpo del delito se requiere que dicha descripción se adecue al hecho concreto a fin de poder establecer que es típico. Así el cuerpo del delito bajo esta teoría procesal, abarca la descripción del tipo y el hecho típico, pero al comprender el autor o partícipe de éste o su conducta se suma la idea de la tipicidad, aquí en forma de acción realizada como comportamiento relevante para el Derecho penal, de la acción prohibida por la norma y sancionada con pena al subsumirse en el tipo penal y en suma de la probable responsabilidad, primero (auto de formal prisión) y, después, de la plena responsabilidad del inculpado (en sentencia definitiva).

Lo anterior, no implica negar la posible existencia de algunos elementos subjetivos en el cuerpo del delito expresamente determinados así en ciertos tipos, como elementos esenciales de esos delitos.

Se define al cuerpo del delito como el conjunto de elementos objetivos, subjetivos y normativos integrantes del tipo penal. Al respecto el artículo 168 erróneamente omitió señalar como parte integrante del cuerpo del delito a los elementos subjetivos del mismo, con lo cual, por el principio de legalidad, ello justificadamente pudiera implicar la alegación de que no se pudieran tipificar los cuerpos de delitos que comprendieran dicho elemento subjetivo; pudiera pensarse que esta omisión se subsana con lo que establece el artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP) en sus dos primeros párrafos:

“ARTICULO 134.- En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante los tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea.

No obstante lo dispuesto por la fracción II del artículo 15 del Código Penal federal, el Ministerio Público podrá ejercer la acción penal en los términos del párrafo precedente y, en su caso, las excluyentes del delito que se actualicen por la falta de los elementos subjetivos del tipo, serán analizados por el juzgador después de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso según corresponda, sin perjuicio del derecho del inculpado de acreditar ante el propio

Ministerio Público la inexistencia de los
mencionados **elementos subjetivos del tipo.**" (...) ²⁴

Sin embargo no se corrige tal omisión por lo establecido en el citado artículo 134, finalmente sigue siendo el artículo 168 del aludido texto legal, el que legalmente señala los contenidos del cuerpo del delito en el fuero federal, dentro de los cuales no quedaron inmersos los señalados elementos subjetivos, por lo que el juzgador tendrá que fundar y motivar su resolución relativa con base a lo que establece el párrafo segundo del artículo 168 que en ese aspecto indica:

(...) "Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera..." ²⁵

El concepto de cuerpo de delito procesal no debe identificarse totalmente con el concepto que de él se tiene en el Derecho penal, como tipo objetivo; ambas figuras tienen naturaleza y elementos diferentes, que además sirven a fines distintos de política-criminal. En consecuencia es inadecuado pretender aplicarle al cuerpo del delito la teoría del delito, del tipo objetivo y aún de la tipicidad en su totalidad.

²⁴ Compila XI, ...

²⁵ Compila XI, ...

Al respecto hay que hacer referencia a las tesis jurisprudenciales y jurisprudencia:

“CUERPO DEL DELITO. FORMAN PARTE DE ÉL. LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECÍFICOS DISTINTOS AL DOLO. De la interpretación armónica y sistemática de los preceptos 168 y 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, y 15, fracción II, del Código Penal Federal, se desprende que los elementos subjetivos específicos distintos al dolo forman parte del cuerpo del delito, en primer término, por encontrarse contenidos en la descripción típica (cuando así se observe de la misma), al igual que los elementos objetivos y normativos; en segundo lugar, en virtud de que los aspectos que integran la probable responsabilidad versan exclusivamente sobre la participación dolosa o culposa del indiciado en el injusto, la existencia de causas de licitud y las excluyentes de culpabilidad. En este orden de ideas, al dictarse el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, según sea el caso, esas ultraintenciones —como se les conoce en la dogmática penal—, deben analizarse por los tribunales como elementos del cuerpo del delito; sin embargo, al dictarse el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, los elementos subjetivos específicos distintos al dolo no requieren acreditarse a plenitud, toda vez que las excluyentes del delito que se actualicen por falta de dichos elementos, deben analizarse por el juzgador con posterioridad al dictado de tales determinaciones.”²⁶

“CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DEL. SÓLO ES APLICABLE A LA ORDEN DE APREHENSIÓN Y EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, DE ACUERDO CON LAS REFORMAS A LOS ARTÍCULOS 16 Y 19, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PUBLICADAS EL OCHO DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE. Es incuestionable que a raíz de las

²⁶ Tesis I.6°.P.20, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t., XIII, Mayo de 2001, p. 1117.

reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución General de la República, del ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, relativas a los requisitos de fondo para decretar tanto una orden de aprehensión como un auto de formal prisión, destacan entre otros, la acreditación del cuerpo del delito, el cual, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, se entiende como el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera. Ahora bien, del análisis de la definición anterior, se advierte que para el dictado de una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, no se requiere la demostración de los elementos moral o subjetivos del delito, esto es, el dolo o la culpa, sino sólo de los objetivos, materiales o externos, y en determinados casos, cuando la conducta típica lo requiera, los normativos. En efecto, es hasta la sentencia definitiva cuando el juzgador debe entrar al estudio de los aspectos moral o subjetivo del ilícito, entre los que se encuentran, el dolo o la culpa, ya que éstos, bajo el anterior concepto de elementos del tipo penal, forman parte de los elementos del delito en general. Consecuentemente, como las reformas de marzo de mil novecientos noventa y nueve, a los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, únicamente comprenden lo concerniente a que la institución denominada cuerpo del delito sólo es aplicable a las exigencias para librar una orden de aprehensión o dictar un auto de formal prisión, jurídicamente es posible interpretar que dicha reforma no modificó en lo sustancial los demás aspectos, esto es, aquellos que introdujo la figura de los elementos del tipo penal en septiembre de mil novecientos noventa y tres; por esta razón, el concepto de elementos del tipo penal sigue prevaleciendo para la sentencia definitiva, por no verse afectada con dichas reformas.”²⁷

²⁷ Tesis III.2º., publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t., XII, Septiembre de 2000, p.67.

“SENTENCIA PENAL. NO SATISFACE LOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES DE FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, SI CON LA SIMPLE RELACIÓN DE PRUEBAS SE CONCLUYE QUE SE ACREDITARON LOS ELEMENTOS DEL CUERPO DEL DELITO. El artículo 16, párrafo primero de la Carta Magna impone como garantía a favor del gobernado, que todo acto de autoridad debe encontrarse debidamente fundado y motivado, a fin de que esté en posibilidad de conocer con precisión los motivos y razones legales que se tomaron en cuenta para emitir dicho acto de autoridad. Por otra parte, el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, impone a la autoridad judicial la obligación de examinar si en el caso concreto, se encuentran acreditados los elementos del cuerpo del delito relativo (elementos del tipo, antes de su última reforma). Ahora bien, de la interpretación armónica de ambos preceptos, se concluye que para cumplir con la referida obligación constitucional, es necesario que la autoridad judicial precise: a) Cuales son los elementos citados cuya actualización exige la figura delictiva correspondiente; b) Con qué pruebas se acredita cada uno de ellos y qué valor les corresponde a éstas, de acuerdo con la ley adjetiva; c) Cuales son los preceptos legales aplicables al caso, y además, todas aquellas circunstancias que se tuvieron en consideración para ello, precisando la adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables. Por tanto, es claro que tales requisitos no se satisfacen cuando el juzgador se constrañe a relacionar las pruebas existentes en la causa penal relativa y con ello concluye que se encuentran probados los elementos del cuerpo del delito respectivo.”²⁸

²⁸ Tesis XII.2º. J/13, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t., XII, Agosto de 2000, p. 1123.

Capítulo II

Conducta y su aspecto negativo

2.1. Conducta

Eduardo López Betancourt, afirma que la conducta es el "comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito."²⁹

Lo que significa que sólo los seres humanos pueden cometer conductas positivas o negativas, ya sea una actividad o inactividad respectivamente.

Para el citado autor, la manifestación de voluntad de los sujetos activos del delito pueden ser de:

- a) acción; y
- b) omisión {
 - Omisión simple
 - Omisión por comisión³⁰

²⁹ López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito*, décima primera edición, Ed., Porrúa, México, 2003, p. 83.

³⁰ *Ibidem*.

2.1.2. La acción

En nuestro Código Penal Federal en el art. 7 se prevé que se entiende por acción, pues a la letra dice:

"Artículo 7o. Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales."³¹

Antes de entrar al estudio dogmático del artículo 405, fracción X del Código Penal Federal, haremos referencia al concepto de acción por algunos autores causalistas.

Jiménez de Asúa establece: "El primer carácter del delito es ser un acto. Empleamos la palabra acto (e indistintamente *lato sensu*) y no de hecho, porque hecho es todo acontecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano del hombre que del mundo de la naturaleza. En cambio acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta."³²

El mismo autor sostiene que el acto es "la manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior o que por no hacer lo que

³¹ Legislación Penal y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004.

³² Jiménez de Asúa, Luis, *Principios de Derecho Penal, la ley y el delito*, Ed., Sudamericana, Buenos Aires, 1990, p. 210.

espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda."³³

En tanto que Abarca alude: "la acción en Derecho Penal equivale a conducta humana y por lo tanto comprende tres elementos: 1. un querer interno del agente; 2. una conducta corporal del mismo agente, y 3. un resultado externo."³⁴

Por su parte, Maggiore señala: "acción es una conducta voluntaria que consiste en hacer o no hacer algo, que produce alguna mutación en el mundo exterior."³⁵

Porte Petit, respecto a la acción nos dice: "La acción consiste en la actividad o el hacer voluntarios, dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico. Es por ello, que da lugar a un 'tipo de prohibición'."³⁶

Por su parte Maurach, dice: "La acción se realiza por manifestación de la voluntad, dirigida conforme a su esencia, a un fin. El que un determinado comportamiento relevante socialmente, 'movimiento corporal' o 'reposo

³³ *Ibid*, p. 210.

³⁴ Abarca, Ricardo, *El Derecho Penal mexicano*, Ed., Cultural, México 1941, p. 337.

³⁵ Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal*, vol. I, *El Derecho Penal - El Delito*, segunda reimpresión de la segunda edición, Ed., Santa Fe de Bogotá - Colombia, 2000, p. 309.

³⁶ Porte Petit Candaudap, Celestino, *Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal*, sexta edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1983, p. 300.

corporal', pueda ser valorado como acción, depende de que esta conducta física esté o no dirigida por la voluntad. Tan sólo en el primer caso se puede hablar de una acción. Del ámbito de la acción se deben separar, pues, aquellas formas de conducta que no son producto de una voluntad rectora. No resultará excluida, por el contrario, la cualidad de acción, de una conducta que se presente como resultado de la manifestación no libre de la voluntad. La voluntad de la acción es neutra valorativamente; constituye un proceso psicológico. Es pues también voluntario el proceso en el que, por coacción exterior (situación de necesidad) o disposición interna (inimputabilidad), no es libre de decisión volitiva, los límites entre falta de acción y de atribuidad de una acción existente, no se pueden trazar siempre con seguridad.”³⁷

Por su parte, Eduardo López Betancourt, asevera: “Al aspecto interno de la conducta pertenece la proposición de un fin y la selección de los medios para su obtención. Siempre que proponemos un fin, retrocedemos mentalmente desde la representación del fin, para seleccionar los medios con qué poner en marcha la causalidad, para que se produzca el resultado querido. En una selección no podemos

³⁷ Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, t., I, Ed. Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, pp. 214 y 215.

menos que representarnos también, los resultados concomitantes." ³⁸

Fernando Castellanos Tena, afirma que la "acción, *stricto sensu*, es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación" ³⁹

El concepto de acción desde el punto de vista causal, se entendió como "la manifestación de la voluntad por medio del movimiento corporal (o de la ausencia de ese movimiento corporal) que produce un resultado" ⁴⁰

En síntesis diremos que para los causalistas los delitos de acción se cometen mediante un comportamiento positivo; en ellos se viola una norma prohibitiva.

Los elementos de la acción para los causalistas son:

- a) La voluntad,
- b) La actividad,
- c) El resultado, y

³⁸ López Betancourt, Eduardo, *op cit.*, p. 92.

³⁹ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de Derecho Penal* (parte general), vigésima séptima edición, Ed. Porrúa, S. A., México, 1989, p.152.

⁴⁰ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *op cit.*, p. 88.

d) La relación de causalidad, llamado este último también nexa casual.

a) *Voluntad*. Es el querer, por parte del sujeto activo, de cometer el delito. Es propiamente la intención.

b) *Actividad*. Consiste en el "hacer" o actuar. Es el hecho positivo o movimiento humano encaminado a producir el ilícito.

c) *Resultado*. Es la consecuencia de la conducta; el fin deseado por el agente y previsto en la ley penal.

d) *Nexo de causalidad*. Es el ligamento nexa que une a la conducta con el resultado, el cual debe ser material. Dicho nexa es lo que une a la causa con el efecto, sin el cual este último no puede atribuirse a la causa." ⁴¹

Ahora, daremos algunas definiciones de la acción de autores finalistas como son:

Hans Welzel, la acción es "la actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso." ⁴²

Hans Welzel es el jurista que dio nacimiento a la teoría de la acción finalista, la cual plantea una sistematización de la dogmática jurídico penal distinta de la dogmática "causalista."

⁴¹ Amuchategui Requena, Irma Griselda, *Derecho Penal*, Ed. Harla, México, 1998. p. 50.

⁴² Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán, parte general*, décima primera edición, traducción del alemán por el Prof. Juan Bustos Ramírez y Prof. Sergio Yáñez Pérez, Ed. Jurídica de Chile, 1970, p.53.

Zaffaroni dice: "son tipos dolosos los que prohíben conductas atendiendo a la prohibición de procurar por el fin de la conducta, es decir que lo prohibido es la puesta en marcha de la causalidad en dirección al fin típico."⁴³

Enrique Bacigalupo, ha definido el concepto de acción como el "ejercicio de actividad final."⁴⁴

Francisco Muñoz Conde define la acción como "la conducta humana voluntaria, pero, a diferencia de la teoría final, la teoría causal prescinde del contenido de la voluntad, es decir, del fin. Según esta teoría lo importante para establecer el concepto de acción es que el sujeto haya actuado voluntariamente. Lo que este sujeto haya querido (es decir, el contenido de su voluntad) es, sin embargo, irrelevante y solo interesa en el marco de la culpabilidad. La teoría causal reduce, pues, el concepto de acción a un proceso causal prescindiendo por completo de la vertiente de la finalidad. Con ello desconoce la realidad de las acciones humanas, que no son simples procesos causales (pues en este caso no se podrían diferenciar de los fenómenos de la naturaleza), sino procesos causales dirigidos a un fin. Es,

⁴³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal, parte general*, cuarta edición, Ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991, pp. 267 y 365.

⁴⁴ Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal, parte general*, segunda edición, totalmente renovada y ampliada, Ed., Hammurabi, SRL, Argentina 1999, p. 246.

pues, lógico que ese fin sea también tenido en cuenta ya en el momento de establecer el concepto de acción.”⁴⁵

De lo anterior, la suscrita concluye que para Muñoz Conde, “la acción es todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Sólo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica, sin embargo, siempre una finalidad. No se concibe un acto de la voluntad que no vaya dirigido a un fin. El contenido de la voluntad, es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir, un fin. De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un fin. La acción es ejercicio de la acción final.”

En esa tesitura se desprende que la acción desde el punto de vista causal, nace de un movimiento corporal que produce un cambio en el mundo exterior, es decir, un efecto, y entre una y otra se da una relación. Es decir, la acción no es más que un movimiento corporal voluntario, que produce un resultado ciego, es decir, no interesa el sentido o fin de la acción.

Para la teoría finalista, la acción humana “todo comportamiento exterior evitable, es decir, un

⁴⁵ Muñoz Conde, Francisco, *op cit.*, p. 10.

comportamiento que el autor habría podido evitar si hubiera tenido un motivo para hacerlo. Por ejemplo: el autor que dispara sobre su víctima y le produce la muerte habría podido evitar esa acción si hubiera querido; el que, como consecuencia de una fuerza irresistible (por ejemplo, una avalancha de personas) que lo empuja contra otra persona, le causa lesiones, no hubiera podido evitar lesionar a otro. En el primer caso existe una acción; en el segundo no. Sólo una conducta evitable puede ser expresiva del sentido social que interesa al derecho penal.”⁴⁶

La suscrita considera que le asiste la razón a los finalistas, por que la conducta no puede ser ciega, el activo desde el momento que decide cometer el delito sabe el resultado y lo acepta, además de que es un comportamiento humano, exterior y evitable.

En nuestra opinión, la estructura de la acción puede analizarse en tres niveles para los finalistas:

- a) El hombre se propone la realización de un fin anticipado;
- b) Elige los medios para la realización del fin anticipado;

⁴⁶ Bacigalupo, Enrique, **Derecho penal, parte general**, segunda edición, totalmente renovada y ampliada, Ed., Hammurabi, SRL, Argentina 1999, p. 250.

c) Pone en marcha la realización del fin anticipado, utilizando los medios elegidos.

2.1.3. La omisión

También en nuestro mencionado precepto 7º del CPF, se prevé la omisión.

“Artículo 7o. Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.”⁴⁷

El comportamiento humano no sólo se agota con el ejercicio activo de la finalidad, sino que puede también presentarse como un aspecto pasivo, constituyendo la omisión. Este aspecto pasivo del actuar humano puede resultar penalmente relevante, ya que el Derecho penal, no sólo contiene normas prohibitivas cuya inobservancia

⁴⁷ Legislación Penal y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004.

producen resultados socialmente nocivos. Así la infracción a la norma imperativa que imponen un hacer es lo que constituye la esencia de los delitos de omisión. Lo que el legislador sanciona en éstos es la no realización de la acción esperada y exigida legalmente.

La omisión radica en un abstenerse de obrar, es decir, en dejar de hacer lo que se debe ejecutar. La omisión es una forma negativa de la acción.

De acuerdo con Muñoz Conde, "no existe una omisión en sí sino, siempre y en todo caso, la omisión de una acción determinada. De aquí se desprende que el sujeto autor de la omisión debe de estar en condiciones de poder realizar la acción; si no existe tal posibilidad de acción, por las razones que sean, no puede hablarse de omisión. Omisión no es un simple no hacer nada, sino no hacer una acción que el sujeto está en situación de poder hacer. Todas las cualidades que constituyen la acción en sentido activo (finalidad y causalidad) deben estar a disposición del sujeto, para poder hablar de omisión."⁴⁸

⁴⁸ *Ibid.*, p. 23.

La omisión, dice Cuello Calón, es "la inactividad voluntaria cuando existe el deber jurídico de obrar."⁴⁹

Para Zaffaroni, en cambio "los tipos omisivos son los que describen la conducta debida, quedando, por ende, prohibida toda conducta que no coincide con la conducta debida."⁵⁰

Maggiore dice que la omisión es "toda conducta humana, dolosa o culposa, que sin necesidad de una acción material (movimiento corpóreo), produce algún cambio en el mundo exterior."⁵¹ Los delitos de omisión consisten en la abstención del sujeto cuando la ley ordena la realización de un acto determinado.

En los delitos de acción se hace lo prohibido, en los de omisión se deja de hacer lo mandado expresamente. En los de acción se infringe una ley prohibitiva y en los de omisión una dispositiva.

De lo anterior podemos decir que la omisión tiene cuatro elementos:

⁴⁹ Cuello Calón, Eugenio, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, novena edición, Ed., Nacional, México, 1961, p. 288.

⁵⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal, parte general*, Ed. Cárdenas editor y distribuidor, México, 1988, p. 367.

⁵¹ Maggiore Giuseppe, *Derecho Penal*, t. I, quinta edición, Ed. Temis, Bogotá, 1989, p. 354.

- “1. Una manifestación de la voluntad;
2. Una conducta pasiva (inactividad);
3. Un deber jurídico de obrar, y
74. Un resultado típico jurídico.”⁵²

Tomando en consideración los elementos de la omisión, Franz von Liszt, definió que en la omisión “la manifestación de voluntad consiste *en no ejecutar, voluntariamente, el movimiento corporal que debiera haberse realizado.*”⁵³

La no realización de la acción debe ser voluntaria y no coaccionada, y el sujeto que produce el resultado con su inactividad, está obligado a un deber jurídico de obrar.

Los delitos de omisión, al igual que los de acción, pueden lesionar o poner en peligro bienes jurídicos tutelados por el Derecho.

En conclusión podemos decir, la acción y omisión no son, dos formas ontológicas del comportamiento humano, sino dos subclases independientes del comportamiento humano, susceptible de ser regido por su actuar.

⁵² Cft. López Betancour, Eduardo, *op.cit.*, p. 100.

⁵³ Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, tercera edición, trad. por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el derecho Penal Español, por Quintiliano Saldaña, Ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, p. 314.

2.1.3.1. Clases de omisión

Los delitos de omisión se clasifican en:

- 1.- Omisión simple (o propia); y
- 2.- Comisión por omisión (o impropia).

2.1.3.1.1. Omisión simple (o propia).- “consistente en un no hacer, voluntario o culposo, violando una norma preceptiva, produciendo un resultado típico de índole formal.”⁵⁴

Porte Petit estima como elementos de la omisión propia:

- a) Voluntad, o no voluntad (delitos de olvido);
- b) Inactividad, y
- c) Deber jurídico de obrar, con una consecuencia consistente en un resultado típico.”⁵⁵

Los delitos de omisión simple están constituidos por la inactividad del sujeto. En la omisión simple sólo se viola la norma que ordena, porque el agente no hace lo mandado.

Algunos autores han afirmado que en los delitos de omisión falta un hacer, con lo que estamos de acuerdo, porque la omisión es una inactividad voluntaria; generalmente

⁵⁴ Porte Petit Candaudap, Celestino, Programa de la parte general del Derecho Penal, México, 1958, p. 162.

⁵⁵ *Idem.*

este tipo de delitos son formales, en los cuales el resultado es de peligro, es decir, ponen en riesgo el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

Al respecto Sebastián Soler expresa: "Lo que sucede es que, en la omisión, así como se invierte la relación causal, y en vez de acto cometido se juzga el acto esperado, así también, en vez de hablarse de la voluntariedad del acto omitido, hay que referirse a la posibilidad de haber querido el acto esperado: si esa posibilidad no ha existido, tampoco hubo omisión".⁵⁶

Para la teoría finalista el contenido típico de los delitos omisivos propios está constituido por la simple infracción de un deber de actuar.

En los delitos de omisión simple, se sanciona la omisión y en los de comisión por omisión, no se sanciona la omisión en sí, sino el resultado producido.

De ahí que nuestro delito a estudio, también puede ser de omisión simple, pues lo que se está sancionando es el hecho de que el sujeto activo del delito, es decir, el funcionario electoral, tolere, no impida, con conocimiento, que

⁵⁶ Soler, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, Ed., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, p. 338.

un ciudadano emita un voto cuando no cumple con los requisitos de la ley o que se introduzca en las urnas ilícitamente una o más boletas electorales.

Nosotros estimamos que el injusto penal previsto en el artículo 405 fracción X del CPF. es un delito que solo admite la forma de omisión, debido a que el sujeto activo del delito, en la especie, funcionario electoral, deja de hacer algo, a que estaba obligado a hacer, tal como verificar que el elector cumpla con los requisitos de la ley y vigilar que no se introduzca más de una boleta electoral en la urna correspondiente; pues el término permitir significa dar su consentimiento a una persona para que haga algo, en la especie, que se emita un voto cuando no cumple el ciudadano con los requisitos de ley o permitir que el ciudadano introduzca en las urnas ilícitamente una o más boletas electorales.

El delito previsto en la fracción X del artículo 405 del CPF, es un delito que admite la omisión simple, pues el término "tolerar" significa "Permitir algo que no se tiene por lícito, sin aprobarlo expresamente."⁵⁷

⁵⁷ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición, t., II, España, 2001, p. 2189.

Los funcionarios de casilla (Presidente y Secretario) tienen la obligación de verificar que el elector esté presente en el lugar de la recepción del voto con el ánimo de votar y cumplan con los requisitos:

- Estar inscrito en el Registro Federal de Electores
- Contar con credencial para votar
- Estar en la lista nominal.
- Estar en el padrón electoral.

Estos requisitos están previstos en los arts. 217, 218, 219 y 220 del COFIPE, que a la letra dicen:

Artículo 217.- 1. Los electores votarán en el orden en que se presenten ante la mesa directiva de casilla, debiendo mostrar su Credencial para Votar con fotografía.

2. Los Presidentes de casilla permitirán emitir su voto a aquellos ciudadanos cuya Credencial para Votar contenga errores de seccionamiento, siempre que aparezcan en la lista nominal de electores con fotografía correspondiente a su domicilio.

3. En el caso referido en el párrafo anterior, los Presidentes de casilla, además de identificar a los electores en los términos de este Código, se cerciorarán de su residencia en la sección correspondiente por el medio que estimen más efectivo.

4. El Presidente de la casilla recogerá las Credenciales para Votar que tengan muestras de alteración o no pertenezcan al ciudadano, poniendo a disposición de las autoridades a quienes las presenten.

5. El Secretario de la mesa directiva anotará el incidente en el acta respectiva, con mención expresa

del nombre del ciudadano o ciudadanos presuntamente responsables.

Artículo 218.- 1. Una vez comprobado que el elector aparece en las listas nominales y que haya exhibido su Credencial para Votar con fotografía, el Presidente le entregará las boletas de las elecciones para que libremente y en secreto marque sus boletas en el círculo o cuadro correspondiente al partido político por el que sufragará, o anote el nombre del candidato no registrado por el que desea emitir su voto.

2. Aquellos electores que no sepan leer o que se encuentren impedidos físicamente para marcar sus boletas de voto, podrán hacerse asistir por una persona de su confianza que les acompañe.

3. Acto seguido, el elector doblará sus boletas y se dirigirá a depositarlas en la urna correspondiente.

4. El Secretario de la casilla anotará la palabra "votó" en la lista nominal correspondiente y procederá a:

a) Marcar la Credencial para Votar con fotografía del elector que ha ejercido su derecho de voto;

b) Impregnar con líquido indeleble el dedo pulgar derecho del elector; y

c) Devolver al elector su Credencial para Votar.

5. Los representantes de los partidos políticos ante las mesas directivas, podrán ejercer su derecho de voto en la casilla en la que estén acreditados, para lo cual se seguirá el procedimiento señalado en éste y el anterior artículo, anotando el nombre completo y la clave de la Credencial para Votar de los representantes al final de la lista nominal de electores.

Artículo 219.- 1. Corresponde al Presidente de la mesa directiva, en el lugar en que se haya instalado la casilla, el ejercicio de la autoridad para preservar el orden, asegurar el libre acceso de los electores, garantizar en todo tiempo el secreto del voto y mantener la estricta observancia de este Código.

2. Los miembros de la mesa directiva deberán permanecer en la casilla a lo largo de la votación, pero en ningún caso podrán interferir con la libertad y secreto del voto de los electores.

3. Tendrán derecho de acceso a las casillas:

a) Los electores que hayan sido admitidos por el Presidente en los términos que fija el artículo 218 de

este Código;

b) Los representantes de los partidos políticos debidamente acreditados en los términos que fijan los artículos 203 y 204 de este Código;

c) Los notarios públicos y los jueces que deban dar fe de cualquier acto relacionado con la integración de la mesa directiva, la instalación de la casilla y, en general, con el desarrollo de la votación siempre y cuando se hayan identificado ante el Presidente de la mesa directiva y precisada la índole de la diligencia a realizar, misma que en ningún caso podrá oponerse al secreto de la votación; y

d) Funcionarios del Instituto Federal Electoral que fueren llamados por el Presidente de la mesa directiva.

4. Los representantes generales permanecerán en las casillas el tiempo necesario para cumplir con las funciones que les fija el artículo 199 de este Código; no podrán interferir el libre desarrollo de la votación ni pretender asumir las funciones propias de los integrantes de la mesa directiva. El Presidente de la mesa directiva podrá conminarlos a cumplir con sus funciones y, en su caso, podrá ordenar su retiro cuando el representante deje de cumplir su función, coaccione a los electores, o en cualquier forma afecte el desarrollo normal de la votación.

5. En ningún caso se permitirá el acceso a las casillas a personas que se encuentren privadas de sus facultades mentales, intoxicadas, bajo el influjo de enervantes, embozadas o armadas.

6. Tampoco tendrán acceso a las casillas, salvo que sea para ejercer su derecho de voto, miembros de corporaciones o fuerzas de seguridad pública, dirigentes de partidos políticos, candidatos o representantes populares.

Artículo 220.- 1. El Presidente de la mesa directiva podrá solicitar, en todo tiempo, el auxilio de las fuerzas de seguridad pública a fin de preservar el orden en la casilla y la normalidad de la votación, ordenando el retiro de cualquier persona que indebidamente interfiera o altere el orden.

2. En estos casos, el Secretario de la casilla hará constar las causas del quebranto del orden y las medidas acordadas por el Presidente, en un acta

especial que deberá firmarse por los funcionarios de la casilla y los representantes de los partidos acreditados ante la misma. Si algún funcionario o representante se negase a firmar, el Secretario hará constar la negativa.⁵⁸

De lo expuesto, se desprende claramente que para que el elector pueda emitir su sufragio, requiere mostrar a los funcionarios de casilla, su credencial para votar, entre otros requisitos.

En esa tesitura, tiene aplicación al caso la jurisprudencia, que sostuvo la entonces Sala Central, del Tribunal Federal Electoral (TRIFE), Primera Época, bajo el rubro y texto siguiente:

“SUFRAGAR SIN CREDENCIAL PARA VOTAR O SIN APARECER EN LA LISTA NOMINAL DE ELECTORES Y SIEMPRE QUE ELLO SEA DETERMINANTE PARA EL RESULTADO DE LA VOTACIÓN. CUANDO NO SE ACTUALIZA LA CAUSAL, DE NULIDAD. De las disposiciones que contiene el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, se infiere claramente que a fin de que los ciudadanos puedan ejercer el derecho de voto, es requisito indispensable que presenten la respectiva Credencial para Votar con fotografía y que se encuentren inscritos en la lista nominal de electores correspondiente a la sección de su domicilio, salvo los casos de excepción previstos en los artículos 218, párrafo 5 y 223 del citado ordenamiento legal, que se refieren, respectivamente, al voto de los representantes de los partidos políticos acreditados ante las mesas directivas

⁵⁸ Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, Comentado, Instituto Electoral Federal, México, 2003, pp. 525 a 531.

de casilla y al voto de los ciudadanos en las casillas especiales. Sin embargo, a tales situaciones excepcionales se debe agregar el caso de los ciudadanos que cuenten con resoluciones favorables del Tribunal Federal Electoral, recaídas a recursos de apelación interpuestos por ello y en virtud de las cuales la autoridad electoral responsable es obligada a expedir las credenciales para votar e incluir a los ciudadanos en los listados respectivos, previéndose que, en caso de incumplimiento por parte de dicha autoridad, la copia certificada de los puntos resolutivos de las resoluciones emitidas por el Tribunal, conjuntamente con una identificación, deben permitir a los ciudadanos el ejercicio del derecho de voto en la jornada electoral, haciendo dichos documentos las veces de Credencial para Votar con fotografía y de listado nominal de electores, y precisándose además certificada de referencia, el Presidente de la mesa directiva de casilla de la sección correspondiente debe acatar la resolución respectiva y permitirle sufragar, reteniendo dicho documento y anotar esta circunstancia en el apartado de incidentes del acta de la jornada electoral. En consecuencia, resulta incuestionable que la votación emitida en tales circunstancias, no puede configurar la causal de nulidad prevista en el artículo 287, párrafo 1, inciso g) del Código de la materia (artículo 75, párrafo 1, inciso g), LGSMIME).⁵⁹

En ese orden de ideas, del tipo penal en estudio se desprende que el funcionario electoral podrá incurrir en distintas conductas que lesionan bienes que a través del derecho penal se pretenden tutelar, que podemos clasificar de la siguiente manera:

⁵⁹ *Idem*, pp. 525 a 527

- a) Que un funcionario electoral permita a un ciudadano emitir su voto cuando sabe que no tiene derecho a ello.
- b) Que un funcionario electoral tolere a un ciudadano que vote a sabiendas de que no se tiene derecho a ello.
- c) Que un funcionario electoral permita que se introduzcan en las urnas en forma ilícita una o más boletas electorales.
- d) Que un funcionario electoral tolere que se introduzca en las urnas en forma ilícita una o más boletas electorales.

En el ámbito subjetivo, la imputación a título de dolo requiere el conocimiento de la situación típica y de las posibilidades de intervención que el sujeto tiene; y el sustraerse conscientemente a pesar de ese conocimiento a la obligación de actuar, esto es, que el activo conscientemente tolere a "sabiendas" que un ciudadano emita un voto cuando no cumple con los requisitos exigidos por la ley o bien que introduzca a las urnas ilícitamente una o más boletas electorales.

2.1.3.1.2. Comisión por omisión (o impropia).- Son aquellos en donde hay una doble violación de deberes; de

obrar y de abstenerse, y por ello se infringen dos normas: una preceptiva y otro prohibitiva. “Existe un delito de resultado material por comisión, cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer, voluntario o no, (culpa), violando una norma preceptiva (penal o de otra rama de derecho) y una prohibitiva”.⁶⁰

En los delitos de simple omisión el tipo se colma con la falta de una actividad jurídicamente ordenada, sin requerir de resultado material alguno. En cambio en los de comisión por omisión (impropios delitos de omisión), es necesario un resultado material, una mutación en el mundo exterior, mediante no hacer lo que el Derecho ordena.

En la omisión simple sólo se viola la norma que ordena, porque el agente no hace lo mandado; en la comisión por omisión se infringen dos normas: la dispositiva (que impone el deber de obrar) y la prohibitiva (que sanciona la causación del resultado material penalmente tipificado). La omisión propia sólo comporta resultado jurídico formal; la impropia uno jurídico y otro material, sensorialmente perceptible. En los delitos de omisión simple el tipo se llena

⁶⁰ Porte Petit Candaudap, Celestino, Parte General, Apuntamientos de la parte general de Derecho penal, Ed., Porrúa, México, 1983, p. 311.

con la actividad; en los de comisión por omisión cuando la inactividad hace emerger el resultado material.

La comisión por omisión "se encuentra en la inactividad voluntaria que al infringir un mandato de hacer acarrea la violación de una norma prohibitiva o mandato de abstenerse, produciendo un resultado tanto típico o jurídico como material."⁶¹

No siempre en la comisión por omisión el deber de obrar proviene de la norma penal, puede ser impuesto por leyes de otro carácter; cuando al infringir éstas se produce un resultado material típico, el Derecho Penal, sanciona la conducta pasiva. Podemos expresar que estas normas imponen al sujeto el deber de evitar el resultado.

La manifestación de la voluntad en los delitos impropios consiste precisamente en un no actuar, en no realizar la acción ordenada por la ley.

En los delitos de comisión por omisión "existe un delito de resultado material por comisión, cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer voluntario o no

⁶¹ Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho Penal Mexicano, parte general*, octava edición, Ed., Libros de México, S.A., México 1967, p. 175.

(culpa), violando una norma preceptiva (penal o de otra rama de Derecho) y una norma prohibitiva.⁶² Aquí no se sanciona la omisión en sí, sino el resultado producido.

En los delitos de simple omisión sólo se infringe una norma preceptiva penal, mientras en los de comisión por omisión se viola una norma preceptiva penal o de otra rama del Derecho y una norma prohibitiva penal.

En los delitos de omisión simple, se sanciona la omisión y en los de comisión por omisión, no se sanciona la omisión en sí, sino el resultado producido.

En ese sentido, cobra aplicación la siguiente tesis:

“DELITOS ELECTORALES. DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL RESULTADO QUE PRODUCEN Y DEL DAÑO QUE CAUSAN, DEBEN CONSIDERARSE ILÍCITOS DE SIMPLE ACTIVIDAD Y DE PELIGRO LOS. El bien jurídico protegido por los delitos electorales en sentido amplio y general es la adecuada función electoral como medio de antonomasia de expresión de la voluntad popular, en esa virtud para que se configuren los elementos del tipo que integran el delito previsto por el artículo 403, fracción V, del Código Penal Federal, no se hace necesario un resultado material consistente en que se haya atacado la libertad de ejercer el sufragio de las personas a quienes se les recabó sus credenciales de elector para que se integren los elementos del tipo,

⁶² Porte Petit Candaudap, Celestino, *op cit.*, p. 311.

supuesto que dicha situación sería, en todo caso, el fin último tutelado por los citados precepto y fracción, esto es, una libertad individual de sufragio; se afirma lo anterior en virtud de que sobre dicha violación individual destaca el fin inmediato y general protegido por los delitos electorales que como se señaló, lo constituye un adecuado proceso electoral, para que por medio de éste se exprese la voluntad del pueblo soberano a asignar sus representantes, **así pues los delitos electorales deben considerarse de simple actividad y no de resultado, supuesto que en éstos el tipo penal se agota en el movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo necesario para su integración la producción de un resultado externo, así también deben considerarse delitos de peligro y no de lesiones ya que el actuar de los activos** (recoger a diversas personas sus credenciales para votar con fotografía sin causa alguna prevista por la ley) origina una propensión o un riesgo para obstruir la adecuada función electoral.⁶³(las negritas es de la suscrita)

2.2. Ausencia de conducta

Es el elemento negativo de la conducta, abarca la ausencia de acción, en la realización de un ilícito.

La voluntad es la capacidad para autodeterminar libremente nuestros movimientos corporales, en consecuencia no debe confundirse ésta con la finalidad, porque la primera sólo se refiere a la facultad física, mientras

⁶³ Tesis VIII. 2º. 1P, publicada en la página 356 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t., I, mayo de 1995.

que en la segunda se debe atender al fin que se persigue con el movimiento.

Dentro del radio de prohibición de la norma no pueden estar incluidos aquellos supuestos en los cuales el autor no ha tenido la facultad de autodeterminar su movimiento, y, en consecuencia, no ha tenido la voluntad para realizar su conducta. La ausencia de voluntad está prevista por el artículo 15, fracción I, del CPF, como una causa de exclusión del delito que se verifica en los supuestos de fuerza física externa (*vis absoluta y vis maior*), o bien porque el hombre no puede dominar sus movimientos corporales.

La ausencia de conducta se presenta por:

- a) *Vis absoluta* o fuerza física superior exterior irresistible,
- b) *Vis maior* o fuerza mayor,
- c) Actos reflejos,
- d) Sueño,
- e) Sonambulismo, e
- f) Hipnosis.”⁶⁴
- g) la suscrita considera que también debe incluirse las crisis epilépticas.

⁶⁴ Amuchategui Requena, Irma Griselda, *op.cit.*, p. 53.

2.2.1. *Vis absoluta*

La vis absoluta consiste en que una fuerza humana exterior e irresistible se ejerce contra la voluntad de alguien, quien en apariencia comete la conducta delictiva.

“En los supuestos de *vis absoluta* un hombre emplea su fuerza física contra otro, anulando su facultad de auto determinación de movimiento corporal, para utilizarlo como medio o instrumento para lesionar un bien jurídico”⁶⁵

Al respecto cobra aplicación la tesis sostenida por la otrora Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

“EXCLUYENTE DE OBRA EN VIRTUD DE UNA FUERZA FÍSICA EXTERIOR E IRRESISTIBLE. De acuerdo con la doctrina de la jurisprudencia, debe entenderse que el sujeto actuó en virtud de una fuerza física exterior irresistible, cuando sobre él se ejerce directamente una fuerza superior a las propias, a la cual se ve sometido; por cuya circunstancia su acto es involuntario. Lo que quiere decir que la integración de esa figura requiere que la fuerza sea materia física, producida por hechos externos y que quien sufre no pueda resistirla y se vea obligado a ceder ante ella. En virtud de caracterizarse en estos términos la excluyente de que se trata, generalmente existe en los delitos por omisión y, excepcionalmente, en

⁶⁵ Díaz Aranda, Enrique, *Derecho Penal, parte general (conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social)*, segunda edición, Ed., Porrúa y Universidad Autónoma de México, México, 2004, p. 204.

aquéllos en que el autor es el sujeto medio de ejecución, en virtud de que sirve involuntariamente de instrumento en la realización del delito, y basta que en el caso haya mediado riña, provocada, o no, por el autor de los hechos que se señalan delictivos, para que se desvanezca totalmente dicha excluyente.”⁶⁶

2.2.2. *Vis maior*

En opinión de la doctorante, la *vis maior* es cuando se presenta una conducta delictiva por causa de fuerza mayor, es decir, es cuando el sujeto realiza una acción, en sentido amplio (acción u omisión) coaccionado por una fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza.

La *vis maior* es la fuerza mayor que, a diferencia de la vis absoluta, proviene de la naturaleza.

Cuando un sujeto realiza la conducta típica a causa de una fuerza mayor, existe el aspecto negativo de la conducta, o sea, hay ausencia de conducta, pues no existe voluntad por parte del supuesto "agente", ni conducta, propiamente dicha; de ahí que la ley penal no le considere responsable, por que se actualiza una causa de exclusión del delito. (fracc. I art. 15 CPF y 29 CPDF).

⁶⁶ Tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la página 2018 del *Semanario Judicial de la Federación*, t., XCIII, Quinta época.

2.2.3 Actos reflejos

Los movimientos reflejos son otra causa de ausencia de conducta, porque al igual que en las anteriores, tampoco participa la voluntad del sujeto. Sin embargo, se ha considerado la posibilidad del sujeto, cuando éste haya previsto el resultado o cuando lo haya previsto, debiéndolo hacer, en donde se presentarán tanto la culpa con representación como sin representación.

“Los actos reflejos son aquéllos que obedecen a excitaciones no percibidas por la conciencia por transmisión nerviosa a un centro y de éste a un nervio periférico.”⁶⁷ Como el sujeto no puede controlarlos, se estima que no existe la conducta responsable y voluntaria. En caso de poder controlarlos a voluntad, habrá delito.

En los supuestos de movimientos reflejos, el sujeto responde ante un estímulo externo sin que pueda controlar su reacción; en otras palabras: “son procesos en que el impulso externo actúa por vía subcortical, periférica, pasando directamente de un centro sensorio a un centro motor. Todo ello sin intervención primaria de la conciencia”,⁶⁸ como

⁶⁷ Diccionario Enciclopédico Ilustrado Sopena, t. IV, Sopena, Barcelona, 1977, p. 3606.

⁶⁸ Mir Puig, Santiago, *Derecho penal (parte general)*, cuarta edición, Ed. Promociones Publicitarias Universitarias, Barcelona, España, 1996, p. 190.

sucede cuando el médico golpea al paciente con un pequeño martillo en la rodilla generando un movimiento corporal consistente en estirar la pierna, reacción que se debe a la estimulación de los nervios motrices, sin que haya existido influencia síquica alguna.

Desde el punto de vista de la suscrita, la forma en que se puede comprobar si estamos o no ante un movimiento reflejo consiste en valorar el hecho desde una perspectiva ex ante "colocarse hipotéticamente antes del movimiento en que se verifico el suceso" y determinar si se pudo evitar o no la reacción.

2.2.4. Sueño

En relación al sueño, algunos autores se han inclinado por catalogarlo como aspecto negativo de la imputabilidad, pero la suscrita considera que es mejor llamarlo ausencia de conducta.

Tampoco en este estado se dará la voluntad del sujeto; por estar dormido, no tiene dominio sobre sí mismo.

Sobre el sueño pueden presentarse diversos problemas, Porte Petit dice que se pueden presentar los siguientes:

“1° ¿Es responsable el durmiente cuando en ese estado realiza una conducta o hecho tipificado en la ley penal?

En este caso el sujeto no es responsable, porque estamos frente a una hipótesis de ausencia de voluntad.

2° ¿Es responsable el durmiente cuando busca el sueño intencionalmente o se aprovecha del mismo, para realizar una conducta o hecho tipificados por la ley penal?”⁶⁹

Es indudable que la situación en que el sujeto se coloque intencionalmente en estado de sueño, estamos frente a la *actio liberae in causa*, y por tanto, el sujeto debe responder de la conducta o hecho cometidos, aplicándose a *contrario sensu*, la fracción I, como ausencia de conducta o fracción VII o como inimputabilidad, ambas del artículo 15 del Código Penal Federal.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado, que si el reo configuró con su conducta una acción *liberae in causa*, ello en manera alguna le releva de culpabilidad, ya que realizó aquellas omisiones con las que

⁶⁹ López Betancourt, Eduardo, *op cit.*, pp. 99 y 100.

establece la causa decisiva, en un momento en que le es imputable (Semana Judicial de la Federación, XCV, p. 857).

“3º El durmiente puede ser responsable de un delito culposo, cuando no previó lo que era previsible o previendo el resultado tuvo la esperanza de que no se realizaría, pudiéndose presentar los dos grados de la culpa: con o sin representación.

“4º Es responsable el durmiente cuando se le impone el estado de vigilia como obligación. El Código de Justicia Militar, en el artículo 352, establece, que al centinela que se encuentre dormido sin la perturbación a que antes se hace referencia, se le impondrá la mitad de las penas señaladas. A su vez el artículo 353 dice: ‘El vigilante, serviola, tope o timonel de cuarto, que se encuentre dormido sin la perturbación que antes se menciona, sufrirá la mitad de las penas señaladas’. En fin, el artículo 372, preceptúa que el oficial de guardia que se duerme sufrirá la pena: I. De nueve años de prisión, si por esta causa se perdiere el buque por apresamiento, varada o naufragio, o se causare el naufragio de otro, por abordaje o se verificare el hecho frente al enemigo. II. De tres años y seis meses de prisión si por esta causa, sin perderse el buque, se ocasionaren en él averías graves o se causaren a otro buque por abordaje, o se perdiere el puesto. III. De cuatro meses de prisión en cualquier otro caso’.”⁷⁰

Al respecto, es importante mencionar que en la realidad el sueño nunca se considera como una ausencia de conducta pues generalmente siempre se está en la hipótesis de prever lo previsible.

⁷⁰ López Betancourt, Eduardo, *op cit.*, pp. 100 - 101.

Tiene aplicación al caso la tesis sostenida por la otrora Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que es del tenor literal siguiente:

“IMPRUDENCIA. CONDUCTORES DE VEHÍCULOS. Si el reo acepta la circunstancia de que parpadeó en el momento preciso en que se produjo el percance; ello revela que se quedó transpuesto por el sueño en un breve instante que fue suficiente para que perdiera el control del vehículo, produciéndose la volcadura que determinó el deterioro del mismo. Luego es correcta la resolución que establece el juicio de la autoridad responsable al encuadrar su comportamiento como constitutivo del delito de daño en propiedad ajena por imprudencia, ya que el daño que resultó, no sólo era previsible, sino también evitable.”⁷¹

2.2.5. Sonambulismo

El sonambulismo es el estado psíquico inconsciente, mediante el cual la persona que padece sueño anormal tiene cierta aptitud para levantarse, andar, hablar y ejecutar otras cosas, sin que al despertar recuerde algo.

Dado el estado de inconsciencia temporal en que se encuentra la persona durante el sueño y el sonambulismo, algunos penalistas consideran que existirá ausencia de conducta cuando se realice una conducta típica; para otros, se trataría del aspecto negativo de la imputabilidad.

⁷¹ Tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, t., XXVI, Sexta Época p. 83.

El maestro Porte Petit nos señala los casos en que puede presentarse:

“1. ¿Es responsable el sonámbulo cuando en ese estado realiza una conducta o hecho tipificados en el Código Penal?

Como hemos explicado anteriormente, unos estiman que existe ausencia de conducta y otros una causa de inimputabilidad.

2° ¿Es responsable el sonámbulo cuando se aprovecha de ese estado para realizar una conducta o hecho tipificados por la ley penal?

Pensamos que en este caso se trata de un delito doloso.

3° ¿Es responsable el sonámbulo a virtud de una conducta culposa?

En el caso de que prevea el resultado o haya podido preverlo, estamos frente a un delito culposo, es decir, ante una culpa con o sin representación.”⁷²

2.2.6. Hipnosis

En los supuestos de hipnosis el sujeto no esta consiente de sus actos, dado que “En tales estados nos restan en una zona de penumbra respecto de la participación o ingerencia que en ellos tienen los centros altos”.⁷³ Por ende, la conducta de quien esta bajo la hipnosis es involuntaria y

⁷² Porte Petit Candaudap, Celestino, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, Ed. Porrúa, México, 1983, p. 420.

⁷³ Zafaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal*, t. II, Ed., Ediciones jurídicas, Lima, 1992 p. 297.

queda excluida la imputación de cualquier resultado típico a la conducta.

“Esta forma de inconsciencia temporal también se considera un modo de incurrir en ausencia de voluntad, si en estado hipnótico se cometiere un delito. Al respecto, existen diversas corrientes: algunos especialistas afirman que una persona en estado hipnótico no realizará una conducta a pesar de la influencia del hipnotizador, si en su estado consciente no fuere capaz de llevarla a cabo. En este aspecto no hay unanimidad de criterios.”⁷⁴ Al efecto, el CPF, en su artículo 15 fracción I, considera circunstancia excluyente de responsabilidad penal “El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;” (...), es decir, incurrir el agente en actividad o inactividad involuntaria, de suerte que aquí se contempla de manera más amplia la ausencia de voluntad. De igual forma también resulta aplicable la fracción VII, del mencionado precepto y entonces se le consideraría como una causa de inimputabilidad.

En la realidad es difícil que se pueda acreditar el hipnotismo, y por ello con dificultad operará la exclusión de la imputación del resultado a la conducta del que alega haber obrado involuntariamente bajo dichos efectos.

⁷⁴ Amuchategui Requena, Irma Griselda, *op.cit.*, pp. 53 y 54.

2.2.7. Crisis epilépticas

Von Liszt manifestó que los daños causados en las cosas durante un ataque de epilepsia da lugar a la ausencia de voluntad de la conducta, y por ello las únicas consecuencias por el hecho pueden ser civiles pero no penales.⁷⁵ Aunque a nivel doctrinal está claramente establecido que durante el aura de los ataques epilépticos la persona pierde la conciencia y, por tanto esta anulada su voluntad, las jurisprudencias de nuestro país no establecen un criterio claro si las consideran como una causa de ausencia de conducta por falta de voluntad o si constituyen una causa de inimputabilidad.

Al respecto es aplicable a caso la tesis que sostuvo la otrora Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Tomo, Segunda Parte, XXIV, consultable en la página 127, bajo el tenor literal siguiente.

“TRASTORNO MENTAL COMO EXCLUYENTE. La inimputabilidad sólo opera cuando el delito y su resultado dañoso se producen durante el ataque epiléptico mismo, o en la llamada "aura epiléptica".⁷⁶

⁷⁵ *Cfr.* Von Liszt, Franz, *Tratado de derecho penal*, t. II, tercera edición, trad. de Luis Jiménez de Asúa, Luis Madrid, Reus, p. 297

⁷⁶ IUS 2005, Junio 1917 - Junio 2005, Jurisprudencia y tesis aisladas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación, México, 2005.

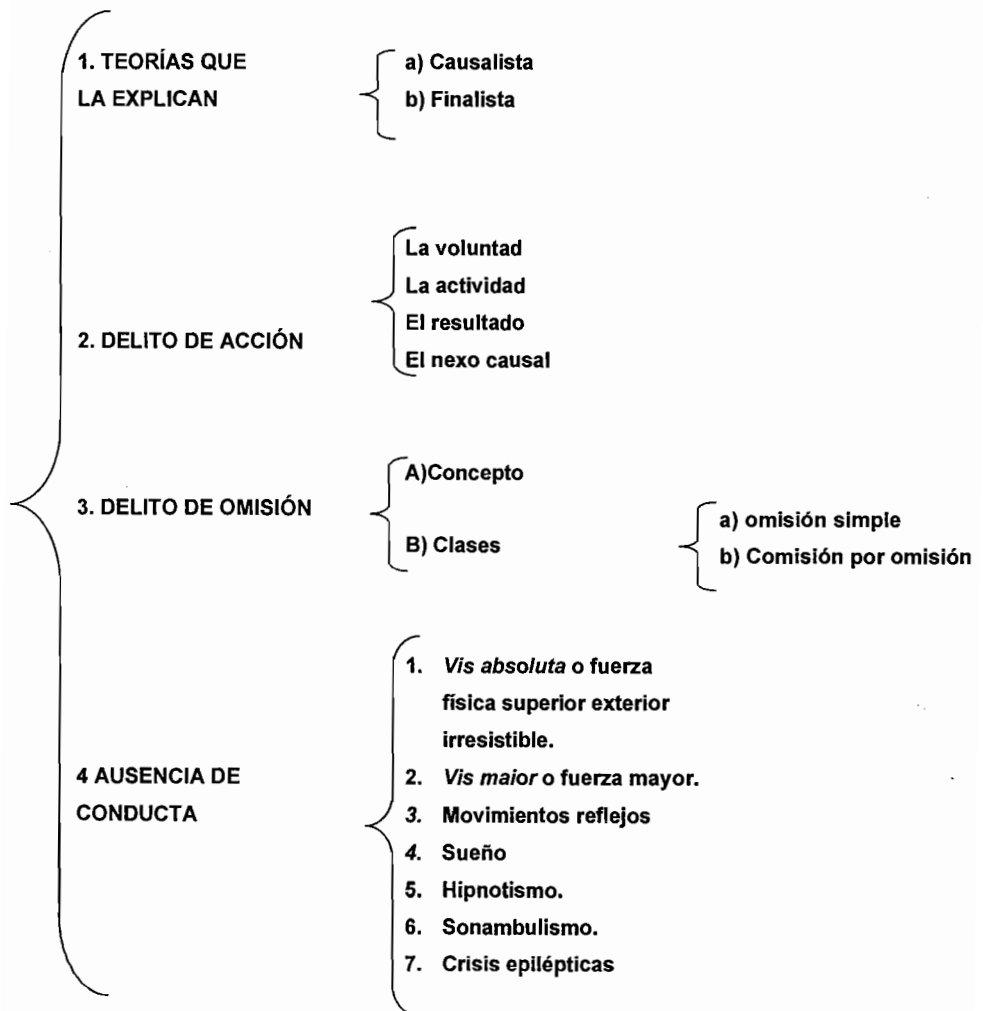
Así como la tesis que sostuvo la otrora Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Tomo: Segunda Parte, XXI, consultable en la página 217, bajo el tenor literal siguiente:

“TRASTORNO MENTAL COMO EXCLUYENTE. EPILEPSIA. La epilepsia figura entre las causas de inimputabilidad cuando el ataque mismo provoca el daño o este resultado se registra durante el aura epiléptica.”⁷⁷

⁷⁷ IUS 2005, ...

Por lo expuesto, podemos concluir este capítulo en el siguiente cuadro:

CONDUCTA





Capítulo III

Tipicidad y su aspecto negativo

3.1. Tipo

El tipo es la descripción legal de un delito, o bien, la abstracción plasmada en la ley de la figura delictiva.

Suele hablarse indistintamente de tipo, delito, figura típica, ilícito penal, conducta típica y cualquiera otra idea similar.

La ley penal y diversas leyes especiales contemplan abstractamente los tipos, los cuales toman "vida real" cuando en casos concretos un sujeto determinado incurre en ellos.

De no existir el tipo, aun cuando en la realidad alguien cometa una conducta que afecte a otra persona, no se podrá decir que aquél cometió un delito, porque no lo es y, sobre todo, no se le podrá castigar. Más bien, se estará en presencia de conductas asociales o antisociales, pero no de delitos.

La criminología estudia comportamientos que por no estar contemplados en la ley penal, carecen de penalidad, como el alcoholismo u otros.

En el presente trabajo, se analizará el estudio dogmático del tipo penal previsto en el artículo 405 fracción X del Código Penal Federal, el cual a la letra dice:

"ARTICULO 405.- Se impondrá de cincuenta a doscientos días multa y prisión de dos a seis años, al funcionario electoral que: (...)

X.- Permita o tolere que un ciudadano emita su voto a sabiendas de que no cumple con los requisitos de ley o que se introduzcan en las urnas ilícitamente una o más boletas electorales." (...)⁷⁸

3.2. Tipicidad

La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo o sea, el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal.

Así, habrá tipicidad cuando la conducta de alguien encaje exactamente en la abstracción plasmada en la ley.

Para Francisco Blasco y Fernández de Moreda, "la acción típica es sólo aquélla que se acomoda a la descripción objetiva, aunque saturada a veces de referencia a elementos

⁷⁸ Compila XI, Legislación Federal y del Distrito Federal, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005.

normativos y subjetivos del injusto de una conducta que generalmente se reputa delictuosa, por violar, en la generalidad de los casos, un precepto, una norma, penalmente protegida.”⁷⁹

Para Laureano Landaburu “la tipicidad consiste en esa cualidad o característica de la conducta punible de ajustarse o adecuarse a la descripción formulada en los tipos de la ley penal.”⁸⁰

Jiménez Huerta consideró que la “adecuación típica significa, encuadramiento o subsunción de la conducta principal en un tipo de delito y subordinación o vinculación al mismo de las conductas accesorias.”⁸¹

Para Jiménez de Asúa, la tipicidad es “la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción.”⁸²

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido lo siguiente:

“RESPONSABILIDAD PENAL. Para que una conducta humana sea punible conforme al derecho positivo, es preciso que la actividad desplegada por el

⁷⁹ Blasco y Fernández de Moreda, Francisco, *La tipicidad, la antijuridicidad y la punibilidad como caracteres del delito en la noción técnica jurídica*, Criminalia, IX, p. 443.

⁸⁰ Landaburu, Laureano, *El delito como estructura*,. Revista penal, I, núm. 1, p. 471.

⁸¹ Jiménez Huerta, Mariano, *La tipicidad*. Ed., Porrúa. México, 1955, p. 207.

⁸² Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, t., III. segunda edición, Ed., Losada, S.A., Buenos Aires, 1958, p. 744.

sujeto activo, se subsuma en un tipo legal, esto es, que la acción sea típica, antijurídica y culpable, y que no concurra en la total consumación exterior del acto injusto, una causa de justificación o excluyente de la culpabilidad. Puede una conducta humana ser típica, porque la manifestación de voluntad, o la modificación del mundo exterior, es decir, la producción del resultado lesivo, enmarquen dentro de la definición de un tipo penal, como puede ocurrir, por ejemplo, tratándose de homicidio o fraude, pero si se demuestra que el occiso fue privado de la vida, por el sujeto activo, cuando éste era objeto de una agresión injusta, real y grave, desaparece la antijuridicidad del acto incriminado y consecuentemente, al concurrir la causa justificativa de la acción, resulta no culpable o si tratándose del segundo de los delitos, no se satisfacen los presupuestos de tipicidad al no integrarse sus elementos constitutivos.”⁸³

La importancia de la tipicidad es fundamental, ya que si no hay adecuación de la conducta al tipo penal, podemos sostener que no existe delito.

Es trascendental no confundir tipicidad con tipo; la primera se refiere a la conducta, y el segundo pertenece a la ley, a la descripción o hipótesis plasmada por el legislador sobre un hecho ilícito; es la fórmula legal a la que se debe adecuar la conducta para la existencia de un delito.

Didácticamente, se puede decir que los tipos penales son las piezas de un rompecabezas; así, la tipicidad consistirá en hacer que cada pieza encuadre de manera

⁸³ Tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo CXVII. Quinta Época, p. 731.

exacta en el lugar que le corresponde, con la aclaración de que no existen dos figuras iguales.

Cada tipo penal señala sus propios elementos, los cuales deberán reunirse en su totalidad de acuerdo con lo señalado por la norma, de manera que la conducta realizada sea idéntica a la abstracción legal, por ejemplo, el artículo 405, fracción X CPF señala, entre otros elementos del mencionado delito, que la conducta que debe realizar el sujeto activo — funcionario electoral — es el de **tolerar o permitir** que alguien vote cuando no se tiene derecho o se introduzca en las urnas una o varias boletas electorales, si no concurren esas circunstancias, aun cuando se presenten los demás elementos del tipo, no habrá tipicidad, por faltar uno solo de ellos.

Para concluir expresaremos que la tipicidad encuentra su fundamento en el artículo 14 Constitucional, párrafo tercero, que a la letra dice:

“En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata.”⁸⁴

⁸⁴ Compila XI, Legislación Federal y del Distrito Federal, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005.

3.3. Principios generales de la tipicidad

La tipicidad se encuentra apoyada en el sistema jurídico mexicano por diversos principios supremos que constituyen una garantía de legalidad. Enseguida se detallan dichos principios:

- | | |
|-----------------------------------|------------------------|
| a) <i>Nullum crimen sine lege</i> | No hay delito sin ley |
| b) <i>Nullum crimen sine tipo</i> | No hay delito sin tipo |
| c) <i>Nulla poena sine tipo</i> | No hay pena sin tipo |
| d) <i>Nulla poena sine crimen</i> | No hay pena sin delito |
| e) <i>Nulla poena sine lege</i> | No hay pena sin ley |

La Carta Magna ampara dichos principios generales que garantizan al sujeto su libertad, en tanto no exista una norma o tipo que establezca el referido comportamiento que se pudiere imputarle.

3.4. Elementos de la estructura del tipo

Los elementos estructurales del delito según Mir Puig son tres: "la conducta típica, sus sujetos y sus objetos."⁸⁵

3.4.1. La conducta típica

Toda conducta típica según Mir Puig, "debe integrarse de las dos componentes necesarias de todo

⁸⁵ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, parte general*, séptima edición, Ed., IB de f., Montevideo, Buenos Aires, 2005, p. 222.

comportamiento: su parte objetiva y su parte subjetiva. Pero aquí no se trata de comprobar los caracteres *generales* de todo comportamiento que puede importar al Derecho penal (carácter externo y final), sino de examinar si, una vez confirmada la presencia de un tal comportamiento, el mismo reúne todos los requisitos de *un determinado tipo penal*. La parte objetiva y la parte subjetiva de la concreta conducta deben encajar en la parte objetiva y en la parte subjetiva del tipo para que concorra una conducta típica”.⁸⁶

3.4.1.1. La parte objetiva

“La parte objetiva del tipo abarca al aspecto externo de la conducta. Sólo en determinados tipos —como veremos, llamados <<delitos de resultado material>>— se exige además un efecto separado de la conducta y posterior a ella: p. ej., la muerte de la víctima en el tipo de homicidio. Este resultado separado no es, pues, un elemento necesario de todo tipo.”⁸⁷

3.4.1.2. La parte subjetiva

“La parte subjetiva del tipo se halla constituida siempre por la *voluntad* —consciente, como en el dolo, o sin conciencia suficiente de su concreta peligrosidad, como en la

⁸⁶ *Idem.*

⁸⁷ *Ibid.*, 223.

imprudencia—, y a veces por especiales *elementos subjetivos* (por ejemplo, el <ánimo de lucro>⁸⁸ o el “que tolere o permita”, así como un elemento subjetivo distinto al dolo, que en el caso lo es el **a sabiendas**.

Si la parte subjetiva de la acción se corresponde con la parte objetiva, concurre un tipo congruente. Es el caso normal de los delitos dolosos, en que la voluntad alcanza a la realización objetiva del tipo.

Cuando la parte subjetiva de la acción no se corresponde con la objetivas nos hallamos en presencia de un tipo incongruente. Ello puede suceder en dos sentidos opuestos: por exceso subjetivo y por exceso objetivo.⁸⁹

Por exceso subjetivo, los tipos pueden ser portadores de elementos subjetivos (distintos al dolo) o constituir una forma de imperfecta ejecución.

Como el delito en estudio requiere de un elemento subjetivos distinto al dolo que es el **a sabiendas**

Los tipos portadores de elementos subjetivos pueden ser mutilados de dos actos, de resultado cortado o de tendencia interna intensificada. Los dos primeros se

⁸⁸ *Idem.*

⁸⁹ *Cfr.* Jescheck, Tratado, p. 361.

distinguen según que la intención del autor al ejecutar la acción típica deba dirigirse a realizar otra *actividad* posterior del mismo sujeto (delito de dos actos) o a un *resultado* independiente de él (delito de resultado cortado). Ambos coinciden, en cambio, en que ni el segundo acto pretendido ni el resultado perseguido, respectivamente, es preciso que lleguen a producirse realmente.

Los delitos de tendencia interna intensificada no suponen que el autor busque algo más que está más allá de la acción típica, sino que realiza ésta confiriéndole un *sentido subjetivo específico*.

Ejemplo: Los delitos de abusos sexuales (arts. 259 bis y ss. CPF) requieren *ánimo lúbrico* en el autor. Así, el ginecólogo no comete el delito cuando toca la vagina de una paciente si lo hace con finalidad médica, pero sí lo cometerá si busca satisfacción sexual al hacerlo.

Los tipos de imperfecta realización (actos preparatorios punibles y tentativa) se caracterizan por que el autor perseguía la consumación del delito y, sin embargo, no lo consigue, logrando sólo realizar determinados actos preparatorios que la ley castiga, o bien llegando a efectuar todos o parte de los actos de ejecución sin que el delito se produzca (tentativa), siempre que la falta de consumación no se deba a desistimiento voluntario del autor ni se trate de

“faltas” contra las persona o el patrimonio (art. 12 CPF). Son incongruentes por exceso subjetivo porque el autor quería llegar más lejos (a la consumación) de los que ha conseguido objetivamente.⁹⁰

Suponen un exceso objetivo los tipos imprudentes (o culposos). En ellos se produce un resultado no querido por el autor por falta de cuidado. En los delitos cualificados por el resultado se prevé una combinación de un hecho básico doloso y un resultado del mismo no querido que agrava la pena.

3.4.2. Los sujetos de la conducta típica

En el injusto penal siempre, se está en presencia de tres sujetos relacionados entre sí; el sujeto activo (quien realiza el tipo), el sujeto pasivo (el titular del bien jurídico-penal atacado por el sujeto activo) y el Estado (llamado a reaccionar con una pena).

Santiago Mir Puig, ha destacado la importancia de estos sujetos en toda norma penal, describe “la conexión existente entre ellos como un conjunto de *expectativas recíprocas*: cada uno de ellos espera de los otros no sólo determinados comportamientos, sino también la existencia de expectativas frente a él. Así, el sujeto activo puede esperar

⁹⁰ Cfr. Así Rodríguez Mourullo, Comentarios, t., I, p.110.

que el Estado le persiga y castigue, el sujeto pasivo confía en que la punición del hecho haga desistir a los posibles delincuentes a ejecutar el delito, y el Estado espera que la amenaza de la pena impida la actuación del sujeto activo. La relación intersubjetiva es esencial en toda acción social, por lo que conviene subrayarlo si se quiere entender el delito en su dimensión social y no como fenómeno individual.⁹¹

3.4.3. Los objetos

Reyes Echandía,⁹² distinguen entre:

- 1) Objeto material; y
- 2) Objeto jurídico.

3.4.3.1. El objeto material

3.4.3.1.1. Concepto

Reyes Echandía, refiere que “tradicionalmente se ha venido entendiendo por objeto material la persona o cosa sobre la cual recae la conducta típica.”⁹³

Sin embargo, tal definición nos parece ahora insuficiente, no sólo porque existen conductas típicas que no

⁹¹ *Idem.*

⁹² Echandía, Reyes, *Tipicidad*, sexta edición, Ed. Temis, Bogotá - Colombia, 1989, p. 67.

⁹³ *Ibid.*, p.81.

recaen sobre personas ni cosas, sino porque así entendido el concepto aparece desligado de los fenómenos del objeto jurídico y del sujeto pasivo, a los cuales ha de vincularse necesariamente.

Para Reyes Echandía, *"el objeto material es aquello sobre lo cual se concreta el interés jurídico que el legislador pretende tutelar en cada tipo penal y al cual se refiere la acción u omisión del agente."*⁹⁴

Para Gustavo Gallón Giraldo, el objeto material "es aquella persona o cosa que el legislador ha querido proteger, por concretarse en ella el objeto jurídico, y sobre la cual recae la conducta típica. Sólo que el legislador no protege 'personas o cosas' sino *intereses jurídicos* que se concretan no solamente sobre persona o cosas sino también sobre fenómenos jurídicos, naturales o sociales."⁹⁵

El objeto material, puede ser la persona o cosas o derechos sobre las cuales la acción u omisión típica recae.

⁹⁴ *Ibid.*, p.82.

⁹⁵ Gallón, Giraldo, Gustavo, *Los delitos sin objeto, material*, tesis de grado, Bogotá Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1974, p. 13.

3.4.3.1.2. Clasificación

El objeto material del tipo, según Reyes Echandía, se clasifica en: una persona, una cosa o un fenómeno, es decir, es posible distinguir tres especies de objeto material, que son:

- “1) El personal;
- 2) El real; y
- 3) El fenomenológico.”⁹⁶

3.4.3.1.2.1. El objeto material personal.

“Es toda persona, física o moral, viva o muerta, consciente o inconsciente, sobre la cual se concreta el interés jurídicamente tutelado y a la cual se refiere la conducta del agente.”⁹⁷

Grispigni considera, que la persona moral no puede ser objeto material del delito “porque siendo una ficción jurídica o, cuando menos, una creación legal, no puede ser objeto natural de la conducta”.⁹⁸

Sin embargo ello no es así, ya que si la persona como objeto material es sobre la cual se concreta el interés jurídicamente tutelado y al cual se refiere la conducta del

⁹⁶ Reyes Echandía, Alfonso, *op cit*, p. 83.

⁹⁷ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado ...*, t. III, p. 100.

⁹⁸ *Cfr.* Reyes Echandía, Alfonso, *op. cit.*, pp. 83 y 84.

actor, entendida como sujeto pasivo, es el titular de ese mismo interés jurídico que resulta lesionado o puesto en peligro con la acción u omisión del sujeto activo.

Lo que acontece es que en determinados tipos penales pueden coincidir las dos calidades en una misma persona; justamente en aquellos casos en los que el sujeto sobre el cual se concreta el interés jurídico y hacia el cual apunta la conducta del agente, es el mismo titular del bien jurídico que ha sido vulnerado, como ocurre en el homicidio, pues que en esta hipótesis la acción típica de matar se produjo sobre la integridad biopsíquica de la misma persona cuyo derecho a la vida fue destruido.

3.4.3.1.2.2. El objeto material real

“Esta constituido por la cosa en que se concreta el interés jurídicamente tutelado y a la cual se refiere la conducta del sujeto activo.”⁹⁹

Dentro del concepto de objeto material deben incluirse los animales, pues muchas conductas típicas recaen sobre ellos.

⁹⁹ Reyes, Echandía, Alfonso, *op. cit.*, p.85,

Aunque no siempre el tipo legal hace una discriminación relacionada con la naturaleza de la cosa objeto material de la conducta, encontramos que frecuentemente tal objeto aparece determinado, bien sea en razón de su cualidad, de su destinación, de su relación con los sujetos activo o pasivo, o de su número.

Respecto de su cualidad, es necesario distinguir según se trate de una cualidad *natural o jurídica*; “en el primer caso, las cosas se toman de acuerdo con su naturaleza intrínseca, en tanto que en el segundo, deben entenderse de conformidad con su especial connotación jurídica.”¹⁰⁰

En razón de su calidad jurídica, las cosas que constituyen objeto material de la conducta pueden ser propias o ajenas.

La determinación de la cosa en su condición de objeto material puede también hacerse de acuerdo con la relación que ella guarda respecto del sujeto activo.

¹⁰⁰ Reyes Echandía, Alfonso, *op. cit.*, p.85.

3.4.3.1.2.3. El objeto material fenomenológico

En este caso, “el objeto material es un fenómeno externo de *carácter jurídico, natural o social*. Pudiera pensarse, en principio, que resulta ilógico que el objeto material pueda ser un fenómeno jurídico; sin embargo es posible, puesto que en tales hipótesis lo que ocurre es simplemente que el interés tutelado se concreta en un fenómeno que tiene significado jurídico.”¹⁰¹

3.4.3.2. El objeto jurídico

3.4.3.2.1.- Concepto

El bien jurídico, para Olga Islas “es el concreto interés individual o colectivo, de orden social, protegido en el tipo legal.”¹⁰²

Para Reyes Echandía, define al bien jurídico como “Desde el momento en que el delito no es simplemente rebelión del hombre al mandato contenido en la norma, sino fundamentalmente lesión u ofensa a un interés jurídicamente tutelado y concretado en un bien jurídico, resulta indispensable el estudio de la naturaleza y la característica de tal bien, y del interés que constituye su reflejo.”¹⁰³

¹⁰¹ *Ibid.* p. 88.

¹⁰² Islas, Olga, *op cit.*, p. 19.

¹⁰³ *Ibid.* pp. 67 y 68.

De acuerdo con este concepto, podemos decir que el bien jurídico comprende no sólo las cosas materiales (dinero, vestido) sino también las ideales (honor, reputación) a las cuales la ley les quiere dar cierto valor, por estimarse que éstas pueden ser puestas en peligro o bien pueden ser dañadas o lesionadas. Este valor es una cualidad positiva que el legislador atribuye a determinados intereses.

Para Muñoz Conde, el concepto de bien jurídico "se utiliza en derecho penal como criterio de clasificación, aglutinando los distintos tipos delictivos en función del bien jurídico protegido en ellos (delitos contra la vida, contra el honor, contra la propiedad, etc.)."¹⁰⁴

3.4.3.2.2. Clasificación

Para los efectos de un mejor estudio sistemático, el bien jurídico se puede dividir: "En razón de su alcance, y de acuerdo con su titular."¹⁰⁵

3.4.3.2.2.1. En razón de su alcance, el objeto jurídico se divide en: genérico y específico.

"El genérico se concreta en el interés que el Estado tiene de que los bienes jurídicos protegidos en los diversos

¹⁰⁴ Muñoz Conde, Francisco, *op cit.*, p. 49.

¹⁰⁵ Reyes, Echandía, *op., cit.*, p. 71.

tipos penales y pertenecientes a los individuos, a la sociedad o a él mismo, sean salvaguardados.”¹⁰⁶

El objeto específico, en cambio, “se traduce concretamente en el interés que cada individuo en particular tiene de conservar incólume un determinado bien jurídicamente tutelado.”¹⁰⁷

En síntesis, debe decirse que la norma penal tiene una función protectora de bienes jurídicos. Para cumplir esa función eleva a categoría de delitos, por medio de su tipificación legal, aquellos comportamientos que más gravemente lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos.

El bien jurídico en el tipo penal en estudio lo constituye, sin lugar a dudas, la alteración en la función electoral al darse lugar a que se escrite y compute el voto ilegalmente depositado. Atentando contra la democracia, la seguridad jurídica y política de este país.

En el tipo penal previsto en el artículo 405 fracción X CPF, el objeto material lo constituyen las elecciones o bien las boletas electorales.

Se afirma lo anterior, pues precisamente el tipo penal a estudio lo va a constituir las elecciones a través del

¹⁰⁶ *Idem.*

¹⁰⁷ *Idem.*

sufragio, pues el funcionario electoral (Presidente o secretario de la casilla electoral) va a **permitir o tolerar**, que un ciudadano vote a sabiendas que no cumple con los requisitos de la ley o bien introduzca ilícitamente una o más boletas electorales.

Es importante mencionar cuáles son los requisitos que se necesitan para que una persona pueda votar.

El artículo 217 del COFIPE, dice:

“Que los electores votarán en el orden en que se presenten ante la mesa directiva, debiendo mostrar su credencial para votar con fotografía, los presidentes de casilla permitirán el voto a aquellos ciudadanos cuya credencial para votar contenga errores de seccionamiento, siempre que aparezcan en la lista nominal, asimismo el presidente recogerá las credenciales para votar que tenga muestras de alteración o no pertenezca al ciudadano.”

Por su parte el artículo 218 del COFIPE, nos dice:

“Que una vez comprobado que el elector aparezca en las listas nominales y haya exhibido su credencial para votar con fotografía, el presidente le entregará las boletas de las elecciones para que libremente y en secreto marque sus boletas por el que sufragará, o anote el nombre del candidato no registrado por el que desea emitir su voto, aquellos electores que no sepan leer ni escribir o se encuentren impedidos físicamente para marcar sus boletas de voto, podrán hacerse asistir por una persona de su confianza, acto seguido el elector doblará sus boletas y se dirigirá a depositarlas en la urna correspondiente, el secretario marcará la credencial para votar con fotografía del elector que ha ejercido su derecho al voto,

impregnara con líquido indeleble el dedo pulgar derecho del elector y devolverá la credencial.

En ningún caso se permitirá el acceso a la casilla electoral a personas que se encuentren privadas de sus facultades mentales, intoxicadas, bajo el influjo de enervantes, embozadas o armadas.”

De igual forma, las boletas electorales no deben contener elementos distintos a los previstos en la ley, y en ese sentido sean pronunciado nuestro tribunales federales, en diversas tesis, verbigracia, la siguiente:

“BOLETAS ELECTORALES. NO DEBEN CONTENER ELEMENTOS DISTINTOS A LOS PREVISTOS EN LA LEY.- De acuerdo con lo previsto por el artículo 205, apartado 2, inciso b), c) y e), del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, se establece cuáles elementos del partido político o de la coalición se deben asentar en la boleta electoral y cuáles de los candidatos, esto es, las boletas deben incluir el color o combinación de colores y el emblema del partido político nacional o el emblema y el color o colores de la coalición, en tanto que de los candidatos sólo se debe poner el nombre completo, incluyendo apellidos, paterno y materno, y el cargo para el que se postula. De manera que si se considerara válida la inclusión de un elemento distinto y alusivo a los candidatos en el emblema, se forzaría a la autoridad electoral a incluir en las boletas electorales un elemento no contemplado para ellas por la ley, lo cual atentaría contra el sistema legal mismo, si se toma en consideración que los requisitos que deben contener las boletas los prevé la ley de manera imperativa y limitativa, y no de modo enunciativo y ejemplificativo, por lo que no puede adicionarse ninguno a los expresamente contemplados en la normatividad.”¹⁰⁸

¹⁰⁸ Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Tomo VIII, Materia Electoral, Jurisprudencia y Precedentes Relevantes, actualización 2002, pp. 112-113.

También podemos decir que el bien jurídico en el tipo penal, lo es la libertad de ejercer el sufragio de las personas. Afirmamos lo anterior en virtud de que sobre dicha violación individual destaca el fin inmediato y general protegido por el delito electoral en estudio, como ya se señaló lo constituye un adecuado proceso electoral, para que por medio de éste se exprese la voluntad del pueblo soberano a asignar sus representantes, lo que origina un riesgo para la adecuada función electoral.

Si el tipo requiere la lesión del bien jurídico protegido, dará lugar a un resultado material, mientras que si se contempla con una puesta en peligro, constituirá un delito de resultado formal.

3.4.3.2.2.2. En cuanto a su titular

“Los diversos bienes jurídicos que resultan conculcados por la conducta típica pueden aglutinarse, teniendo en cuenta su titular, en bienes jurídicos pertenecientes al individuo, a la sociedad y al Estado.

“En el primer caso, el objeto jurídico está radicado en cabeza de una persona física o moral, considerada en concreto.

“En la segunda especie, de tal objeto es titular el propio conglomerado social, sin referencia específica a las singulares individualidades que lo conforman.

Y en la última, el Estado, como persona jurídica *sui generis*.”¹⁰⁹

3.5. Clases de tipos

Algunos autores incluyen esta clasificación en la parte relativa al estudio de la noción del delito, de modo que hacen una clasificación de tipos y otra de delitos mientras que otros sólo clasifican al tipo. Nosotros decidimos clasificar a los tipos penales.

Según Reyes Echandía, los tipos penales se pueden dividir en: su estructura, el sujeto activo, el bien jurídico tutelado y su contenido.¹¹⁰

3.5.1. Clasificación de los tipos en relación con su estructura

Se ha dicho en este trabajo que el traslado de una conducta humana de hecho puramente social a la categoría

¹⁰⁹ Reyes, Echandía, *op. cit.*, p. 73.

¹¹⁰ *Ibid.*, p.111.

legal del delito se explica por la necesidad que el Estado tiene de proteger intereses jurídicos fundamentales; sin embargo, esa protección, en cuanto diversos aspectos del interés que se quiere defender, y por tanto se pueden dividir en:

- a) Básicos o fundamentales
- b) Especiales y subordinados o complementarios
- c) Elementales y compuestos
- d) Completos, incompletos y en blanco.”¹¹¹

3.5.1.1. Tipos básicos, especiales y subordinados

Jiménez Huerta “se agrupan distintas especies, que si bien protegen el mismo bien jurídico, contemplan diversos aspectos fácticos que a la tutela del expresado bien jurídico pueden afectar, pues en otro caso carecería de razón de ser esta pluralidad de tipos penales protectores de un mismo bien jurídico.”¹¹²

Son básicos o fundamentales aquellos tipos que describen conductas lesivas de la integridad del bien jurídicamente tutelado respecto de los cuales el proceso de adecuación típica es autónomo en cuanto se realiza sin sujeción ni referencia de otros tipos. ¹¹³

¹¹¹ Reyes Echandía, *op.cit.*, p.112.

¹¹² Jiménez Huerta, Mariano, *La tipicidad...*pp.96 y 97.

¹¹³ Reyes Echandía, *op. cit.*,p.112.

“Los tipos especiales se caracterizan porque describen conductas referibles al básico aunque diferenciables de él en cuanto agregan, suprimen, modifican, concretan o cualifican elementos de aquel.”¹¹⁴

“En cuanto a los tipos especiales por cuantificación, se caracterizan – como su nombre lo indica – cualifican uno o varios de los elementos básicos”,¹¹⁵ como sucede en las lesiones personales.

Son tipos subordinados o complementarios aquellos que, refiriéndose inmediatamente a uno fundamental o espacial, describen solamente circunstancias nuevas que apenas cualifican uno o varios elementos del tipo al cual se refieren. Por esta razón carecen de vida propia y no pueden aplicarse con independencia de los otros; por eso Beling los llama “acciones punibles de segundo orden”¹¹⁶

Estos a su vez se pueden dividir en privilegiados o agravado, según la pena.

3.5.1.2. Tipos elementales y compuestos

El tipo elemental “es aquel que aparece conformado por la descripción de un solo modelo de comportamiento, sea

¹¹⁴ *Ibid.*, p.113.

¹¹⁵ *Ibid.*, p.113.

¹¹⁶ Von Beling, Ernst, *Esquema...*, p.97.

que haya sido elaborado de manera simple y esquemática, otra que contenga aditamentos cualificantes.”¹¹⁷

Por tipo compuesto “entendemos aquel que describe una pluralidad de conductas, cada una de las cuales podría integrar por sí misma un tipo autónomo, aunque referido al mismo bien jurídico, o varias especies de un mismo comportamiento.”¹¹⁸

En el caso, el delito en estudio prevé dos conductas autónomas el de permitir o tolerar.

3.5.1.3. Tipos completos e incompletos

Los tipos completos describen en su integridad – aunque no puntualicen sus detalles – tanto la conducta como la pena.¹¹⁹

Los llamados incompletos son aquellos a los cuales les falta la conducta o la pena, por ejemplo, el delito de violación a la suspensión.

¹¹⁷ Reyes Echandía, *op. cit.*, p.121.

¹¹⁸ *Ibid.*, p.122.

¹¹⁹ *Ibid.*, p.123.

3.5.1.4. Tipos autónomos y en blanco

“Los autónomos son aquellos tipos autosuficientes, en cuanto permiten adecuación directa e inmediata, de tal manera que el interprete encuentra en ellos todo lo que necesita para su completo entendimiento y aplicación.”¹²⁰

La característica de los tipos penales en blanco, “es la de que en ellos la conducta no aparece completamente descrita en cuanto el legislador se remite al mismo y otros ordenamientos jurídicos para actualizarla y concretarla”¹²¹

Como en el delito en estudio, pues para su debida integración del tipo penal en estudio, se requiere acudir constantemente al COFIPE.

3.5.2. Clasificación de los tipos en relación con el bien jurídico tutelado

Según Reyes Echandía, pueden ser simples y complejos.¹²²

Los tipos simples o de conducta mono – ofensiva son aquellos que tutelan de manera específica un solo interés jurídico. vg. El Robo.

¹²⁰ *Ibid.*, p.124.

¹²¹ *Ibidem.*

¹²² *Ibid.*, p.128.

Los tipos complejos son aquellos que protegen varios intereses jurídicos. vg. Delitos previstos en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

3.5.2.1. Tipos de lesión y tipos de peligro

Esta clasificación no permite concluir, que existen tipos penales que describen conductas realmente lesivas de intereses jurídicos y otros referidos a comportamientos más o menos inocuos cuya única característica sería la de su potencialidad para causar daño.

3.5.2.1.1. Tipos de lesión

Son aquéllos en los cuales para su integración se requiere la producción de un resultado objetivo o material.

Es decir, son aquéllos respecto de los cuales la adecuación típica envuelve la destrucción o disminución del bien jurídico materia de la protección estatal.

Por tanto, los delitos de lesión son aquéllos que causan un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma violada, ejemplo el homicidio, el fraude, etcétera.

Se caracterizan porque la sola conducta no es suficiente para su incriminación, sino que se hace necesaria la producción de un evento dado, de tal manera que si éste no se realiza, el hecho carece de tipicidad plena.

3.5.2.1.2. Tipos de peligro

Son aquéllos en los que se agota el tipo penal en el movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo necesario para su integración la producción de un resultado externo. Son delitos de mera conducta; se sanciona la acción u omisión en sí misma.

Es decir, son aquéllos que describen conductas que tienen por finalidad amenazar o poner en peligro el bien jurídico objeto de la protección oficial.

Los delitos de peligro no causan daño directo a los bienes jurídicos, pero los ponen en peligro, como el abandono de personas o la omisión del auxilio.

El peligro es la situación en que se colocan los bienes jurídicos, de la cual deriva la posibilidad de causación de un daño.

El delito previsto en la fracción X del artículo 405 del Código Penal Federal, no es un delito de lesión, pues el tipo

penal no exige la destrucción o disminución del bien jurídico, que en la especie lo constituye, sin lugar a dudas, la alteración en la función electoral al darse lugar a que se escrute y compute el voto ilegalmente depositado; o bien, tampoco se exige la destrucción o disminución del bien jurídico en el tipo penal, que también lo es la libertad de ejercer el sufragio de las personas.

En ese orden de ideas, Reyes Echandía, clasifica a los delitos de peligro en:

1. *Peligro directo e indirecto*
2. *Peligro efectivo y presunto*
3. *Peligro individual y común.*¹²³

3.5.2.1.2.1. Peligro directo e indirecto

Peligro directo.- “Son aquéllos que directa e inmediatamente amenazan la integridad del bien jurídico que el legislador ha pretendido tutelar.”¹²⁴ Ejemplo: el delito contra la salud, el delito de contaminación de aguas, etcétera.

Peligro indirecto.- “Son aquellos que describen comportamientos que el legislador ha considerado peligrosos en cuanto de ellos se desprenden consecuencias nocivas

¹²³ *Ibid.*, p.134

¹²⁴ *Ibidem.*

para el bien protegido. En estas hipótesis el legislador, dada la trascendencia del bien que quiere defender, no sólo lo ampara del peligro de lesión, sino de cualquiera amenaza que pueda producir un peligro de lesión, por eso construye tipos penales cuya misión es la de salvaguardar doblemente tal bien.¹²⁵ Ejemplo: el delito de rebelión.

3.5.2.1.2.2. Peligro efectivo y presunto

Peligro efectivo.- “Son aquéllos que exigen la prueba de que el bien jurídico tutelado se haya puesto efectivamente en peligro por la conducta del agente; si tal circunstancia no se demuestra, la conducta es atípica, y por ende, impune, al menos dentro del marco de este tipo concreto”.¹²⁶ Ejemplo el delito previsto en la Ley de Ataques a las Vías Generales de Comunicación, que sanciona la conducta a quien dañe o deteriore una vía férrea o automovilística o dañe o destruya máquinas o instrumentos.

Peligro presunto.- “A diferencia de los anteriores, son los que no exigen la prueba del peligro; basta en ellos que la conducta se realice y en consecuencia el ilícito se estructura independientemente de la demostración de la existencia o inexistencia de un efectivo peligro sobre el bien jurídico tutelado en cabeza del sujeto pasivo; en otras

¹²⁵ *Ibidem.*

¹²⁶ *Ibidem.*

palabras, el peligro se presume *juris et de jure*, lo que significa que no le es permitido al agente demostrar que en el caso concreto el bien jurídico de que se trate no estuvo en peligro de sufrir lesión alguna.¹²⁷ Ejemplo: el delito de asociación delictuosa.

3.5.2.1.2.3. Peligro individual y común

Peligro individual.- “Son aquéllos tipos respecto de los cuales la conducta en ellos descrita amenaza a una o varias personas concretamente determinadas o determinables.”¹²⁸ Ejemplo: delitos contra la integridad individual, el contagio venéreo, etcétera.

Peligro común.- “Son aquellos que describen conductas susceptibles de afectar a un número indeterminado de personas.”¹²⁹

El delito previsto en la fracción X del artículo 405 del Código Penal federal, es un delito de peligro, es decir, la conducta del agente pone en riesgo del bien jurídicamente tutelado por la ley penal, que en la especie lo constituye, sin lugar a dudas, la alteración en la función electoral al darse lugar a que se escrute y compute el voto ilegalmente

¹²⁷ *Ibid.*, p.135.

¹²⁸ *Ibidem.*

¹²⁹ *Ibid.*, p.136

depositado; o bien, poner en peligro la libertad de ejercer el sufragio de las personas.

Afirmamos lo anterior en virtud de que sobre dicha violación individual destaca el fin inmediato y general protegido por el delito electoral en estudio, como ya se señaló lo constituye un deber de cuidado o un actuar precedente, durante la jornada electoral y no se ponga en peligro la jornada electoral.

El delito previsto en la fracción X del artículo 405 del CPF, es un delito peligro, pues no requiere para su integración la producción de un resultado objetivo o material, pues se agota el tipo penal con el dejar de hacer algo a que estaba obligado el funcionario electoral, al **permitir o tolerar** que un ciudadano emita su voto a sabiendas de que no cumple con los requisitos de ley, o **permitir o tolerar** que se introduzcan una o más boletas electorales, en las urnas correspondientes, no siendo necesario para su integración la producción de un resultado material, es decir, de una mutación en el mundo exterior, pues en el caso, basta que el sujeto activo del delito, funcionario electoral, (Presidente y/o secretario de la mesa de casilla) permita o tolere que un ciudadano emita su voto a sabiendas de que no cumple con los requisitos de ley o permita o tolere que se introduzcan en las urnas ilícitamente una o más boletas electorales, pues sólo se infringe una norma preceptiva penal.

3.5.3. Clasificación de los tipos penales en relación a su contenido, según Reyes Echandía

Esta clasificación se refiere a los diversos aspectos a que da lugar la técnica empleada por el legislador para describir los estilos de comportamiento susceptible de ser sancionados. Los cuales pueden ser de mera actividad y de resultado.

Por lo expuesto, el multicitado autor los clasifica en:

- “1)Tipos de mera conducta y tipos de resultado
- 2) Tipos abiertos y tipos cerrados
- 3)Tipos de conducta instantánea y tipos de conducta permanente.
- 4) Tipos de acción o tipos de omisión.”¹³⁰

3.5.3.1. Tipos de mera conducta y tipos de resultado

Importa aquí si el tipo requiere o no que la acción vaya seguida, que si bien protegen la causación de un resultado *separable* espacio - temporalmente de la conducta, es decir que se requiere un resultado formal. En los delitos de mera actividad no es necesario. Ejemplos: allanamiento de morada (art.285 CPF), abuso sexual (art.259 bis CPF). **De**

¹³⁰ *Ibid.*, pp136 - 141.

igual forma acontece en el delito a estudio, pues no se requiere de un resultado material.

Lo contrario sucede en los delitos de resultado material. Ejemplo: el homicidio (art. 302 CPF). En este sentido estricto, no será “resultado” ni la sola exteriorización de conducta¹³¹ ni la lesión del bien jurídico.¹³² Así, por ejemplo, el delito de allanamiento de morada lesiona el bien jurídico de la inviolabilidad de la morada, pero no es necesario que produzca ningún resultado separable espacial - temporalmente, por lo que es de mera actividad.

Esta distinción es importante para: 1º) la exigencia o no de relación de causalidad entre conducta y resultado; 2º) la determinación del tiempo y lugar del delito (sólo problemática en los delitos de resultado).

La aplicación de la ley exige, a veces, saber *cuándo* y *dónde* se ha realizado el tipo. Así, por ej., el tiempo es importante para decidir cuándo una *ley* es anterior o posterior al delito –recuérdese que, salvo en las leyes más favorables para el reo, rige en Derecho penal e principio de irretroactividad de la ley a hechos anteriores a su entrada en vigor-, a qué momento debe referirse la *inimputabilidad* del

¹³¹ Aunque también la conducta puede verse como “resultado” de la voluntad, es éste el sentido en que dicho término se emplea cuando se contraponen a la conducta en los “delitos de resultado”.

¹³² En distinto sentido Laurenzo, *Resultado...*, pp. 182 s.

autor, o a partir de cuándo debe empezar el cómputo de los plazos de *prescripción del delito*. El lugar importa sobre todo a efecto de *competencia procesal*, sobre todo cuando se trata de determinar si el delito se cometió en nuestro país o en el extranjero. La cuestión no será problemática en los delitos en que el resultado sigue inmediatamente a la conducta, pero sí en aquéllos en que entre la manifestación de voluntad y el resultado medie una separación temporal o espacial de cierta importancia.

Tres perspectivas se han propuesto para resolver estos problemas, según la opinión que da Mir Puig y que son: "A) la teoría de la actividad, B) la teoría del resultado y C) la teoría de la ubicuidad, según que el punto de referencia elegido sea la conducta, el resultado o ambos al mismo tiempo. A esto se añade que la teoría de la valoración jurídica, defendida por Mezger y que encuentra acogida en España, cree que será preciso aplicar un criterio u otro según los fines perseguidos por las distintas instituciones en que el problema se plantea".¹³³

Respecto al tiempo del hecho, una corriente doctrinal¹³⁴ pide que se aplique para todos los casos teoría de

¹³³ Cfr. Mezger, *Tratado t.*, I, pp. 265 ss., Rodríguez Mourullo, *Lugar del delito*, en Nueva Enciclopedia Jurídica, t., XV, p.724, Rodríguez Devesa, *Derecho Penal, parte general*, pp. 383 ss., Sainz Cantero, *Lecciones*, pp. 418 s., Cerezo, *Derecho Penal, parte general*, II, sexta edición, pp. 76 ss.

¹³⁴ Cfr. Antón Oneca, *Derecho Penal, parte general*, p. 176. También así Cuello Calón, *Derecho Penal, parte general*, t, I, pp. 358-362, Jiménez de Asúa, *Tratado*, III, pp. 497 s.

la actividad, lo que coincide con el criterio del Código Penal alemán.

Un sector de la doctrina española se inclina por preferir la teoría del resultado en orden a determinar el momento a partir del cual empieza a correr el plazo de prescripción del delito¹³⁵. Sin embargo, la teoría de la actividad tiene también una ventaja a tener en cuenta el tema de prescripción; permite resolver satisfactoriamente los casos en que el resultado consiste en un acortamiento de la vida o de la salud que se manifiesta tan tardíamente que sobrepasa incluso los plazos de prescripción.

3.5.3.2. Tipos abiertos y tipos cerrados

Son abiertos “aquellos tipos en los que se describe escuetamente la conducta o se menciona solamente el resultado, sin precisar en el primer caso las circunstancias en que tal conducta ha de realizarse, ni indicar en el segundo la modalidad del comportamiento que ha producirlo.”¹³⁶

Los tipos cerrados, por su parte, “concretan circunstanciadamente la conducta o señalan no solamente un resultado sino la forma como ha de producirse, de tal manera

¹³⁵ Cfr. Rodríguez Mourullo, Lugar, p. 725, Casabó, Comentario, t., II, pp. 37 s., Sainz Cantero, Lecciones, p. 407, También admiten que la prescripción empiece a computarse a partir de la producción del resultado si éste tiene lugar, Rodríguez Devesa, parte general, p. 385, y Cerezo, Parte general, t. II, sexta edición, p. 78, Luzón, Curso, pp. 195 s.

¹³⁶ Reyes Echandía, *op.cit.*, p.139.

que si el comportamiento del agente no se realiza de la manera como lo describe en el tipo no es posible subsumirlo en él.¹³⁷

3.5.3.3. Tipos de conducta instantánea y tipos de conducta permanente

Tanto los delitos de mera actividad como los de resultado pueden dividirse en delitos **instantáneos, permanentes o continuos y continuados**, según la actividad o el resultado determinen la aparición de un *estado* antijurídico de cierta *duración* (delitos permanentes) o no (delitos instantáneos).

Así tenemos en nuestro art. 7° del CPF, que a la letra dice:

“Artículo 7o. Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omita impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

El delito es:

1. Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;

¹³⁷ *Ibidem.*

II. Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y

III. Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.¹³⁸

En consecuencia los delitos se dividen en:

Instantáneos;

Permanentes o continuos; y

Continuados.

3.5.3.3.1. Instantáneos.- "Son aquéllos que se consuman mediante la realización de una sola conducta y en forma momentánea." ¹³⁹

Ejemplo de delito instantáneo sería el homicidio: se consume en el instante en que se produce el resultado, sin que éste determine la creación de una situación antijurídica duradera (la muerte, con estado naturalístico, no puede considerarse antijurídica porque no puede ya ser removida por el hombre).¹⁴⁰ Mayor dificultad encierra la distinción de las otras clases de delitos.

¹³⁸ CD Legislación penal ...

¹³⁹ Cortés Ibarra, Miguel Ángel, *Derecho Penal, parte general*, cuarta edición, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1992, p. 168.

¹⁴⁰ En contra Roxin, Claus, *Introducción al derecho Penal y al Derecho Procesal*, trad., notas y comentarios de Arroyo y Gómez Colmer, 1988.

El delito previsto en la fracción X del artículo 405 CPF, es un delito instantáneo, porque se consume en el mismo momento en que el sujeto activo del delito, funcionario electoral, permite o tolera (omisión) que un ciudadano emita su voto a sabiendas de que un individuo no cumple con los requisitos de ley o bien permite (omisión) o tolera (omisión) que se introduzcan en las urnas ilícitamente una o más boletas electorales.

3.5.3.3.2. Permanentes o continuos.- Son aquellos “que la acción que lo consuma crea un estado delictuoso que se prolonga en el tiempo, mientras subsiste la lesión del bien jurídico afectado.”¹⁴¹

Así en esas condiciones el delito permanente supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la *voluntad del autor* (por ejemplo, detenciones ilegales, art. 215 A CPF); dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica.

Esta distinción importa siempre que la ley asigna efectos al momento de consumación del delito (prescripción, deslinde de complicidad y encubrimiento, actualidad de la legítima defensa, tiempo del delito). En particular, por lo que se refiere a la prescripción, sólo en el delito permanente

empieza a correr el plazo al cesar el mantenimiento del estado antijurídico.

Ejemplo: En la bigamia, delito de estado, el plazo de la prescripción se computará a partir de la celebración del matrimonio ulterior, sin que deba esperarse a que cese el estado antijurídico por él creado y representado por la subsistencia del matrimonio bigamo.

Tiene importancia tomar en consideración la duración del evento para los efectos de la punibilidad, tal es el caso de las lesiones, ya que de acuerdo a la duración en que tardan en sanar las lesiones producidas será la sanción que se imponga al agente.

3.5.3.3.3. Continuados.- Son aquéllos que, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.

Para Carrara, la continuidad en este delito debe buscarse en la discontinuidad de la acción. Se dice que el delito continuado consiste:

- “1.- Unidad de resolución:
- 2.- Pluralidad de acciones (discontinuidad en la ejecución); y
- 3.- Unidad de lesión jurídica. Ejemplo: el caso del individuo que decide robar veinte botellas de vino,

¹⁴¹ Cortés Ibarra, Miguel Ángel, *op cit.*, p. 168.

mas para no ser descubierto, diariamente se apodera de una, hasta completar la cantidad propuesta.¹⁴²

3.5.3.4. Tipos de acción y tipos de omisión

Se llaman delitos de acción aquéllos en que la ley prohíbe la realización de una conducta que se estima nociva.

Son de omisión aquéllos en que se ordena actuar en determinado sentido que se reputa *beneficioso* y se castiga el no hacerlo. Pero en ambos casos concurre una conducta positiva: en el delito de omisión la que se realiza en lugar de la ordenada. Como se ve, la diferencia entre delitos de acción y de omisión no reside, pues, en el plano del comportamiento —siempre positivo—, no en el normativo de la clase y contenido de la norma jurídica infringida; si es prohibitiva de una conducta nociva origina un delito de acción y si es preceptiva de una conducta beneficiosa uno de omisión.

Los delitos de omisión de mera actividad reciben el nombre de delitos de omisión pura o propia. En ellos se describe sólo un no hacer, con independencia de si del mismo se sigue o no un resultado. Ejemplo: el abandono de persona del art. 335 CPF, que se contenta y consuma con el mero abandono de persona. Los delitos de omisión en que se ordena evitar un determinado resultado son delitos de omisión impropia o mejor, de comisión por omisión. No basta

¹⁴² *Idem.*

entonces e no hacer, si no ha hecho posible la producción del resultado típico: son delitos de resultado.

Ejemplo: el homicidio del art. 302 del CPF requiere solamente “matar” otro, lo que puede tener lugar también por omisión; así, la madre que deja sin alimentar a su hijo recién nacido.

3.5.3.5. Delitos de medios determinados y resultativos.

Mientras que en los delitos de medios determinados la descripción legal acota expresamente las modalidades que puede revestir la manifestación de voluntad (ej.: el robo con fuerza en las cosas supone el empleo de una de las formas de fuerza previstas en el art. 372 CPF), en los delitos resultativos basta cualquier conducta que cause el resultado típico (ej.: art. 302 CPF: “el que matare a otro”), sin limitación de modalidades de acción.

3.5.3.6. Delitos de un acto, de pluralidad de actos y alternativos

Según que el tipo describa una sola acción (a), varias a realizar (b), o varias alternativas (c), concurrirá un

delito de un acto (a), de pluralidad de actos (b) o alternativo (c), respectivamente.¹⁴³

Ejemplos de delitos de un acto: el robo simple (art. 367 CPF), la bigamia (art. 277 CPF). Ejemplos de delitos de pluralidad de actos: el robo agravado (requiere apoderamiento y violencia o intimidación en las personas, o fuerza en las cosas: arts. 373 y ss.) la agresión sexual (requiere atentar contra la libertad sexual de otra persona mediante fuerza o intimidación: arts. 260 y ss), etcétera.

Ejemplo de delito alternativo: el allanamiento de morada (art. 285 CPF), cuyo tipo prevé dos modalidades posibles, la entrada en morada ajena o el mantenerse en ella contra voluntad del morado. Cualquiera de ambas basta.

El delito en estudio es alternativo es decir la conducta se realiza por **permitir o tolerar** que alguien vote aún cuando no cumpla los requisitos exigidos por el COFIPE, o bien que permita o tolere la introducción de la boleta electoral a las urnas.

Constituye una modalidad de delito de pluralidad de actos el delito de hábito. Se caracteriza por la necesidad de repetición de actos en una conexión objetiva tal que pueda hablarse de hábito. Por ejemplo en delincuencia organizada.

¹⁴³ Cfr. Jescheck, *Tratado*, p. 360.

Hasta entonces el delito no se consuma.

3.5.3.7. Por su gravedad

La gravedad de la lesión producida sobre el bien jurídico, es lo que lleva al legislador a tipificar una conducta como punible, así encontramos algunas circunstancias que hacen más rigurosa la sanción.

El delito previsto en la fracción X del artículo 405 del Código Penal federal, no es un delito material, pues se agota con el movimiento corporal o en la omisión del agente, sin requerir de la producción de un resultado objetivo o material.

Los delitos de peligro se dividen en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. Suele decirse que en los primeros requiere expresamente la ley la creación de una efectiva situación de peligro (*resultado de peligro*), mientras que en los delitos de peligro abstracto no es preciso que en el caso concreto la acción cree un peligro efectivo: sólo serían delitos de peligro en el sentido de que la razón de su castigo es que normalmente suponen un peligro.¹⁴⁴

¹⁴⁴ Cfr. Barbero, Santos, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, España 1973, p. 489.

Ejemplo: el art. 371 CPF, que castiga al que “condujere un vehículo a motor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas” es un delito de peligro *abstracto*, porque no es preciso que la conducta haya puesto en concreto peligro algún bien jurídico, bastando la peligrosidad que se supone conlleva la acción;

Pero, según la diferenciación expresada, los delitos de peligro abstracto no requerirían ningún peligro efectivo, por lo que sería incluso dudoso que se explicasen como verdaderos delitos de peligro.¹⁴⁵ Debería hablarse, a lo sumo, de delitos de “peligro presunto”.¹⁴⁶ Sin embargo, hoy se discute que persista la tipicidad en los delitos de peligro abstracto en el caso extremo de que se pruebe que se había excluido de antemano todo peligro.¹⁴⁷ En favor de negar su subsistencia cabe alegar que deja de tener sentido castigar una conducta cuya relevancia penal proviene de la peligrosidad que se supone en ella, cuando tal peligrosidad aparece como inexistente desde el primer momento. Si la razón del castigo de todo delito de peligro (sea abstracto o

¹⁴⁵ Así Rodríguez Devesa, Enrique, *Derecho penal español*, parte general, octava edición, Motevideo Buenos Aires, 1998, p. 410.

¹⁴⁶ Terminología ésta de origen italiano que acoge Rodríguez Mourullo, *Derecho Penal*, parte general, p. 277. Pero la terminología despierta justificados recelos de presunciones contra ella en Barbero Santos, *op cit.*, p. 492.

¹⁴⁷ Para la doctrina Alemana Cfr. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, trad., y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde, España 1981, p. 359. En España, cfr Barbero Santos, *op cit.*, pp. 492, 495.

concreto) es su peligrosidad, siempre deberá exigirse que no desaparezca en ellos todo peligro¹⁴⁸

De ahí que, mejor que decir que en los delitos de peligro abstracto no es preciso un efectivo peligro, es formular su distinción respecto de los delitos de peligro concreto en los términos siguientes; en los delitos de peligro concreto el tipo requiere como resultado de la acción la proximidad de una concreta lesión (así, que la acción haya estado a punto de causar una lesión a un bien jurídico determinado), mientras que en los delitos de peligro abstracto no se exige tal resultado de proximidad de una lesión de un concreto bien jurídico, sino que basta la peligrosidad de la conducta,¹⁴⁹ peligrosidad que se supone inherente a la acción alvo que se pruebe que en el caso concreto quedó excluida de antemano. Pero tanto los delitos de peligro concreto como los de peligro abstracto son verdaderos delitos de peligro porque exigen que no se excluya previamente todo peligro¹⁵⁰

¹⁴⁸ No obstante, la jurisprudencia. Española considera que en los delitos de peligro abstracto la ley presume *iuris et de iure* la peligrosidad de la acción, Cfr. Rodríguez Devesa, *Derecho Penal, parte general*, p. 410, Rodríguez Mourullo, *Derecho Penal, parte general*, pp. 379 s., Rodríguez Ramos, *Cuadernos de Política criminal* 1977, pp. 55 s., Córdoba, *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Argentina, 1969, p. 359. Una vía intermedia sigue Torío, *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales* 1981, pp. 837 ss., que distingue, dentro de los delitos de peligro abstracto, dos clases: los delitos de desobediencia, que no exigirían peligro, y los delitos de peligro hipotético, en que es necesario un "peligro posible".

¹⁴⁹ Cfr. Rodríguez Ramos, *Cuadernos de Política criminal*, 1977, pp. 55 ss. Pero algunos delitos de peligro abstracto requieren la producción de un resultado (como el delito de incendio del art. 351 CP) no consistente en el de proximidad de la lesión para un bien jurídico concreto.

¹⁵⁰ El peligro es siempre una característica de la conducta ex ante, no del resultado: Cfr. Mir Puig, *Adiciones*, p. 371.

Lo que no podrían admitirse es que en los delitos de peligro abstracto falte el tipo siempre que se pruebe que a posteriori no resultó peligro concreto. Admitir esto borraría la diferencia que la ley impone entre los delitos de peligro concreto y abstracto al exigir sólo para los primeros el resultado de proximidad de una lesión. Pero, sobre todo, contradiría el fundamento político-criminal de los delitos de peligro abstracto, que ha de verse en la conveniencia de no dejar a juicio de cada cual la estimación de la peligrosidad de acciones que con frecuencia son lesiva (peligro estadístico). Así, el conducir embriagado en principio ha de prohibirse siempre sin necesidad de que resulte inminente una lesión, pues de lo contrario muchos conducirían en este estado confiando en que en su caso no iba a producirse tal resultado.

3.6.. Clasificación de los tipos en relación con los sujetos activo y pasivo

En el Derecho penal, los sujetos del delito se clasifican en:

Sujeto activo; y

Sujeto pasivo.

3.6.1. Concepto de sujeto activo

Se ha definido al sujeto activo como "la persona que realiza la conducta típica; también se le conoce con el nombre de agente, sujeto - agente, actor o autor." ¹⁵¹

Es importante hacer notar la distinción entre sujeto activo y destinatario de la ley penal; "el primero es la persona que ejecuta la conducta de acción o de omisión descrita en un tipo penal determinado; el segundo es, en cambio, la persona a quien se dirige el mandato implícito de la norma penal." ¹⁵²

Ahora bien, para que alguien pueda ser sujeto activo de una conducta típica es indispensable que sea capaz de poner en movimiento una energía física de acuerdo con mecanismos psicológicos, que la orientan en determinada dirección, es decir, capaz de realizar una serie de operaciones psicosomáticas que sólo están reservadas a la persona humana.

3.6.2. Clasificación de los sujetos activos

Las diversas modalidades a que dan lugar los sujetos activos previstos en los tipos penales dependen de su

¹⁵¹ Cfr. José Cerezo Mir, *Autoría y Participación en el Código Penal*, Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, fascículo III, Madrid, 1979, pp. 567 y 581.

¹⁵² Reyes Echandía, Alfonso, *op. cit.*, p. 26.

número *lato sensu* considerado, de su calidad y de su relación con la conducta.

Desde este punto, los sujetos activos que se prevén en los injustos penales, se clasifican según diversos criterios en:¹⁵³

- 1) De su número *lato sensu* considerado;
- 2) De su calidad, y
- 3) De su relación con la conducta.¹⁵⁴

3.6.2.1. En cuanto a su número pueden ser:

- a) Tipos monosubjetivos, y
- b) Tipos plurisubjetivos.

a) **Los tipos monosubjetivos** son: "... en los que es suficiente que una sola persona realice la conducta en ellos descrita; si son varios los que intervienen, surge la figura jurídica de la coparticipación."¹⁵⁵

La mayor parte de las conductas descritas por el legislador cabe en esta modalidad típica; a manera de ejemplo mencionaremos las siguientes: La portación de arma de fuego sin licencia, el robo, las lesiones, el homicidio, y por supuesto el delito en estudio.

¹⁵³ *Ibid*, pp. 26 - 42.

¹⁵⁴ *Ibid*, p.34.

¹⁵⁵ Reyes Echandía, Alfonso, *op. cit.*, p. 34.

b) **Los tipos plurisubjetivos** son los que: "... exigen la presencia de por lo menos dos personas, en forma tal que la conducta ejecutada por un solo individuo no es típica ni, por ende, delictuosa. " ¹⁵⁶

La plurisubjetividad no es, pues, un concepto rígido que deba de ser afirmado siempre que en el tipo se haga referencia a varias personas que conjuntamente puedan intervenir en la realización de un hecho.

De lo anterior podemos concluir, tal como lo establece Reyes Echandía en el sentido de que no puede hablarse de plurisubjetividad, mientras no se reúnan los siguientes requisitos:

- "a) Que el tipo legal exija la presencia de varias personas;
- b) Que tal conducta sea un elemento constitutivo del delito, y
- c) Que la sanción prevista para quienes realicen la conducta abarque a todas las personas señaladas en el respectivo tipo legal. " ¹⁵⁷

Los tipos plurisubjetivos, para su estudio según Reyes Echandía, se clasifican en:

A) "Plurisubjetividad derivada de la relevancia jurídica de la conducta. Según aquella, la presencia de una

¹⁵⁶ *Ibid*, p. 34.

¹⁵⁷ *Idem*.

pluralidad de sujetos activos da como resultado tipos normales y anómalos.”¹⁵⁸

a) **Pluralidad normal**, “cuando se da la participación de varios agentes que es indispensable para configurar el delito”,¹⁵⁹ es decir, es una participación tal, en donde cada uno de los sujetos que intervienen deben realizar precisamente la conducta descrita en el tipo, de tal manera que el comportamiento de todos los sujetos activos debe encuadrar en la descripción legal, como ocurre en los casos de la sedición y asociación delictuosa.

Aquí la participación de cada uno de los sujetos que intervienen debe realizarse tal como la describe el tipo.

b) **Pluralidad anómala**. Es cuando el delito no exige para su configuración “la necesaria o recíproca participación de varios sujetos, sino que prevé o admite, por lo menos, formas *sui generis* de actuación.”¹⁶⁰

Las modalidades de esta pluralidad anómala para su estudio se subdividen, según Reyes Echandía,¹⁶¹ en:

b.1. Participación alternativa,

¹⁵⁸ *Idem.*

¹⁵⁹ *Idem.*

¹⁶⁰ *Idem.*

¹⁶¹ *Ibid.*, pp. 35 - 36.

b.2. Participación consentida; y

b.3. Participación referida a una sola persona.

b.1. La participación alternativa. “Se da en los “tipos que describen varias conductas, cada una de las cuales configura por sí misma el delito, pero en los que respecto de una o de algunas de ellas, se exige la presencia de varios agentes”.¹⁶² Ejemplo: robo en pandilla.

b.2. La participación consentida. Se presenta cuando la conducta del sujeto activo se realiza con el consentimiento de la persona sobre la cual recae. Ejemplo: el incesto. La falta de consentimiento del titular del bien jurídico afectado genera para el autor de la conducta responsabilidad por el delito que se cometió.

b.3. Participación referida a una sola persona. Se refiere a una sola persona en aquellas situaciones en las que la conducta de un sujeto hace posible a otro la realización del comportamiento típico.

B) Plurisubjetividad derivada del número. Es aquella en la que se toma en consideración el número de sujetos activos necesarios para la

¹⁶² *Ibid.* p.35

realización de la conducta típica, la plurisubjetividad puede ser: bilateral o multilateral.

La bilateral se presenta cuando el número de sujetos activos exigidos por el respectivo tipo penal es de dos. Estaremos en presencia de una bilateralidad impropia cuando uno de los dos individuos a que se refiere el tipo es el que ordinariamente responde del hecho, y sólo en forma eventual responde el otro cuando voluntariamente y con conocimiento de las modalidades típicamente previstas realiza el comportamiento descrito. Ejemplo: el incesto y la bigamia.

Es multilateral cuando el tipo requiere la presencia de un número más amplio de personas. Ejemplo: el motín y robo con la calificativa de la pandilla.

En este sentido es muy importante precisar que el delito en estudio no requiere de pluralidad de sujetos.

3.6.2.2. En cuanto a su calidad

En principio, todos los seres humanos, como destinatarios de la norma penal, somos potencialmente activos de delitos, es decir, que cualquier persona es capaz de ejecutar la conducta descrita en el tipo, sin embargo en

algunos casos no basta con ello, si no que se tiene que reunir ciertas características.

En cuanto a su calidad los tipos suelen clasificarse en:

- "a) Tipos de sujeto indeterminado.
- b) Tipos de sujeto cualificado." ¹⁶³

a) Los tipos de sujeto indeterminado. Son aquéllos tipos penales que se refieren al sujeto activo empleando expresiones tales como "el que", "los que", "quien", o "quienes".

b) Los tipos de sujeto cualificado. La cualificación del sujeto activo es excepcional; cuando el tipo la requiere sólo podrá ser agente la persona revestida de aquella condición, característica o cualidad, esa cualificación puede ser de índole natural, jurídica o profesional.

b.1. La cualificación natural. Es el conjunto de caracteres individuales que permiten diferenciar a una persona de otra. Ejemplo: la edad, el sexo, etcétera.

b.2. La cualificación jurídica. Es la connotación personal que tiene relevancia en cualquier área del derecho.

¹⁶³ Cfr. Reyes Echandía, Alfonso, *op. cit.*, p. 37.

La cualificación del sujeto activo puede ser de derecho público o de derecho privado.

b.2.1. Es de derecho público. Cuando pertenece a un ordenamiento jurídico de esta especie. Ejemplo: Los tipos que requieren como agente a un "servidor público", tal es el caso del peculado, así como el delito en estudio.

b.2.2. Es de derecho privado. Cuando pertenece a un ordenamiento iusprivatista; ejemplo: En las hipótesis en que el sujeto activo debe ser ascendiente o descendiente del sujeto pasivo; tal es el caso del incesto y el parricidio.

c) Cualificación profesional. Se presenta cuando el agente ejerce una determinada profesión u oficio en razón del cual se cometió el delito. Ejemplo: delito de abogados, patronos o litigantes.¹⁶⁴

En conclusión podemos afirmar que la calidad del sujeto activo se presenta cuando el tipo penal exige cierta característica en el autor, esto es, cuando el tipo requiere determinada calidad del sujeto activo para poder ser autor del delito.

¹⁶⁴ *Idem.*

Mezger¹⁶⁵ hace un singular pronunciamiento en torno a los delitos especiales, los que poseen, a su decir, destacada significación práctica en la teoría de la codelincuencia, indicando que la limitación del círculo de los posibles autores en los llamados delitos especiales, no supone que las personas no pertenecientes a dicho círculo, esto es, los no cualificados (extraños) no pueden ser en absoluto sujetos del delito, pues si bien no pueden ser autores en el sentido estricto queda la posibilidad de que participen en el hecho como cómplices y sean, por tanto, sujetos del delito, advirtiéndose de todo esto, que el sujeto activo del delito sólo podrá ser quien cuenta con la calidad exigida por el tipo penal.

Ahora bien, en el tipo penal en estudio, habrá que determinar a quién se atribuye la conducta realizada; y, por otra parte, si el tipo exige o no una calidad específica en el sujeto para ser autor de la conducta, en cuyo caso habrá que ver si el sujeto la reúne o no.

En nuestro estudio sólo puede ser sujeto activo del ilícito el "funcionario electoral" y por éste hay que entender según nos dice la fracción II del artículo 401 del Código Penal Federal: "quienes en los términos de la legislación federal

¹⁶⁵ Mezger Edmund, *Derecho Penal, parte general, libro de estudio*, Ed. Cárdenas editor y distribuidor, Córdoba, octubre de 1957.

electoral integren los órganos que cumplen funciones electorales.”

Ahora bien, es importante mencionar lo que señalan los artículos 118 y 119.1 del COFIPE que dicen:

“ARTÍCULO 118.

1. Las mesas directivas de casilla por mandato constitucional, son los órganos electorales formados por ciudadanos, facultados para recibir la votación y realizar el escrutinio y cómputo en cada una de las secciones electorales en que se dividan los trescientos distritos electorales.

2. Las mesas directivas de casilla como autoridad electoral tienen a su cargo, durante la jornada electoral, respetar y hacer respetar la libre emisión y efectividad del sufragio, garantizar el secreto del voto y asegurar la autenticidad del escrutinio y cómputo.

3. En cada sección electoral se instalará una casilla para recibir la votación el día de la jornada electoral, con excepción de lo dispuesto en los párrafos tercero, cuarto y quinto del artículo 192 de este código.”

“ARTÍCULO 119

1.- Las mesas directivas de casilla se integrarán con un Presidente, un Secretario, dos Escrutadores, y tres suplentes generales...”.

Ahora bien, las atribuciones que tienen los integrantes de las mesas directivas de casillas entre otras cosas son: la de instalar y clausurar la casilla en los términos del COFIPE y sobre todo, el de recibir la votación, según lo dispuesto por el artículo 121 inciso b) del mencionado ordenamiento legal.

Sin embargo, no todos los que conforman la mesa directiva reciben los votos; por tanto, no todos pueden ser sujetos activos del delito, por ello es importante establecer quiénes sí pueden recibir los votos.

Dentro de las atribuciones del presidente de la mesa directiva de casillas, encontramos que es una autoridad electoral; por tanto preside los trabajos de la mesa y vela por el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el COFIPE.

A lo largo del desarrollo de la jornada electoral, identifica a los electores, quienes serán los que se presenten ante la mesa directiva de casilla, y muestren su credencial para votar con fotografía, asimismo permiten que emitan su voto aquellos ciudadanos cuya credencial para votar contenga errores de seccionamiento, siempre que aparezcan en la lista nominal de electores con la fotografía correspondiente, también están facultados para recoger credenciales para votar que presenten muestras de alteración o no pertenezcan al ciudadano, lo anterior, según disponen los artículos 122 y 217 del COFIPE.

El secretario de la mesa directiva de casilla, también puede ser sujeto activo del delito a estudio, pues dentro de sus facultades está la de comprobar que el nombre

del elector figure en la lista nominal correspondiente, según lo dispone el artículo 123 del COFIPE.

Si en un determinado caso faltara la calidad específica del sujeto activo, exigida por el tipo, la conducta realizada por aquél es atípica, entonces habrá que analizarse si la conducta encuadra en algún otro tipo penal en que no se exige esa calidad; de no ser así, no habrá delito electoral.

3.6.2.2.1. Calidad de garante

Calidad de garante es la relación especial, estrecha y directa, en que se halla un sujeto y un bien singularmente determinado, creada para la salvaguarda del bien.

La calidad de garante, es de reciente aparición, aunque la problemática relativa surge desde el siglo XIX. Feuerbach fue el primer jurista que concibió la posición de garante, derivándola de la ley y del contrato.¹⁶⁶

Los juristas alemanes, con apoyo en el párrafo 1° de su Código Penal alemán de 1870, que especificaba la clase de consecuencia penal conectada a los crímenes, a los delitos y a las contravenciones, usaba solamente el vocablo "acción", como el concepto de acción en un sentido amplio, excluyente tanto de la actividad como de la inactividad.

Así las cosas, los alemanes buscaron un criterio que permitiera determinar la omisión relevante y, por ende, el sujeto al cual se impone el deber de evitar el resultado material típico. Así surge la calidad de garante. Sólo el que tiene la calidad de garante tiene el deber de evitar. Sólo quien, por una interdependencia social con otras personas, está en condición de garantizar un bien protegido por el derecho penal, tendrá el deber de evitar la lesión de ese concreto bien.

Para Maurach, una responsabilidad de garantía únicamente surgirá en virtud de deberes personal y objetivamente especializados en los siguientes términos:

"a) La función de garantía implica una *posición especial* del afectado por la obligación frente a la masa de los restantes sujetos. Una tal posición únicamente puede surgir en virtud del directo llamamiento al sujeto respectivo. Deberes de acción que alcanzan en la misma medida *quemvis ex populo*, deben ser descartados para la posición de garantía.

"b) La también requerida especialización objetiva estriba en que al sujeto no solamente se le impone un 'simple deber de acción', esto es, un simple deber de actuación, sino un deber precisamente dirigido a evitar el resultado típico que amenaza: el especialmente obligado debe responder frente a la sociedad de que el resultado no se producirá.

"c) En estas características personal (a) y objetiva (b) se encierra, a su vez, *la delimitación entre omisión propia e impropia*. Un deber de acción existe también, como norma imperativa, en los propios delitos de omisión. Estos se dirigen sin embargo, en la misma

medida, a todos los sujetos y se limitan –como compensación a la ilimitada esfera de destinatarios- a exigir el despliegue de aquella actividad que, si bien regularmente es adecuada para evitar el resultado que la ley quiere prevenir, no precisa evitarlo en el caso concreto: el imperativo de la norma queda cumplido en cuanto el obligado con carácter general, ha sido activo en la forma prescrita por la ley; ni debe soportar un riesgo por el resultado, ni puede con justicia imponérsele tampoco un tal riesgo, en atención a la falta de *especiales* relaciones personales y objetivos con el bien amenazado. Distinto es lo que sucede en los *impropios* delitos de omisión. Aquí la ley, por la objetividad y personalmente incrementada esfera de deberes, tiene derecho a exigir la evitación del resultado, y a equiparar el garante que omite contrariamente a su deber, al autor de un hecho comisivo.”¹⁶⁷

Para la suscrita, la calidad de garante es una calidad del sujeto regulada por el Derecho penal, que en los tipos de omisión se introduce para especificar al sujeto que tiene el deber de actuar para la conservación del bien. Por tanto, la calidad de garante hace posible, por una parte, aprender espacial y temporalmente la conducta omisiva y, por la otra, determinar al sujeto que la realizó.

Asimismo, la sustentante considera que el autor de una omisión sólo puede serlo quien, previamente o por alguna razón o circunstancia, se ha colocado en la posesión de garantía, es decir, es garante del bien jurídicamente tutelado frente a la lesión que pudiera sobrevenir. Por tanto, esta calidad genera para el sujeto el deber de ejecutar una

¹⁶⁷ Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, t. II, Ed., Ariel, Barcelona, 1962, pp. 284 y 285.

acción idónea para evitar el resultado o lesión típica. Si no la ejecuta, le será atribuida la lesión como si la hubiese producido.

En consecuencia, la doctorante comparte el criterio de la doctora Islas, al afirmar que en los tipos de omisión "sin resultado material", la calidad de garante se regula en el mismo tipo; en los de omisión "con resultado material", puede ser regulada en cada tipo legal o en una regla general. Lo aconsejable es la regla general, que se sintetiza en cuatro categorías de hechos y circunstancias de la vida que pueden generar la postura de calidad de garante o de garantía, y son:

"a) Normas jurídicas extrapenales, incluyendo las de derecho consuetudinario y las resoluciones de los tribunales. En los casos en que la posición de garantía deriva de una orden especial de la ley cabe apuntar que con ello se está entendiendo no solamente el derecho escrito, sino también el derecho consuetudinario y la jurisprudencia. Al respecto, Feuerbach ha considerado que esta fundamentación es la principal.

"b) Una aceptación efectiva. Cuando se ha asumido voluntariamente una función o ha habido una aceptación efectiva, la doctrina –y aun el derecho, en un principio– ligó esta idea con la de aceptación contractual, lo cual traía como consecuencia la dependencia del deber jurídico penal de evitar el resultado, respecto de los aspectos jurídico civiles del contrato. Por ello, en época reciente, se ha entendido que basta "la aceptación real de una especial esfera de deberes ligada a la evitación del resultado". En este sentido, Nagler afirma que la responsabilidad no se basa en la voluntad de las partes del negocio jurídico, sino en la intervención en el proceso social.

“c) Una conducta anterior peligrosa.- Lógica y justa resulta esta consideración del derecho penal alemán, pues nadie podría estar en contra de la tesis de quien generó un riesgo, un peligro para el bien jurídico, tiene el deber de realizar una acción adecuada para eliminar tal peligro. En este caso, no es necesario que la conducta anterior peligrosa sea delictiva; su naturaleza jurídica no importa, sólo es relevante el peligro en que coloca al bien.

“d) Especiales comunidades de vida o de peligro.- Cuando la calidad de garante se adquiere por pertenecer a especiales comunidades de vida o de peligro, se entiende que, por el simple hecho de que un sujeto se haya colocado en la situación de miembro de una comunidad de vida o de peligro, tiene el deber de actuar para evitar la lesión al bien o a los bienes de los cuales son titulares otros miembros de la comunidad. Claro está que, en estos casos, los bienes en relación con los que se es garante tienen que estar estrechamente vinculados en el funcionamiento de la comunidad de vida o de peligro.”

¹⁶⁸

Así pues, en el delito a estudio, sí se exige la calidad de garante, pues los funcionarios electorales, por disposición de la ley tienen la posición de garantía, que deriva de una relación especial, estrecha y directa, con el buen desarrollo de las elecciones, que es el bien jurídicamente protegido por la norma.

¹⁶⁸ Islas de González Mariscal, Olga., *op. cit.*, pp. 26 y 27.

3.6.2.3. En relación con la conducta

Tomando en cuenta la naturaleza jurídica de la conducta desarrollada por el sujeto activo, los tipos – al decir de Freudenthal –¹⁶⁹ presentan dos modalidades:

1. Tipo de encuentro, y
2. Tipo de convergencia.

3.6.2.3.1. Los tipos de encuentro

“Son aquellos que suponen la intervención de dos o más personas cuyas conductas se orientan recíprocamente, en forma tal que sin esa mutua acción no es posible la realización del hecho típico; ejemplo, el incesto, que implica una bilateralidad de comportamientos que se encuentran en el acto sexual consumado por parientes”.¹⁷⁰

3.6.2.3.2. Los tipos de convergencia

“Son aquellos tipos penales que exigen plurima contribución en una empresa común; las conductas no son ya recíprocas como los tipos de encuentro, sino externamente unidireccionales. También se denominan de cooperación unilateral, porque, pudiendo ser realizados por un solo

¹⁶⁹ Cfr. Reyes Echandía, op.cit., p.39

¹⁷⁰ Reyes Echandía, op cit. p. 41.

individuo permiten la intervención de otro, mediante una conducta que implica auxilio, instigación o consentimiento”.¹⁷¹

3.6.3. La forma de participación de los sujetos activos

La participación se puede entender en sentido amplio o específico.

Desde un punto de vista amplio comprende a todos los que intervienen en un hecho delictivo.

Desde un punto de vista específico, autor es el que realiza la acción típica, es decir, es quien tiene el dominio del hecho, mientras que los partícipes carecen de él.

“Artículo 13. Son autores o partícipes del delito:

- I. Los que acuerden o preparen su realización;
- II. Los que los realicen por sí;
- III. Los que lo realicen conjuntamente;
- IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;
- VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
- VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y
- VIII. Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

¹⁷¹ *Idem.*

Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 bis de este código.¹⁷²

3.6.3.1. Autoría

“Artículo 13. Son autores o partícipes del delito:

I. Los que acuerden o preparen su realización;”¹⁷³

La autoría individual es la del que “realiza el hecho por sí solo”,¹⁷⁴ por lo tanto, sin la participación de otros que hagan contribuciones a la ejecución de la acción. Se trata de supuestos en los que la ejecución se realiza de propia mano, dado que no necesita de otros.¹⁷⁵ En tales supuestos el dominio de la propia acción es indudable si el agente ha obrado con dolo y han concurrido los elementos objetivos y subjetivos (especial cualificación del autor y especial propósito del autor) requeridos por el tipo.

En este caso la autoría es particularmente simple, dado que al haber un único sujeto agente, si su acción es típica, no se presentará la cuestión de distinguir su comportamiento de otros partícipes. Dicho en otras palabras: si la acción es típica el único agente será necesariamente autor.

¹⁷² Compila XI ...

¹⁷³ Cómpera XI ...

¹⁷⁴ Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal, parte general*, segunda edición totalmente renovada y ampliada, p.500.

¹⁷⁵ Jakobs, G., *Derecho Penal, parte general*, trad., Cuello Contreras y Serrano González Murillo, Madrid, 1995, p. 129.

Para establecer si se ha tenido o no el dominio del hecho, es fundamental saber si el autor obró o no con dolo; el que obra sin dolo no tiene el dominio del hecho; por eso solamente puede distinguirse entre autor y partícipe, solamente en el delito doloso.

En el delito culposos son autores todas las personas que violan el deber objetivo de cuidado; en cambio, en el delito doloso para ser autor hay que tener el dominio del hecho, y sólo tiene el dominio del hecho quien por lo menos ha obrado con dolo.

Los partícipes también tienen que obrar con dolo; esto significa que el dominio del hecho no se agota exclusivamente en el haber obrado con dolo, sino que requiere además una condición negativa, es decir que no hayan tenido el dominio del hecho.

3.6.3.2. Coautores

“Artículo 13. Son autores o partícipes del delito:
II. Los que los realicen por sí;
III. Los que lo realicen conjuntamente;”¹⁷⁶

Al respecto Bacigalupo afirma que: “Son coautores los que toman parte de la ejecución del delito (co)dominando del hecho. Presupuesto de la coautoría es, en primer lugar,

¹⁷⁶ Compila XI ...

que el coautor tenga las mismas características que se exigen para el autor. Es decir que, si el tipo exige 'miras deshonestas', entonces el coautor del rapto también tiene que obrar con miras deshonestas." ¹⁷⁷

Además es necesaria la comisión común del hecho, ello significa que debe existir una división del trabajo en virtud de un plan concertado entre los coautores. Sin plan que determine una división del trabajo para la realización de la acción típica no hay coautoría.

Las condiciones que se exijan para la coautoría son:

"a) Que el coautor reúna las mismas condiciones que el autor; b) que haya un plan común para la realización del trabajo, y c) que el coautor haya prestado una colaboración objetiva. Si falta un plan común concertado, y sin embargo el dominio del hecho aparece compartido por más de una persona y se dan las características restantes de la coautoría, habrá autoría accesoria." ¹⁷⁸

Son coautores los que toman parte en la ejecución del delito co-dominando el hecho.

¹⁷⁷ *Ibid*, p. 501.

¹⁷⁸ Bacigalupo, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, Ed. Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos., Buenos Aires, 1974, pp. 125 y 126.

En nuestro derecho penal vigente no da una regla expresa sobre la coautoría. Sin embargo, ésta no depende en su existencia dogmática de un reconocimiento legal explícito, pues está (como la autoría mediata) implícita en la noción de autor.

3.6.3.2.1. Elementos y particularidades de la coautoría

La coautoría es propiamente autoría. Por lo tanto, los elementos de esta última deben ser compartidos por el coautor. En este sentido el coautor debe tener en primer lugar el co-dominio del hecho (elemento general de la autoría) y también las calidades objetivas que lo constituyen en autor idóneo (delitos especiales), así como los elementos subjetivos de la autoría (o de lo injusto) requeridos por el delito concreto. Coautoría, en el sentido de co-ejecución de la acción típica, sólo es posible en los delitos dolosos de comisión.¹⁷⁹

3.6.3.2.2. El elemento esencial de la coautoría es el codominio del hecho

El elemento esencial de la coautoría es el codominio del hecho, el cual se ha sido caracterizado por Roxin¹⁸⁰ como

¹⁷⁹ Sobre la imposibilidad de una coautoría de delitos de omisión, *Cfr.* Bacigalupo, Enrique, *Delitos improprios de omisión*, España, 1998, pp. 173 a 175.

¹⁸⁰ Roxin, Claus, *Derecho Penal, parte general*, t I, Fundamentos, la estructura de la teoría del delito, trad. y notas de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remesal, Madrid, 1997, p. 275 y ss., *Idem*, en Homenaje a Jiménez de Asúa, p. 55 y siguientes.

un dominio funcional del hecho, en el sentido de que cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio del hecho a través de la parte que le corresponde en la división del trabajo.¹⁸¹

El co-dominio del hecho requiere una decisión conjunta al hecho. Mediante esta decisión conjunta o común se vinculan funcionalmente los distintos aportes al mismo: uno de los autores sostiene a la víctima y el otro la despoja de su dinero; cada aportación está conectada a la otra mediante la división de tareas acordada en la decisión conjunta.

Problemático es distinguir esta decisión común que fundamenta la coautoría de la división de tareas acordada de ordinario entre autor y cómplice o cooperador. Las opiniones están divididas.¹⁸² El criterio correcto de distinción debe establecer si la división de tareas acordada importa o no subordinación de unos respecto de otro o de otros. Para la existencia de coautoría es necesario que no haya subordinación a la voluntad de uno o de varios que mantengan en sus manos la decisión sobre la consumación del delito.

¹⁸¹ Roxin, Claus, *Derecho Penal, parte general, t I, Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, trad. y notas de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remesal, Madrid, 1997, p. 275 y ss., ídem, en Homenaje a Jiménez de Asúa, p. 55 y ss, Jescheck, H.H, *Tratado de derecho penal*, trad. de la tercera edición alemana y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde, Berlin, 1996, p. 549.

¹⁸² Cfr. por la teoría subjetiva, Jescheck, *Tratado de Derecho Penal, parte general, trad., y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde*, dos vols., Barcelona 1981, p. 549.

Para la coautoría es decisiva una aportación objetiva al hecho por parte del coautor. Sólo mediante esta aportación se puede determinar si el partícipe tuvo o no el dominio del hecho y, en consecuencia, si es o no coautor. La aportación objetiva que determina la existencia de un co-dominio del hecho puede resumirse en una fórmula de utilización práctica: habrá co-dominio del hecho cada vez que el partícipe haya aportado una contribución al hecho total, en el estadio de la ejecución, de tal naturaleza que sin ella aquél no hubiera podido cometerse.¹⁸³ Para el juicio sobre la dependencia de la consumación del hecho de la aportación del partícipe es decisivo el plan de realización tenido en cuenta por los autores.

Para determinar cuándo hay un aporte sin el cual el hecho no se hubiera podido cometer es de utilidad el criterio de la fórmula de la supresión mental de la teoría de la *conditio sine qua non*. Si se suprime mentalmente la aportación y la ejecución no se puede llevar a cabo, es evidente que se trata de un aporte necesario. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que no se debe requerir una necesidad absoluta, sino que es suficiente con que la aportación sea “difícilmente reemplazable” en las

¹⁸³ Cfr. en general, López Baraja de Quiroga, *Autoría y participación*, p. 66, Moreno y Bravo, *Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo (coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión)*, p. 59 y ss., Roxin, *Derecho Penal, parte general, t I, Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, p. 280, otro punto de vista: Jakobs, *Derecho Penal, parte general*, p. 621 y siguientes.

circunstancias concretas de la ejecución.¹⁸⁴

3.6.3.3. *Autoría mediata*

“Artículo 13. Son autores o partícipes del delito: (...)
IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro; ...”¹⁸⁵

La autoría mediata 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.”¹⁸⁶

También existe la autoría mediata en el caso del que utiliza para la realización del tipo la acción de otro que obra sin dolo; ejemplo: el médico que para matar a un paciente utiliza a la enfermera, que ignora la acción, en este caso el dominio del hecho por el autor mediato se apoya en el error con que obra el instrumento.

De igual forma existe autoría mediata, en los casos en que se utiliza la acción de otro que obra bajo coacción: ejemplo el que amenaza seriamente a otro con matarlo si no le entrega dinero del banco del que es cajero.

¹⁸⁴ Gimbernat Ordeig, *Autoría y complicidad en el derecho penal*, Madrid, 1979, pp. 157 y ss., Roxin, en Homenaje a Jiménez de Asúa, p. 67, Bacigalupo, Notas sobre la banda y la distinción entre auxiliador necesario y la participación secundaria, t. LL, 123-1311.

¹⁸⁵ Compila XI ...

¹⁸⁶ Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal*,..., p.504.

Autor mediato, es también el que usa a un imputable o a un menor para la realización del tipo.

Sin embargo, estos casos presentan dificultades para distinguirlos de la instigación, sólo deberá admitirse autoría mediata cuando el estado de inimputabilidad determine en el instrumento una seria limitación de la capacidad de autoconducción. Si, por el contrario, el menor o el enfermo mental, tienen capacidad para autodeterminarse, debe de admitirse instigación y no autoría mediata.

La utilización de un instrumento que obra dentro de un aparato de poder y que resulta fácilmente reemplazable, importa también autoría mediata.

De igual forma puede admitirse la autoría mediata cuando se utiliza a otro que obra con error sobre la antijuricidad.

Así pues, no debe admitirse la autoría mediata, sino autoría directa, en los casos en que se utiliza a otro sobre el cual se ejerce una fuerza física irresistible y en los que, por tanto, no hay acción del supuesto instrumento.¹⁸⁷

3.6.4. Participación

"Artículo 13. Son autores o partícipes del delito: (...)

V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;

VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;

VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y

VIII. Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.(...)"¹⁸⁸

Son partícipes los que toman parte en la ejecución del hecho o prestan al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales el delito no habría podido cometerse.

Los partícipes, a su vez, pueden ser de dos clases:

"a) Cómplices, que a su vez puedan ser necesarios o no necesarios, según que sin su aporte el delito no hubiera podido cometerse o que el aporte haya sido prescindible para la comisión del delito por los autores;

"b) Instigadores, que son los que determinan a otro directamente a cometer el delito, es decir, los que crean en otro el dolo para cometer el delito." ¹⁸⁹

¹⁸⁷ Cfr. Bacigalupo, Enrique, *op. cit.*, pp. 121, 122 y 123.

¹⁸⁸ Compila XI ...

¹⁸⁹ Cfr. Bacigalupo, Enrique, *op. cit.*, p. 127.

El fundamento de la punibilidad de los partícipes que no realizan la acción típica, sino que ayudan a que otro la realice, ha sido explicado por diferentes teorías cuya estructuración depende del mayor desplazamiento de la argumentación hacia la instigación o hacia la complicidad.

La teoría de la corrupción toma en cuenta, como fundamento, la acción del partícipe sobre el autor, conduciéndolo a la realización del delito, por lo cual exige en el hecho del autor la presencia de culpabilidad. De tal suerte que la misma no puede explicar el fundamento de la punibilidad de la participación, en un sistema que se sigue la accesoriedad limitada (la culpabilidad de cada autor o partícipe es individual).

La teoría de la causación, por el contrario, ve el fundamento de la punibilidad del partícipe en su aporte causal a la realización del resultado, por lo cual sólo requiere en el hecho del autor la realización de una acción típica, acción amenazada con pena.

La teoría teleológica entiende el delito de partícipe como una modificación del tipo de la parte especial y reemplaza la teoría de la participación en el delito ajeno por el delito de la participación: "el partícipe no toma parte de un

hecho ajeno prohibido, sino que toma parte antijurídicamente en un hecho ajeno."¹⁹⁰

a). Son cómplices los que, dolosamente y sin el dominio del hecho principal, prestan al autor o autores ayuda para la comisión del delito.

Es importante señalar las diferencias entre complicidad y la coautoría. Quien presta una ayuda sin la cual el delito no hubiera podido cometerse, puede, según las circunstancias, ser coautor, pues tendrá el co-dominio del hecho. Así que debe distinguirse si el aporte, sin el cual el delito no hubiera podido cometerse tuvo lugar antes o después del inicio de la ejecución.

Después del comienzo de la ejecución, quien hace un aporte sin el cual el delito no hubiera podido cometerse, tiene co-dominio del hecho y, por tanto, es coautor.

El que presta una ayuda de tal naturaleza, sólo es cómplice cuando su aporte se produjo dolosamente antes del comienzo de ejecución.

b). Instigador.- Es el sujeto que dolosamente determina directamente a otro a realizar un delito.

¹⁹⁰ Bacigalupo, Enrique, *op. cit.*, pp. 127 y 128.

3.7. Las formas de autoría y participación a que se refiere el artículo 13 del CPF son dables en el tipo penal previsto en el artículo 405 fracción X del Código Penal Federal. Como veremos enseguida:

a). Autor material.- Es quien directamente realiza la acción u omisión típica, es decir, el que permita o tolere que un ciudadano emita su voto a sabiendas de que no cumple con los requisitos de ley; o permita que se introduzca en las urnas ilícitamente una o más boletas electorales y solo pueden ser el presidente y el secretario de la mesa de casilla;

b). Coautor.- Es quien tiene juntamente con otros el dominio del hecho, las mismas características que se exigen para el autor, es decir, que sea un funcionario electoral y que ambos hagan un plan común para la realización del trabajo, es decir, que ambos permitan o toleren que un ciudadano emita su voto a sabiendas de que no cumple con los requisitos de la ley, o permitan o toleren que se introduzcan en las urnas ilícitamente una o más boletas electorales; y que el coautor haya prestado una colaboración objetiva al autor.

c). Autor mediato.- En el tipo penal que analizamos, se estima que también se puede configurar dicha figura delictiva, pues si bien es cierto el tipo penal en estudio, exige la calidad específica en el sujeto activo, específicamente, que sea funcionario electoral, también lo es

que el mismo puede permitir o tolerar que un ciudadano emita su voto a sabiendas de que se encuentra dañado de sus facultades mentales, esto es, a sabiendas de que es un inimputable; o bien, en el caso que el activo funcionario electoral tenga conocimiento que una persona es menor de edad y presenta una credencial apócrifa, sin embargo el mismo permite o tolera que el sujeto emita su voto.

Por su parte el artículo 218 del COFIPE, nos dice que una vez comprobado que el elector aparezca en las listas nominales y haya exhibido su credencial para votar con fotografía, el presidente le entregará las boletas de las elecciones para que libremente y en secreto marque sus boletas por el que sufraga, o anote el nombre del candidato no registrado por el que desea emitir su voto, aquellos electores que no sepan leer ni escribir o se encuentren impedidos físicamente para marcar sus boletas de voto, podrán hacer asistir por una persona de su confianza, acto seguido el elector doblará sus boletas y se dirigirá a depositarlas en la urna correspondiente, el secretario marcará la credencial para votar con fotografía del elector que ha ejercido su derecho al voto, impregnará con líquido indeleble el dedo pulgar derecho del elector y devolverá la credencial.

En ningún caso se permitirá el acceso a la casilla electoral a personas que se encuentren privadas de sus

facultades mentales, intoxicadas, bajo el influjo de enervantes, embozadas o armadas.

d).- Cómplice.- Es quien ayuda al agente a cometer el delito, pero no tiene el dominio del hecho, es decir que un sujeto se presenta a la casilla electoral a sabiendas que no cumple con los requisitos de la ley para emitir su voto, por ejemplo: la falta de edad, y que presente una credencial para votar apócrifa, o que introduzca ilícitamente en las urnas una o más boletas electorales.

e).- El instigador en el caso a estudio, se considera que dicha figura no se puede dar, tomando en consideración la calidad específica que se exige para el sujeto activo del tipo penal en estudio.

3.8. La autoría en los delitos de infracción de deber

La distinción entre autoría y participación se debe distinguir entre delitos de dominio, en los que el dominio del hecho permite decidir sobre la autoría del agente, y delitos de infracción de deber.

Entre estos se encuentran los delitos especiales y los delitos de omisión.¹⁹¹

¹⁹¹ Roxin, Claus, *Derecho Penal, parte general*, t I, Fundamentos, la estructura de la teoría del delito, trad. y notas de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remesal, Madrid, 1997, pp. 352 y ss.

El deber que constituye la materia de la lesión jurídica en estos tipos penales no es el deber genérico que surge de toda norma y que alcanza también la de los partícipes. Se trata, por el contrario, de un deber extra-penal, que no alcanza a todo partícipe, sino a quienes tienen una determinada posición respecto de la inviolabilidad del bien jurídico (funcionarios, administradores, garantes en los delitos de omisión).

En este sentido se afirma que delitos de infracción de deber “son todos aquellos cuyos autores están obligados institucionalmente a un cuidado del bien”.¹⁹²

En los delitos de infracción de deber el criterio determinante de la autoría es únicamente la infracción del deber especial que incumbe al agente, con total independencia de si tuvo o no dominio del hecho. Por ejemplo: el administrador de hecho o de derecho, que aconseja aun tercero cómo sustraer ciertos bienes del activo del patrimonio que administra, es autor del delito de administración desleal aunque no haya tenido dominio del hecho en la sustracción del tercero que perjudica el

¹⁹² Jakobs, G., *Derecho Penal, parte general*, trad., Cuello Contreras y Serrano González Murillo, Madrid, 1995, p. 655 y ss. Sin embargo, no se debe confundir la extensión que se otorga a los delitos de infracción de deber en la teoría, según se parte de la distinción esencial entre acción - omisión o entre organización de la propia acción/deberes institucionales. La cuestión es decisiva para aplicar las consecuencias que estos delitos tienen en lo referente a las relaciones que se deben exigir entre el hecho del autor y los hechos de los partícipes (es decir, respecto de la accesoriadad).

patrimonio.¹⁹³

En los delitos de infracción de deber la coautoría se da en los casos de vulneración en común del deber especial, sin tomar en consideración ninguna otra circunstancia, en particular la especie de aportación de cada uno de los agentes.¹⁹⁴

3.9. Sujeto pasivo

3.9.1. Concepto

Para Olga Islas, el sujeto pasivo "es el titular del bien jurídico protegido en el tipo."¹⁹⁵

Cuello Calón considera como sujeto pasivo al "titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito."¹⁹⁶

Sosa Chacín, por su parte, dice que el sujeto pasivo es "La abstracción hecha por el legislador en el tipo legal que describe el concepto donde puede encajar cualquier ente contra el cual se dirige la acción del sujeto activo, y a quien pertenece el derecho o interés lesionado".¹⁹⁷

¹⁹³ Ejemplo adaptado de Jakobs, *op.cit.*, pp. 655 y ss.

¹⁹⁴ Cfr. Roxin, *op. cit.*.

¹⁹⁵ Islas de González Mariscal, Olga., *op. cit.*, p. 28.

¹⁹⁶ Cuello Calón, Eugenio, *Derecho Penal*, t.I, ed. cit. p. 290.

¹⁹⁷ Reyes Echandía, Alfonso, *op. cit.*, pp. 42 y 43.

Para nosotros el sujeto pasivo es el titular del interés jurídico protegido por la norma penal.

3.9.2. Clasificación

Existen varias clasificaciones respecto a los sujetos pasivos, las cuales son las siguientes:

- 1) En cuanto a la titularidad del bien jurídico,
- 2) En cuanto a su número; y
- 3) En cuanto a su calidad.

3.9.3. En cuanto a la titularidad del bien jurídico

En cuanto a la titularidad del bien jurídico, éstos a su vez se dividen en:

3.9.3.1. El individual.- “Es sujeto pasivo de todos aquellos tipos penales que pretenden amparar intereses jurídicos de los cuales es titular la persona individualmente considerada, tales como la vida y la integridad personal.”¹⁹⁸

3.9.3.2. La colectividad.- “Asume la categoría de sujeto pasivo en los tipos penales que buscan proteger intereses jurídicos que no pertenecen a un sujeto en particular sino genéricamente al conglomerado social, como la salud pública.”¹⁹⁹

¹⁹⁸ Reyes Echandía, Alfonso, *op. cit.*, p. 43.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 43.

3.9.3.3. El Estado.- “Adquiere el carácter de sujeto pasivo en aquellos tipos que amparan intereses jurídicos de los cuales es su titular, como la administración pública o de justicia.”²⁰⁰

3.9.4. En cuanto a su número

En cuanto a su número, los sujetos pasivos se clasifican en:

- 1) Singular; o
- 2) Plural

3.9.4.1. Sujeto pasivo singular. Es “cuando basta la presencia de un solo titular del bien jurídico afectado por la conducta del agente. Esto no obsta para que, eventualmente, haya dos o más, pero en tales hipótesis habrá tantos delitos cuantos sujetos pasivos resulten lesionados.”²⁰¹

3.9.4.2. Sujeto pasivo plural. Son “aquellos tipos penales que protegen intereses jurídicos cuyo titular es la colectividad.”²⁰² Ejemplo, La contaminación de aguas.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 43.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 43.

²⁰² *Ibid.*, p. 44.

3.10. En cuanto a su calidad

En cuanto a su calidad, los sujetos pasivos se clasifican en indeterminados o cualificados.

3.10.1. Sujeto pasivo indeterminado. “La indeterminación implica que la conducta es típica y, por ende, susceptible de ilicitud, cualquiera sea el titular del bien jurídico afectado.”²⁰³ Ejemplo, el legislador suele emplear expresiones tales como otra, alguno, una persona, etcétera.

3.10.2. La cualificación del sujeto. Se refiere “a una condición natural, jurídica, moral o profesional, de la cual debe estar revestido, al menos en el momento del hecho.”²⁰⁴

3.10.2.1. “La cualificación natural, a su vez, depende de la edad, del sexo, o de una condición biosíquica del sujeto pasivo.”²⁰⁵ Ejemplo: Estupro, en donde el tipo penal requiere que el sujeto pasivo mujer tenga 18 años de edad.

3.10.2.2. “La cualificación biosíquica se da tanto en el caso de que el sujeto pasivo padezca de una anomalía mental cualquiera en el momento de la comisión del ilícito.”²⁰⁶ Ejemplo el aborto.

²⁰³ *Idem.* p. 44.

²⁰⁴ *Idem.* p. 44.

²⁰⁵ *Idem.* p. 44.

²⁰⁶ *Idem.* p. 45.

3.10.2.3. “La cualificación jurídica del sujeto pasivo se refiere tanto a una persona física como a una persona moral, y en cualquiera de los dos casos puede ser de derecho público o de derecho privado.” ²⁰⁷

El sujeto pasivo es una persona física de derecho público, como por ejemplo, en el caso del tipo descrito en el artículo 225 fracción X, CPF en cuanto la conducta del agente consista en prolongar la detención en forma injustificada la libertad de un detenido.

El sujeto pasivo es una persona física de Derecho privado, como por ejemplo el delito de despojo, puesto que a quien se afecta puede tener la calidad de arrendador.

La cualificación jurídica, presenta también el doble aspecto de pública y privada.

La primera se da en todos aquéllos tipos que tienen por sujeto pasivo al Estado.

En el tipo penal previsto en el artículo 405 fracción X del Código Penal Federal, el sujeto pasivo lo constituye el Estado, “representado por el IFE, por ser éste el depositario de la autoridad electoral y responsable del ejercicio de la función estatal de organizar las elecciones, tanto en lo federal

²⁰⁷ *Idem.* p. 45.

como en lo distrital. También pueden ser sujeto pasivo quienes en lo particular resientan perjuicio concreto por la falta de entrega oportuna de los documentos oficiales sin haber causa justificada.

La sustentante considera que es el Estado, quien tiene esa calidad de sujeto pasivo, pues en él está que se respete la voluntad popular y se garantice el sufragio efectivo, por lo que, en este caso el Estado es sujeto pasivo, como garante que es del adecuado desarrollo del proceso electoral.

No se descarta que la calidad de sujeto pasivo también pueda serlo el electorado, pues éste está interesado en que la elección sea limpia o transparente.

También puede recaer la calidad de sujeto pasivo en los partidos políticos, pues los mismos velan porque las votaciones sean conforme a los principios y normas reguladoras del Derecho electoral.

Por otra parte, es importante distinguir entre lo que debemos entender por *sujeto pasivo* y *perjudicado*. Al respecto, encontramos que "No deben confundirse las nociones de *sujeto pasivo* y *perjudicado por el delito*; el primero, como ya se indicó, es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta del actor, en

tanto que el segundo es la persona física o moral que ha recibido perjuicio o sufrido daño por el delito cometido.”²⁰⁸

Por tanto las dos calidades pueden recaer sobre una misma persona; ejemplo en el caso del robo; pero hay ocasiones como en el caso del homicidio en donde el sujeto pasivo y el perjudicado son distintos, es decir, el sujeto pasivo es el cadáver, en tanto que los ofendidos son los familiares.

3.11. Los medios utilizados

La doctora Olga Islas dice que los medios son “el instrumento o la actividad distinta de la conducta, exigidos en el tipo, para realizar la conducta o producir el resultado.”²⁰⁹

Dentro de esta idea el tipo penal puede exigir referencias temporales, y por éstas se deben entender “la condición de tiempo o lapso, descrita en el tipo, dentro de la cual ha de realizarse la conducta o producirse el resultado”.

En el tipo penal previsto en el artículo 405 fracción X del Código Penal Federal, se exige una referencia temporal que es el día de la elección, pues se dice se emita un voto cuando no se cumplan los requisitos de la ley o bien se

²⁰⁸ Reyes Echendía, Alfonso, *op. cit.*, p. 46

²⁰⁹ *op. cit.*, p. 38.

introduzca en las urnas ilícitamente una o más boletas electorales.

3.12. El resultado y su nexa causal

El elemento objetivo del tipo, que más dificultades plantea, es la relación de causalidad.

Entre la acción y el resultado ha de existir una relación causal.

Por supuesto, sólo tiene sentido estudiar la relación de causalidad en los delitos en los cuales el tipo exige una mutación en el mundo externo, a cuyo elemento objetivo Porte Petit le ha denominado "hecho".

Al respecto se han elaborado diversas teorías, advirtiéndose dos corrientes: una generalizadora y otra individualizadora.

Conforme a la doctrina generalizadora, todas las condiciones productoras del resultado considérense causa del mismo.

De acuerdo con la doctrina individualizadora, debe ser tomada en cuenta, de entre todas las condiciones, una de

ellas en atención a factores de tiempo, calidad o cantidad. De las teorías solamente subsisten en la práctica dos:

1.- La teoría de la equivalencia de condiciones (*teoría de la conditio sine qua non*); y

3.12.1. La teoría de la causalidad adecuada.

Lo que diferencia uno y otro punto de vista es que la teoría de la equivalencia de condiciones procura no recurrir más que a una conexión causal concebida en el sentido de las ciencias naturales, mientras que la teoría de la condición adecuada trata de limitar la extensión de la causalidad, en sentido natural, mediante la inclusión de puntos de vista valorativos que restrinjan el concepto de causalidad a la causalidad jurídica penalmente relevante.

a) La teoría de la equivalencia de las condiciones es una teoría que reconoce sus fundamentos en el mismo concepto de causalidad que manejan las ciencias de la naturaleza. Esos fundamentos permiten afirmar a esta teoría que todas las condiciones que determinan un cierto resultado tienen idéntica y equivalente calidad de causa. Todas las condiciones son equivalentemente causas.

La fórmula dice que una acción es causa de un resultado sí, suprimida idealmente su realización, desaparece el resultado.

Si se suprime mentalmente la realización de la acción en cuestión; es decir, si supongo que el conductor del automóvil no lo hubiera lastimado en la mano al dar vuelta en la esquina, este señor que murió quemado no hubiera concurrido al hospital y, por lo tanto, no hubiera muerto de esa manera; en conclusión, debo afirmar que la acción de lastimarse la mano con el automóvil fue causa del resultado muerte ocurrido luego en el hospital.

La teoría de la causalidad adecuada. Para ésta no todas las condiciones son causas, sino solamente aquellas que de acuerdo con la experiencia general, habitualmente producen el resultado. Ejemplo, el disparo de un arma de fuego, habitualmente produce la muerte de otro, por ello es adecuado para producir tal resultado y en consecuencia es causa. En cambio, una cachetada no es adecuada a la producción del resultado de muerte, y si el autor da una cachetada a otro ignorando que es hemofílico, y este último muere desangrado, puede darse el siguiente razonamiento comparativo: si se aplica la teoría de la *condicio sine qua non*, suprimo la cachetada y desaparece la muerte; en consecuencia, la cachetada es causa; si aplico la teoría de la causación adecuada, de acuerdo con la experiencia general una cachetada no puede producir la muerte y por lo tanto no es causa adecuada de la muerte. Esta teoría es precisamente criticable en este punto: para juzgar la adecuación de la causa debe recurrir al conocimiento general y no al

conocimiento común, habrá que afirmar la falta de relación causal. Ejemplo, el médico que sabe en qué especiales condiciones un medicamento puede ser mortal, no sería causa del resultado cuando tal aptitud mortal no se alcanzara por el conocimiento común.

Desde nuestro punto, la partida de la teoría de la *condicio sine qua non*, porque la causalidad es una categoría del ser. Mediante ella es posible determinar el límite mínimo de la responsabilidad. Pero dado que no toda la causalidad típicamente relevante en el delito doloso será fijada por el tipo subjetivo: sólo es relevante la causalidad material dirigida por la voluntad de acuerdo a un fin.

3.13. Elementos descriptivos y elementos normativos en la formulación del tipo

En la formulación del tipo el legislador puede acudir a elementos *descriptivos* o a elementos *normativos*.

3.13.1. Los elementos descriptivos

Los elementos descriptivos son los que expresan una realidad naturalística aprehensible pro los sentidos. Ejemplo de tipo formulado exclusivamente con ayuda de elementos descriptivos es el homicidio (art. 302 CPF; "matar" y "otro" son elementos descriptivos). Debe notarse, sin

embargo, que a menudo los elementos descriptivos, *deben precisarse* con arreglo a criterios valorativos. Así, en el ejemplo propuesto, la precisión del momento de la muerte (¿al cesar la actividad del corazón o la del cerebro?) implica inevitablemente una elección hasta cierto punto valorativa. Lo mismo ocurre en relación al concepto de “otro”, cuya distinción respecto del feto no parece posible, en los casos límite, con arreglo a exclusivos criterios biológicos.²¹⁰

3.13.2. Los elementos normativos

Los elementos normativos son los que aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social.²¹¹ Según esta definición, cabe distinguir entre elementos normativos jurídicos y elementos normativos sociales. Ambos pueden a su vez, subdividirse en elementos referidos a una valoración (o valorativos) y elementos referidos a un sentido.

En el delito estudio, tenemos una gran cantidad de elementos normativos y para ello tenemos que acudir a diversas leyes, como por ejemplo al COFIPE.

Así por ejemplo el concepto de documentos públicos electorales

²¹⁰ Cfr. Roxin, op.cit.

²¹¹ Cfr. Engisch, Mezger-Festschrift, p. 147.

La fracción quinta del artículo 401 del CPF señala que:

“Son documentos públicos electorales, las actas de la jornada electoral, las relativas al escrutinio y cómputo de cada una de las elecciones, paquetes electorales y expedientes de casilla, las actas circunstanciadas de las sesiones de cómputo de los consejos locales y distritales, y las de los cómputos de circunscripción plurinominal y, en general todos los documentos y actas expedidos en el ejercicio de sus funciones por los órganos del Instituto Federal Electoral.”

La mención que hace el legislador a través de fórmulas descriptivas cuando alude a las actas de escrutinio, actas de paquetes electorales, expedientes de casillas y actas circunstanciadas de sesiones de cómputo, tanto de consejos locales como distritales no es la más afortunada, pues utiliza una fórmula genérica que engloba todos los documentos y actas expedidos en el ejercicio de los órganos electorales. Bastaba entonces con plantear el concepto de documentos públicos electorales en forma genérica para que quedara protegido cualquier instrumento documental que fuera utilizado durante la preparación y celebración de elecciones y que según Rodríguez Devesa clasifica como falsedades documentales.²¹²

De conformidad con la normatividad los documentos públicos de carácter electoral son: las actas de instalación y

²¹² Rodríguez Devesa, José María, Serrano Gómez, Alfonso. Derecho Penal español, parte especial, decimoquinta edición Ed. Dykinson. Madrid, 1992; p. 1243.

cierre de casillas, actas de escrutinio y cómputo, al listado de electores, actas de recepción de documentos, acta de recepción y distribución de material electoral y cualquier acta circunstanciada que se realice en el supuesto de una irregularidad, o bien cualquier documento que se elabore por las autoridades electorales durante el ejercicio de sus funciones, siempre y cuando se refiera a cualquier etapa del proceso electoral.

Todos los documentos elaborados por los funcionarios de los órganos electorales tendrán el carácter de públicos,²¹³ dada su naturaleza de ser testimonios escritos que contienen la descripción de actos tendientes a la preparación y realización del proceso electoral en el cual intervienen partidos políticos y ciudadanos que tienen la obligación de publicitar dichos actos o bien mantenerlos disponibles para consulta.

Por tal razón, los documentos redactados durante el tiempo de preparación y realización del proceso comicial tienen distintas funciones entre las que destacan para efectos penales; su utilidad como objeto de la conducta criminal o el medio comisivo para la realización de otros fines de la misma naturaleza y también su instrumentación como medio de

²¹³ Enciclopedia Jurídica Omeba. t., XVI. Ed. Drtskill, SA., Buenos Aires, 1982; p. 211. Por el Doctor Luis Ma. Boffi Boggero. El instrumento público (documento público) puede definirse elementalmente como el que autoriza a un oficial público o quien sin serlo, se halle autorizado en derecho para actuar como tal.

prueba para de mostrar que históricamente aconteció un determinado suceso, de aquí la importancia de las funciones que cumplen los documentos electorales y por ello la necesidad de su protección a través de la incorporación en el derecho penal de tipos penales específicos.

Podemos afirmar que por documento público electoral se entiende el instrumento escrito que reúne ciertas formalidades para ser considerado como tal y que en el derecho penal electoral son los siguientes:

- a) Actas de la jornada electoral.
- b) Actas de inicio y conclusión de la jornada electoral.
- c) Actas relativas al escrutinio y cómputo de las elecciones.
- d) Paquetes electorales.
- e) Expedientes de casilla.
- f) Actas circunstanciadas de las sesiones de cómputo de los consejos locales y distritales.
- g) Actas circunstanciadas de los cómputos de circunscripción plurinominal.
- h) En general todos los documentos y actas expedidos en el ejercicio de sus funciones por los órganos del Instituto Federal Electoral.

Así como que debemos entender por materiales electorales

De acuerdo con lo dispuesto por la fracción VI del artículo 401 del CPF son materiales electorales los elementos físicos tales como urnas, cancelos o elementos modulares para la emisión del voto, marcadores de credencial, líquido indeleble, útiles de escritorio y demás equipamiento autorizado para su utilización en las casillas electorales durante la jornada electoral.

Al incorporar el legislador en las reformas de 1996 el concepto de material electoral, busca proteger todos aquellos elementos o instrumentos que son de utilidad para el desarrollo armónico de la jornada, por tanto en los casos típicos previstos por la norma se entiende que hay protección penal no sólo contra la inutilización o daños que pueda causarse a cualquiera de dichos elementos, sino contra actos que tiendan a su destrucción.

3.14. Circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión

Hay tipos que individualizan acciones que pueden cometerse en cualquier contexto circunstancial, en tanto que hay otros que son específicamente circunstanciados.

En tal sentido puede hablarse de circunstancias o referencias de lugar, tiempo, modo y ocasión que exige el tipo penal para que se pueda realizar la acción.

Las circunstancias de lugar.- El concepto espacial, como acertadamente lo indica Grispigni, no debe tomarse aquí en sentido filosófico, sino empírico; él se concreta al lugar, específicamente señalado en el tipo, donde la conducta del agente debe desarrollarse; por eso nada tiene que ver con este momento circunstancial el fenómeno de locus commissi delicti, predicable de la eficacia espacial de las leyes penales.²¹⁴

El lugar a que el tipo se refiere puede ser de ámbito ilimitado o circunscrito.

La ilimitación espacial implica la posibilidad de ejecutar el hecho en cualquier parte, como en la violación carnal, la estafa, o el abuso de confianza. En éstos casos, el sitio donde tenga ocurrencia la conducta carece de relevancia jurídica.

El espacio es circunscrito cuando el propio tipo indica el lugar en donde la conducta debe desarrollarse, o la naturaleza misma de esta encierra delimitación espacial. En el primer caso la circunscripción es expresa; en el segundo es tácita.

²¹⁴ Grispigni encuentra las siguientes diferencias entre el fenómeno temporal de la tipicidad y el del locus commissi delicti: "El primero es necesario para la existencia del delito, el segundo, en cambio, la presupone en todos sus requisitos objetivos y subjetivos, el primero es descrito concretamente en las normas penales de primer grado, en tanto que el segundo se refiere a las normas de segundo grado, es decir, normas que dicen relación a otras normas, el primero hace alusión a cualquier lugar, mientras que el segundo solo se relaciona con el

Es expresa en la piratería, cuando la norma indica que la actividad del agente debe realizarse “en el mar o en los ríos de la República”, o “a bordo de una embarcación”, en los delitos contra la moral pública, cuando se exige que los actos ofensivos del pudor se ejecuten “en lugar público o abierto al público”, o en los delitos de violación de domicilio, en cuyo caso la conducta consiste precisamente en penetrar a un lugar determinado: “habitación ajena”.

La delincuencia espacial es tácita en aquel ilícito contra los funcionarios públicos que consiste en “impedir o perturbar la reunión o el ejercicio de las funciones de las corporaciones legislativas, judiciales o administrativas”, como quiera que la naturaleza misma del comportamiento descrito implica el que se efectúe en el lugar donde tales corporaciones se reúnen; lo mismo puede decirse en la hipótesis de la detención arbitraria, cuando ella consiste en “prolongar indebidamente la detención de una persona”, pues tal conducta supone que el sujeto pasivo se halle en un lugar de detención; idéntico es el caso de quien viola una sepultura, ya que la acción debe tener lugar en un cementerio.

Desde otro punto de vista, la delimitación del lugar puede ser natural o jurídica.

Es natural cuando el espacio o lugar típicamente descrito carece por sí mismo de trascendencia jurídica, o al menos su descripción no muestra una determinada connotación legal, como cuando se habla de "casa habitación, local o establecimiento"

La circunscripción espacial es jurídica cuando el lugar en donde la conducta se desarrolla posee de suyo una especial valoración jurídica, como ocurre con "las cámaras legislativas" o las "notarías" o "establecimientos carcelarios".

En el tipo penal previsto en el artículo 405 fracción X del Código Penal federal, se exige una referencia de lugar, esto es, para que la conducta sea típica debe realizarse en un determinado lugar, en la especie: "en el interior de la casilla electoral".

Ahora bien, en el COFIPE no encontramos una definición de lo que debemos entender por casilla electoral, pero en el artículo 194, nos dice que la casilla electoral deberá ubicarse en lugares que reúnan los requisitos siguientes: a) Fácil y libre acceso para los electores; b) Propicien la instalación de cancelas o elementos modulares que garanticen el secreto de la emisión del voto; c) No ser habitadas por servidores públicos de confianza, federales, estatales o municipales, ni por candidatos registrados en la elección que se trate; d) No ser establecimientos fabriles,

templos o locales destinados al culto, o locales de partidos políticos; y e) No ser locales ocupados por cantinas, centros de vicios o similares. Para la ubicación de las casillas y estar en posibilidades de reunir los requisitos a) y b) se pueden ocupar escuelas y oficinas públicas.

Circunstancias de tiempo.- El factor temporal se refiere al momento en que el hecho se debe ejecutar para que resulte típicamente adecuado. Como en el acápite anterior, conviene aclarar aquí que se trata de un fenómeno diverso del que la doctrina denomina *tempus commissi delicti*, relacionado con la limitación temporal de la ley penal, vale decir, con su retroactividad o irretroactividad.

La temporalidad de la conducta así entendida, puede ser ilimitada o circunscrita, tal como lo indicamos respecto de la circunstancia espacial.

Lo primero significa que la conducta puede ejecutarse en cualquier momento, y lo segundo que sólo es jurídicamente relevante la que se desenvuelve en el momento a que el tipo se refiere.

La mayor parte de los tipos penales no exigen delimitación temporal; mencionaremos, algunos tipos penales que exigen tal circunstancia, entre otros: la asociación para delinquir, la falsificación de la moneda.

La conducta está temporalmente circunscrita cuando debe ejecutarse dentro de un determinado espacio de tiempo. Esa temporalidad también puede ser tácita o expresa.

Es tácita en todos los tipos de omisión propia, ya que en ellos la omisión es constitutiva del delito en el momento en que se deja de realizar el comportamiento activo jurídicamente exigible.

Es expresa cuando el tipo contempla una explícita referencia al momento en que el comportamiento debe efectuarse, como en el delito de traición a la patria.

Otras veces la referencia temporal está enfocada sobre un dado acontecimiento, en el sentido de que la acción debe acaecer antes, durante o después de él. Un ejemplo del primer momento se da en la modalidad del delito de traición a la patria, consistente en concertarse para cometer uno cualquiera de los ilícitos, ya que su incriminación depende de que los agentes sean sorprendidos “antes de comenzar la ejecución”; lo mismo sucede con el delito de abandono del cargo, pues en él exige que el agente haya dejado su puesto “antes de que se presione el individuo que ha de reemplazarlo”.

La conducta del actor debe desarrollarse contemporáneamente con otro hecho en la hipótesis del

homicidio, cuando se sanciona al que lesione o dé muerte a su cónyuge, padre o madre, hermano o hermana de vida honesta "a quienes sorprenda en ilegítimo acceso carnal".

Finalmente, la conducta debe ejecutarse después de un hecho determinado cuando éste es presupuesto de aquella, como en el encubrimiento, pues la estructura de esta figura hace necesario que el agente tenga conocimiento de la previa comisión de un delito, en forma tal que la ilicitud de su comportamiento radica precisamente en facilitar la labor ulterior de quienes ya delinquieron, bien sea ocultando a los responsables o el producto de su ilícito, u omitiendo denunciar el hecho a las autoridades.

Ahora bien, en el injusto penal previsto en la fracción X del artículo 405 del Código Penal Federal, establece una referencia temporal, es decir, el ilícito sólo puede cometerse durante la jornada electoral, y que según el artículo 174 del COFIPE por ésta se entiende que se inicia a las 8:00 horas del primer domingo de julio y concluye con la clausura de la casilla, sin embargo el artículo 224 del COFIPE, nos dice que la votación se cerrará a las dieciocho horas y se podrá cerrar antes de la hora fijada, sólo cuando el presidente y el secretario certifiquen que hubieren votado todos los electores incluidos en la lista nominal y sólo permanecerá abierta después de esa hora cuando aún se encuentren electores formados para votar.

Las circunstancias de modo. La descripción modal de la conducta se refiere a la manera como el autor debe realizarla y, más concretamente, a los instrumentos utilizados para lograr su cometido. Así, los padrinos de un duelo solo serán sancionados cuando utilicen en contra de los combatientes "cualquier medio desleal, como la alevosía, la insidia u otros".

En cuanto a su naturaleza, las circunstancias de modo de que puede valerse el agente para conformar la exigencia del tipo, son psíquicos o físicos.

Entre los primeros mencionamos el hipnotismo, utilizado para perturbar las facultades mentales del sujeto pasivo, la simulación en el delito de extorsión o las amenazas de imputaciones contra el honor en el chantaje.

Los medios físicos son el hombre y las cosas.

Cuando el hombre actúa como instrumento de otro, no puede decirse propiamente que exista una coparticipación delictiva porque faltan el acuerdo y la consciente voluntad de tomar parte en una empresa criminal; claro que de instrumento solo puede hablarse cuando el agente primario ha sometido coactivamente la voluntad del ejecutor material del hecho o se ha valido de un inimputable para realizar *longa manus* un ilícito que no quiere o no puede perpetrar

personalmente; tal el caso contemplado en el asesinato cuando el actor lo consuma “valiéndose de la actividad de menores, o enfermos de la mente.”

Las cosas, como medios de comisión de un delito, son aquellos instrumentos inocuos o peligrosos que deben ser empleados por el agente, en cuanto descritos en el tipo.

La prensa o los escritos, en general, idóneos para la transmisión del pensamiento, son instrumentos inocuos a los que se refiere el legislador en los delitos de calumnia y en aquel que sanciona a quien “por medio de escritos o impresos provoque la indisciplina o insubordinación de las fuerzas armadas.”

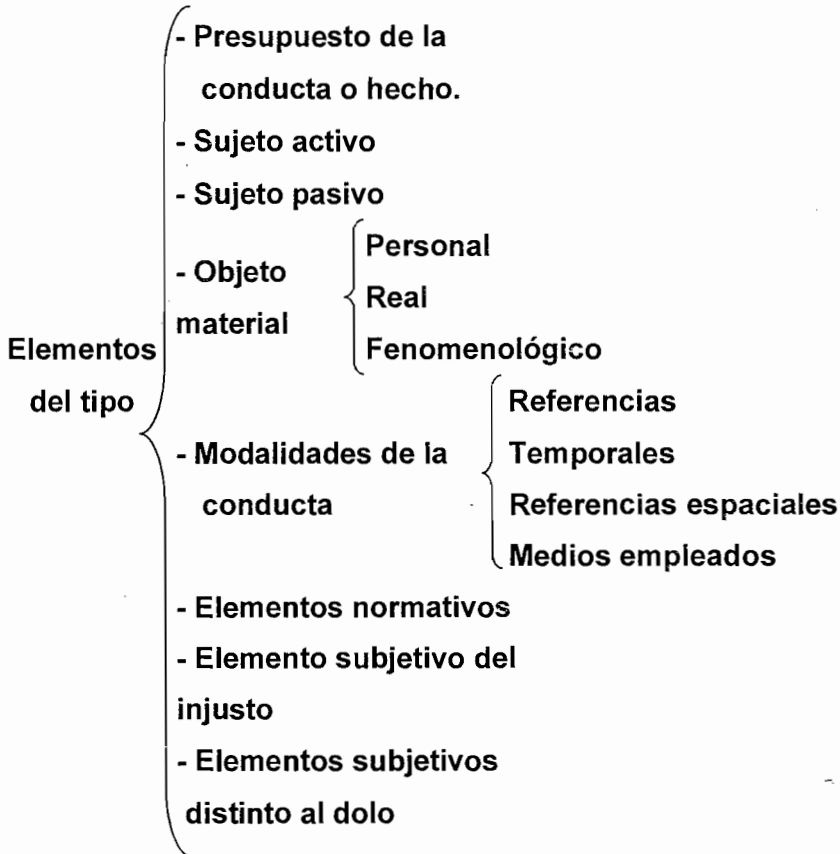
En cuanto a los instrumentos peligrosos, ellos pueden consistir en sustancias o en armas.

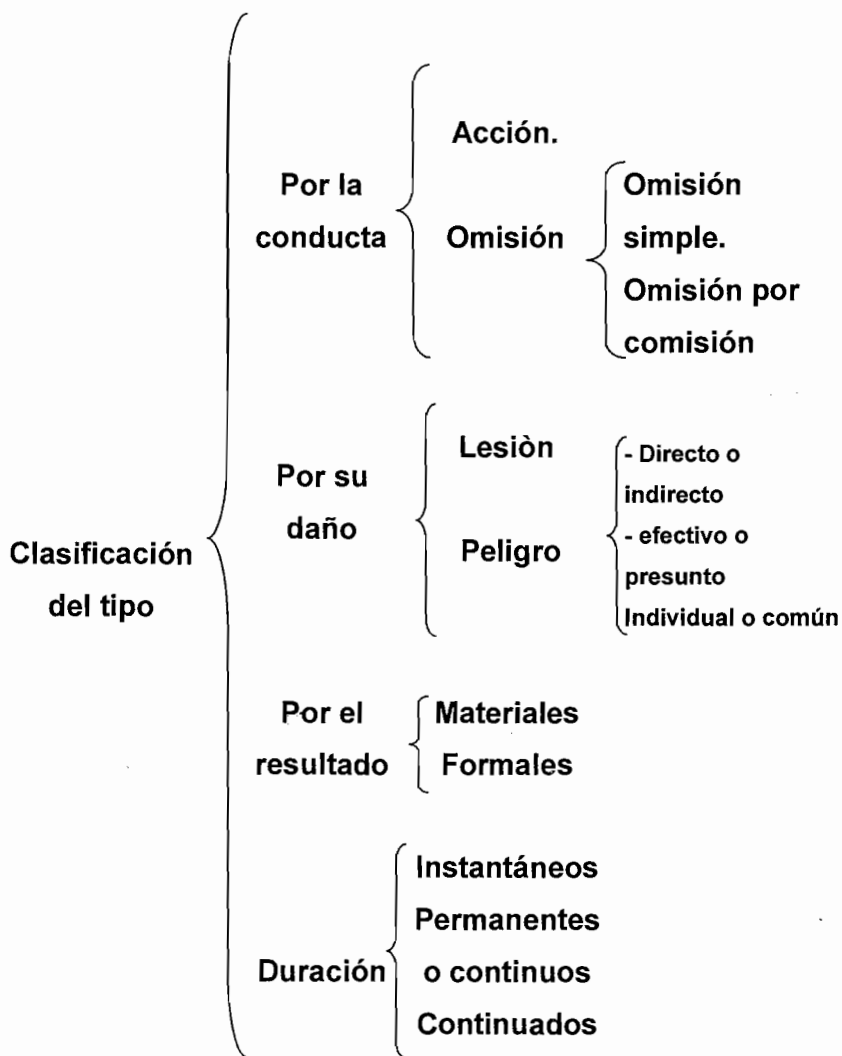
Entre los primeros, mencionaremos los “gérmenes patógenos” utilizados para la producción de una epidemia, “el veneno” empleado para contaminar el agua potable o para ocasionar la muerte de alguien.

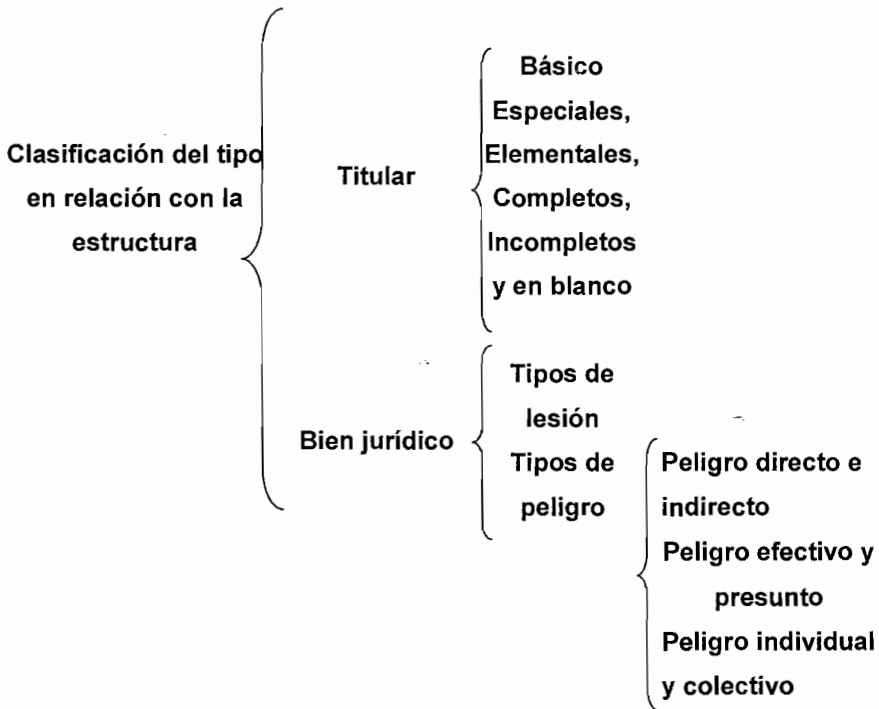
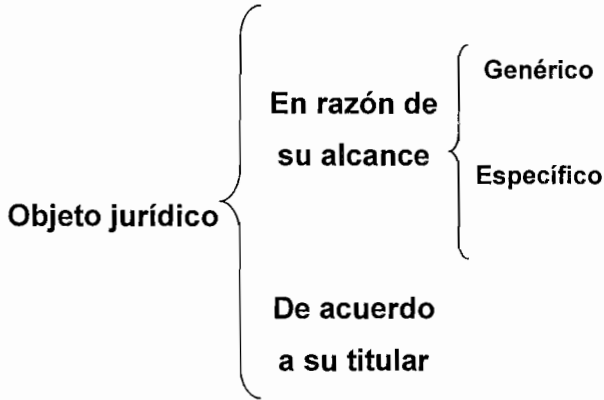
De la segunda modalidad son ejemplos “las armas de fuego” disparadas contra vehículos en movimiento destinados al transporte público, “la dinamita u otros objetos

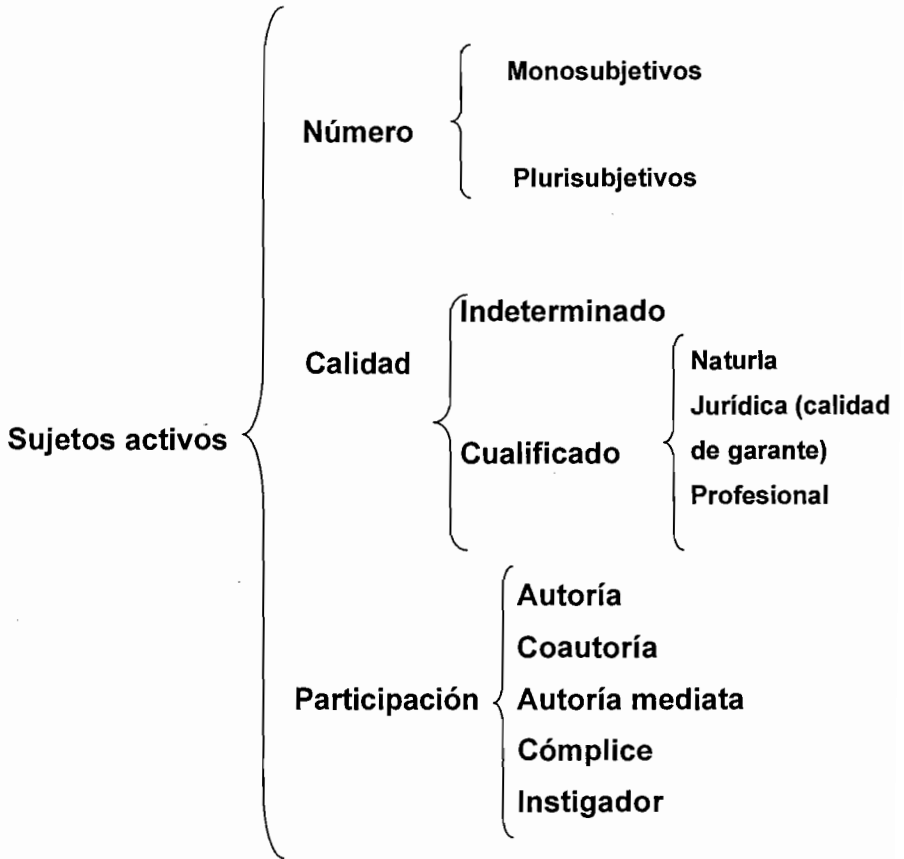
explosivos" empleados contra las personas o los edificios o el robo perpetrado "con armas".

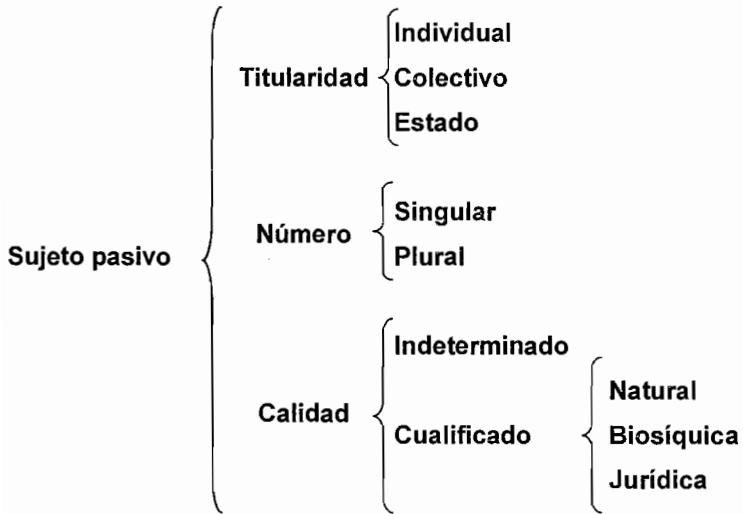
TIPICIDAD











Capítulo IV

Antijuridicidad y su aspecto negativo

4.1. Noción de antijuridicidad

La antijuridicidad se considera como un elemento positivo del delito, es decir, cuando una conducta es antijurídica, existe delito.

Para que la conducta de una persona sea delictiva, debe contravenir las normas penales, esto es, ha de ser antijurídica.

“Para la doctrina, la antijuridicidad no surge propiamente del Derecho Penal, sino de todo el orden jurídico, ya que puede presentarse “un permiso que puede provenir de cualquier parte del Derecho; así, si alguien lleva su automóvil a reparar a un taller mecánico y no paga la reparación, el dueño del taller puede retener el automóvil, realizando una conducta que es típica, pero que no es antijurídica porque está amparada por un precepto permisivo que no proviene del Derecho Penal, sino del Derecho

Privado.”²¹⁵

Diversos autores, la han estimado como el aspecto más importante del delito, ya que no es solamente un elemento o carácter del mismo, sino es su esencia, y es más, su propia naturaleza.

Para Eduardo López Betancourt, se le dio un carácter objetivo, “ya que la antijuridicidad nace del juicio valorativo de la oposición existente entre la conducta humana y la norma penal, manifestando este juicio sólo recae sobre la acción realizada, excluyendo toda valoración de carácter subjetivo.”²¹⁶

La antijuridicidad es lo contrario al derecho. El ámbito penal precisamente radica en contrario a lo establecido en la norma jurídica.

Carnelutti señala; “‘antijurídico es el adjetivo, en tanto que antijuridicidad es el sustantivo,’ y agrega: ‘Jurídico es lo que está conforme a derecho’”.²¹⁷

²¹⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. parte general*. cuarta edición, Ed., Cárdenas Editor y Distribuidor. Buenos Aires, 1985, p. 512.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 149.

²¹⁷ Carnelutti, Francisco, *Teoría general del delito*, Ed., Argos, Cali, S.A., pp. 18 y 19.

Maggiore, en su obra titulada Derecho Penal, tomo I, “considera a la antijudicidad como un aspecto del delito y no un elemento, ya que no es posible desintegrarla del todo y ésta compenetra la esencia misma del delito.”²¹⁸

También, encontramos a los que estiman a la antijuridicidad como la esencia misma del delito, como su naturaleza intrínseca, es decir, sin la existencia de ésta, no podría considerarse una conducta como delito.

4.1.2. Clases de antijuridicidad

Franz Von Liszt desarrollo la estructura dualista de la antijuridicidad, es decir, material y formal.

a) Material.- La acción es antijurídica cuando resulta contraria a la sociedad (antisocial).

Es propiamente lo contrario a derecho, por cuanto hace a la afectación genérica hacia la colectividad.

b) Formal.- Es la violación de una norma emanada del Estado. De acuerdo con Jiménez de Asúa, constituye la tipicidad, mientras que la antijuridicidad material es propiamente la antijuridicidad, por lo que considera no tiene caso esta distinción.”²¹⁹

²¹⁸ Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal*, vol. I El Derecho Penal - El Delito, segunda reimpresión de la segunda edición, Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá -Colombia, 2000, p.382.

²¹⁹ Cfr. Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, pp. 278 y 279.

4.2. Aspecto negativo: causas de justificación

4.2.1. Noción

El aspecto negativo de la antijuridicidad lo constituyen las causas de justificación, que son las razones o circunstancias que el legislador consideró para anular la antijuridicidad de la conducta típica realizada, al considerarla lícita, jurídica o justificativa.

No resulta fácil precisar una noción de algo que es un aspecto positivo, pero lleva implícita una negación. Este aspecto se destaca porque es muy común la confusión para entender cómo la antijuridicidad (aspecto positivo) puede tener a su vez un aspecto negativo, cuando aquella es en sí una negación o contraposición al derecho.

En ese orden de ideas, lo anterior debe entenderse como sigue:

En principio, la ley penal castiga a todo aquello que la contraría (antijuridicidad), pero, excepcionalmente, la propia ley establece casos en que justifica la conducta típica (causas de justificación), con lo cual desaparece la antijuridicidad, por existir una causa de justificación.

De manera genérica, el CPF las denomina circunstancias excluyentes del delito, como se observa en el artículo 15, del CPF, que mezcla distintas circunstancias, entre ellas las de justificación; a su vez, la doctrina las separa y distingue. También suele denominársele eximentes, causas de incriminación o causas de licitud.

4.2.2. Naturaleza

A pesar de las diversas tendencias y opiniones al respecto, la naturaleza de las causas de justificación es eminentemente objetiva, pues derivan de la conducta netamente dolosa.

De lo anterior se explica que dichas causas anulen al delito y la culpabilidad.

4.2.3. Fundamentación de las causas de justificación

El injusto puede faltar al hecho si éste tiene, desde un principio una característica que suprime al injusto.

Para Mezger, la sistemática de las causas de exclusión del injusto. La misma es todavía muy defectuosa, pero, una vez que estén bien aclarados los criterios fundamentales, puede ser objeto de un desarrollo conceptual ordenado.²²⁰

Los puntos de partida para este autor son:

El injusto puede faltar al hecho si éste tiene, desde un principio, una característica que suprime el injusto.²²¹ Hablamos en este caso, del principio de la ausencia del injusto, principio de la ausencia del interés, principio de la ausencia de la necesidad de la protección.

Pero al injusto también le puede faltar el hecho, porque le favorece un derecho eficiente. En este caso hablamos de interés preponderante.

²²⁰ Derecho Penal, parte general, libro de estudio, Ed., Cárdenas Editor Distribuidor, México, p. 162.

²²¹ *Idem.*

Los criterios que fundamentan a las causas de justificación son: la ausencia de interés y el interés preponderante.

Consentimiento.- Mezger explica en principio: "El consentimiento del lesionado no excluye el injusto en todos los hechos punibles" y agrega: "El consentimiento debe ser ríto y voluntario y corresponder a la verdadera voluntad del que consiente." ²²²

Para que el consentimiento sea eficaz, se requiere que el titular objeto de la acción y el objeto de protección sea una misma persona. También puede darse el consentimiento presunto (enfermos).

Así tenemos que en nuestra legislación penal se prevé ese consentimiento en el artículo 15, fracción III del CPF.

"ARTICULO 15.- El delito se excluye cuando: (...)
III.- 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

²²² Mezger, Edmund. *Derecho penal*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, pp. 164 y 165.

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; “²²³

Interés preponderante.- El interés preponderante surge cuando existen dos bienes jurídicos y no se pueden salvar ambos, por lo cual se tiene que sacrificar uno para salvar el otro. Se justifica privar de la vida a otro para salvar la propia. Es decir, la legítima defensa y el estado de necesidad.

4.2.4. Causas de justificación en particular

Antes de entrar a su estudio, considero necesario tener presente el criterio que recientemente ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la nación al resolver la acción de inconstitucionalidad 10/2000, que dio origen a la jurisprudencia 11/2002, y que a la letra dice:

“EXCUSAS ABSOLUTORIAS Y EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD. SUS DIFERENCIAS. Las excusas absolutorias son causas que al dejar subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la ley, impiden la aplicación de la pena, es decir, son aquellas en las que aun cuando se configure el delito, no permiten que se sancione al sujeto activo en casos específicos; en tanto que las excluyentes de responsabilidad se caracterizan por impedir que ésta

²²³ Compila XI, ...

surja. En otras palabras, en las citadas excluyentes la conducta tipificada en la ley no es incriminable desde el inicio; mientras que en las excusas absolutorias la conducta es incriminable, pero no sancionable, consecuentemente no relevan al sujeto activo de su responsabilidad en la comisión de la conducta típica, sino que determinan su impunidad.”²²⁴

La legislación penal mexicana contempla las siguientes excluyentes de responsabilidad.

Legítima defensa.

Estado de necesidad.

Ejercicio de un derecho

Cumplimiento de un deber

4.2.4.1. Legítima defensa

En casi todos los pueblos se ha presentado esta figura, que excluye de pena a quien causa un daño, al obrar en virtud de la defensa de determinados intereses previstos en la ley bajo ciertas circunstancias.

Quizá, la legítima defensa es la más importante de las causas de justificación o excluyentes de responsabilidad.

²²⁴ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XV, febrero de 2002, Parte Pleno, Materia Constitucional, Novena Época, p. 592.

En la práctica, esta figura jurídica se presenta con frecuencia y es lamentable su desconocimiento, tanto de autoridades como de abogados y no se diga de la gente que no estudió ni tiene injerencia con la ciencia jurídica, cuando debería ser obligación de los primeros, necesidad de los segundos y un deber cívico de los terceros.

Es común escuchar a abogados que se refieren a esta figura como "defensa propia" cuando se trata de una incorrección, pues dicha defensa es en ocasiones respecto de bienes jurídicos ajenos, no necesariamente propios.

4.2.4.1.1. Noción

La legítima defensa consiste en repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, cuando exista necesidad racional de la defensa empleada y siempre que no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. Esta es la definición legal contemplada en la fracción IV del artículo 15 del CPF.

“ARTICULO 15.- El delito se excluye cuando: (...)

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 y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;" (...)²²⁵

4.2.4.1.2. Bienes jurídicos que amparan

La legítima defensa ampara cualquier bien jurídico, sin embargo, la ley no precisa ni excluye ninguna. Así al amparo del principio que dice "donde la ley no distingue no se debe distinguir", se entiende que todos los bienes jurídicos son susceptibles de protección por legítima defensa.

Aquí cabe destacar que se trata no solo de bienes propios, sino también de ajenos, pues la propia ley así lo establece.

²²⁵ Compila XI, ...

4.2.4.1.3. Elementos de la legítima defensa.

Los elementos de la legítima defensa son las partes integrantes de la propia definición legal, a saber:

“1. Repeler. Significa rechazar, evitar algo, eludir, no permitir que algo ocurra o se acerque. Implica que la agresión ejercida, sin haberla provocado, se rechace. La repulsa es realizada por el presunto responsable de la conducta lesiva, quien queda protegido por la legítima defensa.

2. Agresión. Consiste en atacar, acometer, acto mediante el cual se daña o pretende dañar a alguien. Es actuar contra una persona con intención de afectarla.

3. Agresión real. Que sea algo cierto, no imaginado; que no se trate de una simple suposición o presentimiento.

4. Agresión actual. Que ocurra en el mismo instante de repelerla; quiere decir que la agresión y la repulsa deben seguir en un mismo espacio temporal, o que aquella sea inminente.

5. Agresión inminente. Que sea próxima o cercana; de no ser actual, que por lo menos esté a punto de ocurrir.

6. Sin derecho. La agresión debe carecer de derecho, porque la existencia de éste anularía la antijuridicidad.

7. En defensa de bienes jurídicos propios o ajenos. Ya se mencionó que la repulsa debe obedecer a la defensa de cualquier bien jurídico, sea propio o ajeno, pues así lo señala la ley.

8. Necesidad racional de la defensa empleada. Significa que la acción realizada (repulsa) para defender los bienes jurídicos debe ser la necesaria, proporcional al posible daño que se pretendía causar con la agresión injusta.

9. Que no medie provocación. El agredido no debe haber provocado la agresión, ni el tercero a quien se defiende deberá haber dado causa a ella. Malamente

podrá decir y justificar que repelió una agresión "sin derecho" quien ha dado motivo suficiente para ella."

226

4.2.4.1.4. Presunciones de legítima defensa

Aparte de la forma genérica, la ley prevé dos casos de presunciones de legítima defensa, en el párrafo segundo de la propia fracción IV del artículo 15 del CPF, que a la letra dice:

"ARTICULO 15.- El delito se excluye cuando: (...)
IV.- ... Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;" (...)²²⁷

En resumen, se refieren a la causación de algún daño a quien trate de penetrar, sin derecho, al hogar de otro, al de la familia de otro, o a las dependencias de cualquier persona que tenga deber de defender o al sitio donde se

²²⁶ Amuchategui Requena, Irma Griselda. *op. cit.*, p. 70.

²²⁷ Compila XI, Legislación Federal y del Distrito Federal, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005.

encuentren bienes propios o ajenos, con la misma obligación de defender, o si se le encuentra en alguno de los lugares indicados en circunstancias que revelen la posibilidad de una agresión.

4.2.4.1.5. Exceso en la legítima defensa

La repulsa a la agresión injusta deberá traducirse en una acción que sea necesaria y proporcional a la agresión o al posible daño.

El exceso ocurre cuando el agredido extralimita las barreras de lo proporcional y justo, y rebasa la medida necesaria para defenderse o para defender a otro. Al respecto, Von Liszt indica: "No debe traspasar los límites de la estricta necesidad".²²⁸

El análisis del caso concreto revelará si hay o no exceso, conforme al artículo 16 del CPF. Cuando exista tal exceso, se castigará por el delito cometido como si hubiera sido por culposos.

²²⁸ Von Liszt, Franz, citado por Amuchátegui Requena, Irma Griselda, *La legítima defensa y el derecho penal, antología*, SUA, UNAM, México, 1989, p. 105.

4.2.4.1.6. Problemas que plantea la legítima defensa

Dichos problemas son cuestiones que inquietan al estudioso y a quien en la práctica maneja el derecho penal; constituyen confusión por falta de uniformidad de criterios al respecto.

1. Legítima defensa contra el exceso en la legítima defensa. Se plantea si es posible que se presente esta figura de la legítima defensa y que el agresor (primero) obre a su vez, en ejercicio de la legítima defensa cuando el atacado se excede en la repulsa a su agresión. Como se apuntó no existe uniformidad en los autores, quienes se dividen en cuanto a la respuesta.

Se considera que no puede presentarse dicha figura jurídica debido a que la ley, entre los requisitos señalados para integrarla, exige que no haya habido provocación, y en esta hipótesis sí la hay. Por otra parte, la fundamentación de la legítima defensa impide la existencia de un círculo vicioso.

Al respecto la otrora Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su tesis 190 sostuvo lo siguiente:

“LEGITIMA DEFENSA, EXCESO EN LA. El exceso en la legítima defensa sólo se configura cuando la repulsa lícita de la agresión va más allá de lo necesario para evitar el peligro que ésta implica.”²²⁹

2. Legítima defensa y riña. Estas dos figuras, comúnmente se confunden; sin embargo, son diferentes y no hay posible duda al respecto. Si se tiene presente en qué consiste la primera, bastará señalar que la riña es la contienda entre dos o más personas, pero tiene que ser de obra, no de palabra, constituye una circunstancia atenuante en los delitos de lesiones u homicidio.

La riña es una contienda en que ambos sujetos se hallan en igualdad de circunstancias, a diferencia de la legítima defensa, en la cual hay un agresor y un agredido.

En la riña, tácita o expresamente, los rijosos manifiestan su conformidad con las consecuencias, mientras que en la legítima defensa, no, porque en ésta existe una excluyente de responsabilidad y, por tanto, de pena; en cambio, en la riña solo ocurre una atenuante, pues los sujetos actúan al margen de la ley.

²²⁹ Apéndice de 1995, t., II, Parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sexta Época, p. 109.

Por último, se niega categóricamente que ambas instituciones puedan ocurrir simultáneamente, pues una excluye a la otra. Estas dos figuras penales son independientes y de naturaleza diversa.

La otrora Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis 303 sostuvo lo siguiente:

“RIÑA Y LEGITIMA DEFENSA. La riña excluye la legítima defensa, ya que en la primera los adversarios se colocan en un mismo plano de ilicitud de la conducta, en tanto que en la segunda la acción defensiva es lícita.”²³⁰

3. Legítima defensa recíproca. No es admisible que cada sujeto realice dos figuras de legítima defensa, de manera paralela en una misma conducta. Lo anterior se fundamenta en las consideraciones anotadas en los dos problemas antecedentes.

4. Legítima defensa en el caso de inimputable. Si un inimputable comete una acción "delictuosa" en ejercicio de la legítima defensa, al ser agredido obra en legítima defensa, pero se trata de un inimputable y su actuar se regulará por las disposiciones contempladas en la Ley que Crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores. Nada impide que un

²³⁰ Apéndice de 1995, t., II, parte Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sexta Época, p. 168.

menor o cualquier otro inimputable obre en legítima defensa.

El otro caso es aquel en el que un inimputable agrede, de modo que la cuestión será determinar si procede la legítima defensa contra un agresor inimputable. La respuesta es afirmativa, pues el agredido no tiene obligación de cerciorarse de la edad o padecimiento mental que tenga su agresor, por lo cual actuará conforme a la tutela de esta circunstancia que exime la antijuridicidad; además se debe tener presente que la naturaleza de esta figura es objetiva.

4.2.4.2. Estado de necesidad

El estado de necesidad es otra causa de justificación de vital importancia, contemplada en el artículo 15, fracción V del CPF.

Dicho precepto a la letra dice:

“ARTICULO 15.- El delito se excluye cuando: (...)
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 el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo; ...²³¹

4.2.4.2.1. Noción

El estado de necesidad consiste en obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, respecto de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado por el agente, sin tener el deber de afrontar, siempre que no exista otro medio menos perjudicial a su alcance, con lo cual cause algún daño o afectación a bienes jurídicos ajenos.

En relación con la jerarquía de los bienes (salvado y sacrificado), existe desigualdad de opinión entre los autores. Para unos, el bien sacrificado debe ser de menor valor que el bien salvado; mientras que para otros, puede tener la misma jerarquía. El primer caso ocurre cuando para salvar la vida de una tripulación aérea o marítima se sacrifican caballos de pura sangre con un costo económico considerable; el segundo, es aquel en el que se sacrifica una vida humana para salvar otra en una catástrofe (terremoto, inundación, guerra, etc).

²³¹ Compila XI, Legislación Federal y del Distrito Federal, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005.

Existe un ejemplo de cátedra manejado por años, consistente en dos marineros que naufragan, quienes, ante la circunstancia de tener que salvar sus vidas, y como solo existe una tabla que servirá para una sola persona, uno de ellos arroja al mar al otro (igualdad de bienes).

La sustentante estima que los bienes jurídicos pueden ser de igual valía y, sin embargo, existir el estado de necesidad, con base en que la propia fracción V del citado artículo 15 del CPF no lo precisa ni distingue.

La anterior Primera Sala de nuestro máximo Tribunal en la jurisprudencia 149, sostuvo lo siguiente:

“ESTADO DE NECESIDAD, EXCLUYENTE DE. El estado de necesidad como exculpante presupone un conflicto de intereses jurídicamente tutelados que impone el sacrificio de uno para que pueda subsistir el otro.”²³²

4.2.4.2.2. Elementos del estado de necesidad

Al analizar la definición legal del estado de necesidad, se observa que éste se integra de los elementos siguientes.

²³² Apéndice de 1995, t., II, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sexta Época, p. 85.

“1. Peligro. Debe existir la amenaza (posibilidad segura) de una situación que puede causar daño a alguno de los bienes jurídicos de los cuales es titular una persona. Al igual que la legítima defensa, el peligro debe ser real, actual o inminente (consúltese lo expuesto en el apartado anterior).

2. El peligro no debe haberlo ocasionado el agente. La ley precisa expresamente este hecho al excluir las formas intencional y de grave imprudencia; si esto ocurriera, no podría invocarse el estado de necesidad.

3. El peligro debe existir sobre bienes jurídicos propios o ajenos. Al igual que en la legítima defensa, los bienes tanto propios como ajenos son amparados por el estado de necesidad. Tampoco aquí se precisa o distingue cuáles pueden ser, por lo cual se entiende que cualquiera puede serlo.

4. Causar un daño. El agente obrará ante el peligro de tal forma que causará una afectación o daño a un bien jurídico para salvar otro (propio o ajeno). El daño carecerá de antijuridicidad.

5. Que el agente no tenga el deber de afrontar el peligro. Se precisa la ausencia de obligación por parte del agente de afrontar dicho peligro. De existir esa obligación, sería otra causa de justificación, pero no estado de necesidad.

6. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial. Ante el peligro, el sujeto activo deberá actuar para salvar el bien jurídico amenazado, pero será causa justificada, en cuanto no haya habido otro medio practicable al empleado o que no hubiera otro menos perjudicial a su alcance, pues lo contrario anularía la justificación.”²³³

²³³ Amuchategui Requena, Irma Griselda, *op. cit.*, p. 73.

4.2.4.2.3. Casos especialmente tipificados

El Código Penal para el Distrito Federal (CPDF), además de la forma genérica que contempla es estado de necesidad, regula dos específicos: el aborto terapéutico y el robo de indigente.

1. Aborto terapéutico. Llamado en la doctrina también Aborto necesario, consiste, de acuerdo con el art. 148, fracción II del CPDF prevé lo siguiente: "Se consideran como excluyentes de responsabilidad penal en el delito de aborto: ...II. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictámen de otro médico, siempre que esto fuera posible y no sea peligrosa la demora;" "No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada o el producto corran peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora".

En tal caso, el estado de necesidad ocurre en función de sacrificar un bien (la vida del producto de la concepción) para salvar otro, que es la vida de la madre, quien corre peligro. Para algunos, este caso plantea dos

bienes jurídicos de jerarquía diversa, de modo que es mayor la vida de la madre que la del producto; para otros, ambos bienes son de idéntica valía, y para otros más el bien superior es la vida del producto (derecho canónico).

Algunos juristas consideran que dicha hipótesis pertenece al aspecto negativo de la punibilidad, representado por las excusas absolutorias.

2. Robo de indigente. También conocido como robo famélico, es propiamente el robo producido por un estado de necesidad, contemplado en el artículo 379 del CPF. de la manera siguiente: "No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodere una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento."

Este precepto ha sido criticado por adolecer de limitaciones y deficiencias. Se trata del robo de cosas que puedan satisfacer alguna necesidad apremiante, no sólo alimentos, sino también objetos que resulten indispensables en un momento dado para salvar un bien jurídicamente tutelado, como medicamentos, agua, oxígeno, ropas e incluso dinero. El análisis y crítica correspondientes se harán al estudiar los delitos en particular, dentro del tema de robo.

De antemano se precisa que, de no existir tal precepto (ni el anterior de aborto terapéutico), se recurriría al artículo 15, fracción V, del CPF, el cual ampara de manera genérica ambos casos; por tanto, se concluye que no era necesario erigirlos como casos específicos.

4.2.4.3. Ejercicio de un derecho

El ejercicio de un derecho aparece junto con el cumplimiento de un deber, contemplado en la fracción VI del mismo artículo 15 del CPF.

“ARTICULO 15.- El delito se excluye cuando: (...)
VI.- La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;”²³⁴

4.2.4.3.1. Noción

Ejercer un derecho es causar algún daño cuando se obra de forma legítima, siempre que exista necesidad racional del medio empleado. En esta eximente, el daño se causa en virtud de ejercitar un derecho derivado de una norma jurídica

²³⁴ Compila XI, ...

o de otra situación, como el ejercicio de una profesión, de una relación familiar, etcétera.

El médico que amputa una pierna para que no avance la gangrena causa una mutilación (lesión), pero su conducta, a pesar de ser típica, no es antijurídica porque actúa en ejercicio de un derecho; a su vez, el abogado y el actuario que toman bienes muebles ajenos por virtud de una orden de embargo no comenten ilícito alguno, porque actúan en el ejercicio de un derecho.

Ejercicio de un derecho en los deportes. En la actividad deportiva resulta frecuente que los deportistas infieran a otros determinadas lesiones y a veces, el homicidio.

Al respecto, existen tres situaciones posibles

“1. Deportes en los que su práctica es individual. Una sola persona ejecuta la actividad deportiva, como gimnasia, natación, clavados. De lesionarse el deportista o resultar muerto, sería imposible fincar responsabilidad penal alguna, ya que se trataría de un mero accidente.

2. Deportes que implican la participación directa de dos o más individuos. Igual que en el caso anterior, tampoco existe un combate, como el fútbol, voleibol, etcétera; no obstante, su práctica puede resultar ruda o por lo menos existir la posibilidad de causar daños a los compañeros. En esta hipótesis, de resultar lesiones u homicidio, quien los infiera se verá

beneficiado por la causa de justificación correspondiente al ejercicio de un derecho, con lo cual se elimina la antijuridicidad del hecho típico resultante, a menos que se pruebe imprudencia del pasivo o dolo del activo.

3. Deportes que en sí implican combate. Es el caso en que los deportistas contienden, como el boxeo, las artes marciales, etcéteras. De producirse lesiones y homicidio, existiría la causa de justificación derivada del ejercicio de un derecho. Igual que en el caso anterior, podría probarse dolo o incluso alguna agravante por parte del contendiente."²³⁵

En el caso de deportes, se presupone que el ejercicio de un derecho implica una autorización oficial por parte del Estado; de no existir ésta, el ilícito resultante puede entrar bajo el rubro de la responsabilidad penal.

La anterior Primera Sala de nuestro máximo tribunal en la jurisprudencia 115, sostuvo lo siguiente:

“CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EJERCICIO DE UN DERECHO, NATURALEZA DE LAS EXCLUYENTES DE. Para que la causa de justificación relativa al cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho produzca sus efectos excluyentes de responsabilidad penal, es necesario que los deberes y derechos estén consignados en la ley.”²³⁶

²³⁵ Amuchategui Requena, Irma Griselda, *op cit.*, p. 75.

²³⁶ Apéndice 1995, t., II, parte Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sexta Época, p. 65.

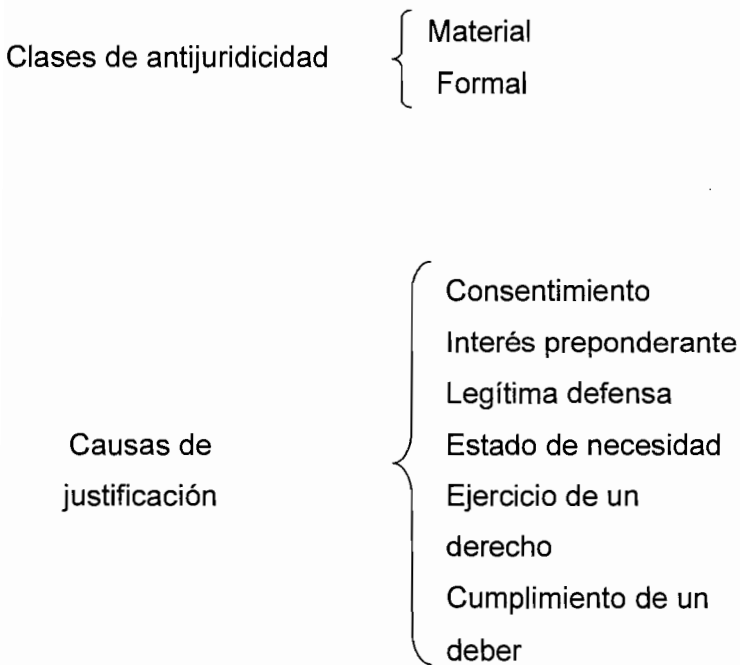
4.2.4.4. Cumplimiento de un deber

4.2.4.4.1. Noción

El cumplimiento de un deber consiste en causar un daño obrando en forma legítima en cumplimiento de un deber jurídico, siempre que exista necesidad racional del medio empleado. El artículo 15 fracción VI, del CPF contempla esta figura simultáneamente con el ejercicio de un derecho. El cumplimiento de un deber deriva del ejercicio de ciertas profesiones o actividades.

En ese orden de ideas, aquí se da por reproducido todo lo manifestado en el apartado relativo al ejercicio de un derecho, pues la ley penal los iguala al definirlos en el mismo precepto. La única diferencia radica en que el primer caso consiste en ejercitar un derecho, mientras que el segundo ocurre el cumplimiento de un deber, y la mayoría de las veces, ambas situaciones se encuentran unidas o una se desprende de la otra.

Antijuridicidad y su aspecto negativo



Capítulo V

La culpabilidad e inculpabilidad

5.1. Noción de culpabilidad

Cuando hablamos de culpabilidad, debemos entender por ésta al **juicio de reproche** que la sociedad, por conducto de la ley, hace al sujeto que actúa lesionando bienes jurídicos en ausencia de un permiso expreso de la propia ley (justificantes), esto es, se reprocha la actuación del sujeto activo cuando debió haber actuado justamente, es decir, conforme a derecho.

En ese orden de ideas, no sería justo reprocharle al sujeto una actuación injusta (antijurídica), si cuando la cometió no tenía la posibilidad de comprender lo antijurídico de su actuar; o si habiendo tenido esa posibilidad, no tuvo la oportunidad de actuar jurídicamente.

En esas condiciones, estamos en presencia de los dos elementos de la culpabilidad que la mayoría de los

autores comparten y desde luego la suscrita, es decir, el elemento cognoscitivo y el elemento volitivo.

Es ese orden de ideas, la reprochabilidad de la conducta típica y antijurídica de un sujeto es lo que se traduce en culpabilidad y presupone el elemento cognoscitivo, que se entiende como la posibilidad del sujeto de comprender lo antijurídico de su acto y el elemento volitivo que se entiende como la determinación de cometer la conducta, aun a sabiendas de que no es jurídica.

Es muy importante, estar al tanto de la descripción que realiza el legislador del tipo, pues el dolo en ocasiones forma parte de la culpabilidad y en otras es un elemento del tipo, lo que conoce nuestra legislación como un elemento subjetivo distinto al dolo.

Es importante no confundir a la culpabilidad con responsabilidad penal, pues la suscrita comparte el criterio que sostiene Vergara Tejada en el sentido de que “la reprochabilidad del injusto cometido por el sujeto, porque sabiendo que su actuar era antijurídico, aun así se decidió a realizarlo; en cambio la responsabilidad penal aparece cuando, cometido el hecho antijurídico, la ley considera que el sujeto debe responder del resultado dañoso, o en otras

palabras, la responsabilidad penal sólo emerge jurídicamente cuando ya se han comprobado todos los elementos del delito, incluyendo en ellos, obviamente, a la culpabilidad.”²³⁷

Si tomamos en cuenta que la culpabilidad denota una disposición consciente del sujeto para cometer la conducta antijurídica (cuando hay capacidad psicológica para entender y querer el delito: imputabilidad), tenemos entonces que la culpabilidad refleja una situación psíquica del agente respecto a dicha conducta, de tal forma que la sociedad le reprocha su actitud lesionante de bienes jurídicos protegidos y, por ende, le impone una sanción.

La culpabilidad representa un nexo psicológico entre el autor y el hecho, ese nexo sólo puede valorarse mediante el derecho, de tal forma que de éste se desprenda si se le reprocha o no al sujeto esa actividad subjetiva que lo inclinó a cometer el hecho típico y antijurídico y que además es punible.

Para ser culpable un sujeto, que antes sea imputable; si en la culpabilidad, interviene el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades.

²³⁷ Vergara Tejada, José Moisés, *Manual de Derecho, parte general*, Ed., Ángel Editor,

5.2. Formas de la culpabilidad

Los artículos 8° y 9° del Código Penal Federal, establecen que los delitos sólo se pueden realizar en forma dolosa o culposa.

Para una mejor comprensión la suscrita, estima necesaria su transcripción.

“Artículo 8o. Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

Artículo 9o. 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, y

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.”²³⁸

En la mayoría de los delitos dolosos, en su mayoría, únicamente se exige el elemento subjetivo, consistente en el dolo. Pero existen también tipos penales que, además del

México, 2002, p. 278.

238 Legislación Penal y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2004.

dolo requieren de algún elemento subjetivo específico que debe darse en el autor, cuando expresamente se habla de algún "ánimo", "propósito", "deseo", "intención" o como nuestro delito "**a sabiendas**".

El dolo, distinto al elemento subjetivo específico, puede ser "directo" o "eventual", presentándose el primero con mayor frecuencia.

5.3. Diversas teorías que estudian al dolo

Según Verónica Román Quiroz, las teorías mas importantes son:

1. Teoría extrema del dolo
2. Teoría limitada del dolo

5.3.1. Teoría extrema del dolo

Se estima la más antigua en virtud de que se apoya en el concepto causal de la acción.

Los representantes más importantes de esta teoría fueron: Karl Binding, Edmund Mezger y Horst Schroder.

El conocimiento del injusto representa forzosamente según esta teoría, una característica del delito. Toda renuncia al conocimiento de la antijuridicidad privaría al Derecho Penal de su ética razón de ser, y daría entrada a la pena sin culpa. Pero para la realización de éste “intangibles principio de todo punir”,²³⁹ pues no basta que el sujeto activo del delito haya tenido la simple posibilidad de conocer el injusto.

Culpabilidad no sólo es culpabilidad de la voluntad en el sentido aquí empleado, sino, en forma concreta “culpabilidad de la voluntad mala”.²⁴⁰ Ello significa que el sujeto activo del delito debe haber actuado con conocimiento del injusto, existente en la realidad, concretamente demostrable. De la separación del conocimiento del delito en el mundo de las valoraciones y su adhesión a los procesos psicológicos (de la actualidad), se deriva el lugar de una representación: esa característica del dolo y precisamente de especie constitutiva. Esencial al dolo es el actual conocimiento del injusto; quien realiza las características del delito simplemente con conciencia y voluntad, sin tomar en consideración la trascendencia jurídica de su obrar “actuar ciegamente; no sin embargo de modo doloso”. De ahí que, conforme a este criterio, resulte eliminado el dolo en todo los

239 Román Quiroz, Verónica, *La culpabilidad y la complejidad de su comprobación*, Ed. Porrúa, México, 2000, p. 194

240 *Idem*

casos en los que el autor procede, sin el requerido conocimiento actual del injusto.²⁴¹

El nombre de teoría del dolo significa que considera la conciencia de la ilicitud del hecho como elemento del dolo; según ella, el dolo se compone entonces de dos elementos, del conocimiento de los elementos objetivos del tipo y del conocimiento del carácter ilícito del hecho.

5.3.1.1. Consecuencias de la teoría

De lo anterior surgen consecuencias²⁴² importantes:

a) El dolo es un hecho psicológico, o sea, la voluntad dirigida a un resultado, exigida por la ley penal. Si se estima la conciencia del carácter ilícito del hecho como elemento del dolo (que de este modo se convierte en *dolus malus*), ello naturalmente envuelve la consecuencia de que también la conciencia del carácter ilícito de la acción se transforma en hecho psicológico, o sea, en un conocimiento actual de la ilicitud.

241 Esta teoría contempla la esencia del delito en la rebelión consciente del sujeto contra la norma y en consecuencia sólo aprecia culpabilidad dolosa cuando el sujeto actuó con conocimiento de la antijuridicidad. Roxin, Claus, **Derecho Penal**, *op. cit.*, p 863.

242 Maurach, Reinhart, Tres Conferencias el concepto final de la acción y sus efectos sobre la teoría de la estructura del delito..., *op. cit.*, pp. 357-360.

En ese orden de ideas, la sola posibilidad del conocimiento de la ilicitud no basta; por el contrario, es preciso que el sujeto activo haya actuado con conocimiento de la prohibición de actuar y real.

Ante tal situación, existe una sola crítica: A mayor irreflexión e imprudencia del delincuente, mayores prerrogativas encuentra con la teoría en mención.

b) Si el conocimiento actuar del carácter ilícito del hecho es un elemento del dolo, el autor que actúe sin ese consentimiento, no puede haber actuado con dolo. Esto es cierto, si se cumplen dos condiciones: Puede ser castigado por delito culposo, es decir, cuando la ignorancia de la norma era evitable, o sea, causada por culpa, y siempre que el hecho se pudiera castigar también en caso de culpa.

Otro punto sujeto a crítica, consiste en que la teoría extrema del dolo abre posibilidades de gran peligro. El Derecho Penal alemán reconoce pocos delitos punibles no sólo a título de dolo, sino también por causa de la culpabilidad. La gran mayoría de los tipos de delitos exigen para la punibilidad de ellos el dolo radical en su autor, por ejemplo no son punibles cuando han sido cometidos por culpa: el robo, contra la salud, cohecho, extorsión. La

consecuencia de la teoría extrema del dolo, es tal que el autor que no haya reconocido el carácter ilícito de su hecho por irreflexión, debe ser declarado no culpable; y un resultado de tal naturaleza debe ser tenido como injusto en extremo.

Las anteriores consecuencias no son deseables, en el sentido de que si un delincuente cierra intencionalmente los ojos ante las exigencias de la norma prohibitiva, si actúa, por así decirlo, de manera ciega u hostil ante esas exigencias, debe ser tratado como delincuente que obra con dolo actual.

Ahora bien, el concepto de engeguamiento u hostilidad hacia la norma es muy incierto para que pueda servir como criterio. Además, la teoría de Mezger se ve obligada a simular una culpabilidad inexistente, pues trata al autor que actúa sin consentimiento de la ilicitud del hecho, en esa tesitura existe una flagrante violación al principio de que cada sanción penal exige culpabilidad; es una violación al principio fundamental *nulla poena sine culpa*.²⁴³

La culpabilidad de quien violenta normas ético sociales elementales, por ejemplo el maestro que llama la atención al alumno y hace uso de la violencia física o moral

²⁴³ En este mismo sentido, Maurach advierte que la teoría del dolo al disociar, de modo inadmisiblemente, el dolo, esta obligada a trabajar con ficciones, con lo que abre lagunas jurídicas e infringe el principio *nulla poena sine lege*. Tratado de Derecho Penal, *op. cit.*, p. 136.

no es menor cuando regaña al alumno, haciendo uso de violencia, no considera en absoluto la posibilidad de una transgresión del derecho que cuando primeramente ha de vencer escrúpulos jurídicos. La base de la pena del delito doloso, no radica en la no obediencia, sino en que el sujeto desdeña de manera intolerable los intereses de otros o de la comunidad.

En cuanto al error de prohibición, éste es equiparado al error de tipo, produciendo los mismos efectos que el último: la conducta no puede ser castigada a título doloso; si el error de hecho era evitable y el CPF prevé un correspondiente tipo culposo, se deberá aplicar la pena propia de éste. Por el contrario, no deberá el sujeto activo del delito ser castigado si el error era inevitable, invencible o si la conducta culposa no se encuentra especialmente incriminada.²⁴⁴

5.3.1.2. Críticas a la teoría extrema del dolo

Para Welzel, la teoría del dolo se compone por un “conocimiento” de lo injusto, en el sentido de un “saber” inactual, en todo momento actualizable; pues de otro modo

²⁴⁴ Puede decirse que la doctrina mayoritaria en derecho español es la del dolo, que la teoría de la culpabilidad sólo es defendida por Cerezo y que, con la excepción de Gimbernat, el error sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación se considera no un error sobre el tipo sino uno de prohibición. Gimbernat Ordeig, Enrique, *Introducción a la parte general del Derecho Penal Español*.

difícilmente abría hechos dolosos. Dolo y conocimiento de lo injusto exigen, dos distintas clases del conocimiento; aquél requiere, necesariamente, la representación actual o la percepción en el momento del hecho; éste se conforma con un “saber” inactual.²⁴⁵

Para Roxin, es incompatible con la función del derecho como ordenamiento adjetivo el que la teoría del dolo ponga la vigencia de las normas jurídicas ampliamente a disposición de sus destinatarios; basta sólo con no tomar conciencia de un tipo para quedar a salvo de su amenaza de pena. Entonces ya no se castiga lo que el legislador conmina con pena, sino lo que el particular considera prohibido. Muchos defensores de la teoría del dolo han intentado superar estas objeciones haciendo una excepción en los supuestos de error de prohibición basada en la cita “ceguera jurídica” u “hostilidad al derecho” y propugnando castigar por delito doloso, pese a la falta de conciencia de la antijuridicidad. Pero éste es un mal expediente, pues, cuando se trata como dolosa una acción que conforme a las premisas de esta concepción es imprudente, se abandona el punto de partida y se admite que la conciencia de la antijuridicidad no caracteriza siempre la diferencia decisiva de culpabilidad entre el dolo y la imprudencia. Este es sin embargo el criterio

245 Welzel, Hans, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 158.

de la teoría de la culpabilidad, que es mejor seguir desde un principio.²⁴⁶

Pero el error decisivo de la teoría del dolo radica en el desconocimiento del hecho de que el dolo no es una parte constitutiva, sino el objeto de la culpa y que pertenece por eso a la acción y al tipo de lo injusto, mientras que el conocimiento de la antijuridicidad es solamente una parte constitutiva de la reprochabilidad. El conocimiento de la antijuridicidad no es lo que se reprocha al autor, sino el por qué se reprocha al autor el dolo antijurídico. Por qué el autor pudo conocer la antijuridicidad y, por consiguiente, pudo omitir su decisión antijurídica de acción, es que se le hace el reproche. De ello resulta que el conocimiento del injusto no es ningún elemento constitutivo del dolo del hecho, sino solamente de la reprochabilidad. El dolo antijurídico es reprochable al autor en la medida en que pudo actualizar el conocimiento de la antijuridicidad y convertirlo en el contramotivo que determina el sentido. Esta es la solución de la teoría de la culpabilidad.²⁴⁷

²⁴⁶ Roxin, Claus, Derecho Penal, *op. cit.*, p. 865.

5.3.2. Teoría limitada del dolo

Esta doctrina, tiene sus orígenes en el error de prohibición por el proyecto de Gürtner (1936), la cual ha sido aceptada por un reducido sector de la ciencia, pero excepcionalmente en la práctica se ha aplicado.

Su nombre, no representa una actitud discrepante de la teoría expuesta, sino que, manteniendo la postura propia de esta concepción —el conocimiento del injusto es elemento integrante del dolo—, cuyo fin es evitar las infundadas absoluciones y las injustificadas condenas por “culpa de derecho” a que necesariamente conduce. Por este motivo se contenta con la simple potencialidad del conocimiento del injusto perteneciente al dolo, sin exigir una real, psicológica, precisa del mismo.

En ese orden de ideas, para evadir la objeción de que con ello la culpa (la evitable falta de conocimiento del injusto) producirá los mismos efectos que el dolo (el presente conocimiento del injusto), solamente deberá equipararse al dolo un grado particularmente alto, un grado especialmente reprochable, de una tal evitabilidad. Mezger ve este grado en la “enemistad (del autor) al derecho” (anteriormente “ceguera

jurídica”.. una actitud que descansa en una falsa comprensión de derecho en injusto, y que es incompatible con una “sana” concepción). En este caso, la falta de conocimiento del injusto no excluiría la pena correspondiente al dolo.²⁴⁸

5.3.3. Definición del dolo

Carrara, principal exponente de la Escuela Clásica, definió al dolo “como la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley”.²⁴⁹

Para la corriente positivista el dolo requiere para su existencia de: voluntad, intención y fin.

Jiménez de Asúa señaló: “dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio y con representación del resultado que se quiere o ratifica.”²⁵⁰

248 Maurach, Reinhart, *op. cit.*, p. 138.

249 Carrara, Francesco, *Derecho Penal*, Ed. Harla, México, 1993, p. 108.

250 Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1956, p. 417.

Cuello Calón, señaló: "dolo es la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso."²⁵¹

Ahora bien, como ya se señaló, la mayoría de los autores reconocen que el dolo es el querer y conocer la realización típica o bien, la decisión del autor para la ejecución de una acción que realiza un determinado delito; (esta última definición es más restringida pues sólo destaca el acento en la acción).

En nuestra legislación penal, como lo señala López Betancourt, "el dolo consiste en el conocimiento de la realización de circunstancias que pertenecen al tipo, y voluntad o aceptación de realización del mismo."²⁵²

Por otra parte la otrora Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha definido al dolo, en los términos publicado en el Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXX, consultable en la página 1242, bajo el rubro y texto siguiente:

"DOLO.- Gramaticalmente, "dolo" es engaño, fraude, simulación. Y en los delitos, plena deliberación y

251 Cuello Calón, Eugenio, *op. cit.*, p. 441.

252 López Betancourt, Eduardo, *op. cit.*, p. 208.

advertencia, según el diccionario de la lengua española." ²⁵³

Sin embargo, algunos otros investigadores piensan que no es suficiente definir al dolo desde la voluntariedad, porque entonces no habría modo de definir el dolo eventual, y se pasa a sustituir el concepto de la voluntariedad, por el de la representación. En este sentido, la producción, contraria al deber, de un resultado típico es dolosa, no sólo cuando la representación de que el resultado sobrevendrá ha determinado al autor a emprender la acción, sino también cuando esa representación no le movió a cesar en su actividad voluntaria.

5.3.3.1. Elementos del dolo

Los elementos del dolo cambian, según el autor.

Para Maggiore son dos los elementos del dolo:

- "1) La previsión (o representación) del resultado;
- 2) La violación de él." ²⁵⁴

253 IUS 2005 ...

254 Maggiore, Giuseppe, *op. cit.*, p. 576.

Si alguno de estos dos elementos faltase, no puede haber dolo.

López Betancourt, sostiene que el dolo está compuesto por los siguientes elementos:

- "a) Intelectual. Implica el conocimiento por parte del sujeto que realiza circunstancias pertenecientes al tipo, y
- b) Emocional. Es la voluntad de la conducta o del resultado."²⁵⁵

En los elementos intelectuales, primeramente debemos definir si el dolo lo realiza el agente con conciencia de la antijuridicidad del tipo, de algún otro concepto más eficiente para la realización de la conducta.

Respecto al conocimiento del tipo penal, el decir técnicamente las acciones o el conocerlas, no es propiamente lo que se requiere para que se diga que el sujeto conocía el tipo penal, en este aspecto nos referimos al conocimiento normal que debe tener el sujeto activo del ilícito, de saber que está realizando una conducta contraria al orden y la paz social.

²⁵⁵ *Idem*, p. 210.

En este sentido se pronuncia Jiménez de Asúa, señalando: "Debemos exigir en el dolo la conciencia del deber de violar la norma, pero no la conciencia de la antinormalidad en sí como noción profunda de norma en cuanto el Estado la ha hecho suya en referencia a la cultura. De todos modos, el elemento esencial del dolo no es otro que la conciencia de violar el deber. Sin embargo, conforme ya antes hemos advertido, no es sólo este elemento intelectual el que debe ser demandado, sino también el conocimiento de que el hecho se haya descrito en la ley."²⁵⁶

De lo expuesto, debemos tener presente que los elementos intelectuales del dolo deben ser: el conocimiento de la naturaleza de los hechos y de su significación jurídica; de esta manera profana no técnica, es como se han salvado todos los escollos.

Pero la discusión actual acerca del dolo, se inicia justamente con su definición, es decir, sobre cuál es el alcance del conocer y el querer.

El conocimiento, ha de recaer sobre los elementos objetivos del tipo, se debe tener conciencia de las circunstancias que lo integran. El problema que se presenta es,

256 Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito, Principios de Derecho Penal*, Ed.,

si se puede exigir respecto de todas las circunstancias sin distinción.

Mir Puig, señala: "que la **doctrina causalista clásica**, el dolo se concebía como **dolus malus**. Contenía como tal, dos aspectos a') el conocimiento y voluntad de los hechos, y b') la conciencia de su significación antijurídica (conocimiento del Derecho).

En la actualidad, gracias al **finalismo**, se prefiere un concepto más restringido de dolo, que se entiende como <dolo natural>. Según el finalismo ortodoxo, el dolo incluye únicamente el conocer y el tipo del injusto, y no requiere que se advierta que dicha realización es antijurídica (no incluye la conciencia de la antijuridicidad).

Para Santiago Mir Puig, el dolo *completo* exige la <<conciencia de la antijuridicidad>> pero conviene distinguir **tres grados o niveles de dolo**: el dolo típico, el dolo referido al hecho típico sin los presupuestos típicos de una causa de justificación, y el dolo completo, que además supone el conocimiento de la antijuridicidad (*dolus malus*). *Al estudiar el tipo doloso importa únicamente el primer nivel de dolo típico,*

*que se corresponde al concepto de dolo natural usado por el finalismo.*²⁵⁷

El dolo ha de darse en el momento del hecho; y al dolo pertenece la representación del conjunto de las características del delito.

Luego, sin duda, no basta para el dolo que el autor posea los conocimientos, y no piense en ellos en el momento del hecho, sino que requiere la representación del conjunto de las características del delito.

El aspecto intelectual del dolo tiene, pues, que ser considerado de manera situacional y relacional, como la proyección de la conciencia del individuo en una relación dada, que es dinámica y que por ello mismo no puede tener siempre la misma intensidad, pero sí es siempre integradora e interaccionante.

Ahora bien, por eso mismo, tiene que considerarse una cantidad de procesos socio-psicológicos, que pueden ser relevantes para determinar la existencia de dolo en un caso

²⁵⁷ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, parte general*, séptima edición, Ed., Montevideo -

concreto; principalmente porque la sociedad moderna ha automatizado en el hombre una gran cantidad de actos, en los cuales el individuo responde frente a un modelo de acción, que por tanto si en el hecho no corresponde con la base presupuestada al actuar, difícilmente puede considerarse como integrante del aspecto intelectual del dolo (es decir, de ello pueden surgir múltiples casos de error relevante).

El aspecto volitivo del dolo. “Con el conocimiento de los elementos del tipo objetivo sólo se cumple con el primero de los elementos del dolo. Además del conocimiento, el dolo requiere que el autor haya *querido la realización del tipo*.”²⁵⁸

Para Welzel, el verbo “querer”²⁵⁹ es auxiliar, y necesita indefectiblemente de uno principal para tener sentido, y en el derecho penal se debe interpretar como querer “realizar” el tipo de un delito, y no sólo “querer tener” o “querer alcanzar”.²⁶⁰

Buenos Aires, 2005, p. 261.

258 Bacigalupo, Enrique, **Manual de Derecho Penal, parte general**, segunda reimpresión, Ed. Temis.S.A. Santa Fe de Bogotá - Colombia, p.112.

259 No debe de confundirse el elemento volitivo, conformado por el querer, con los deseos o móviles del sujeto *Cfr.* Muñoz Conde, Francisco, **Teoría general...**,p.62.

260 *Cfr.* Welzel, Hans, **Derecho penal alemán**, trad. Carlos Fontán Palestra y Eduardo Friker, Buenos Aires, Roque Desalma, 1956, p. 79.

Enrique Díaz Aranda, señala que el dolo tiene tres rasgos, a saber: “un factor de orientación hasta lo inminentemente; un factor que se refiere a lo que se quiere hacer, y un objetivo que tiene ese querer”²⁶¹

5.3.3.2. Clasificación del dolo

El dolo, al recaer sobre las características objetivas de la tipicidad, no sólo abarca entonces las puramente descriptivas, sino también las normativas.

Diferente es, en cambio, la relación del dolo con los llamados elementos normativos, pues éstos no pueden ser aprehendidos sensorialmente conforme a un concepto común.

Para encontrarlos siempre es necesario recurrir a denominadores conceptuales específicos de carácter cultural, social o jurídico. En definitiva estos elementos introducen una imprecisión en el tipo, que en definitiva llevan a que sea el juez el que cierre el tipo, esto es, le dé determinación, con lo cual el ciudadano queda en cierto modo a merced del juez.

²⁶¹ Díaz Aranda, Enrique, *Derecho Penal, parte general (conceptos, principios y fundamentos del derecho Penal Mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social)*, segunda edición, Ed. Porrúa y UNAM, México 2004, p.267.

Existe una cierta inclinación al principio de legalidad por los elementos normativos en sentido amplio, de ahí que resulte recomendable la utilización al mínimo de estas expresiones de carácter social, político, cultural o moral; se debe procurar su supresión dentro de los tipos legales, para que puedan quedar determinados.

Un análisis separado requiere la consideración de los elementos normativos en estricto sentido, es decir, aquellos que implican una determinada valoración jurídica, pues exige de una especificación conceptual jurídica (verbigracia, funcionario electoral, voto, boleta electoral, etcétera).

En general, se puede decir que en la actualidad son pocos los elementos puramente descriptivos, pues de una u otra manera casi todas las expresiones que utiliza el código tienen una determinada connotación jurídica.

Hay diferentes clasificaciones del dolo, por eso conviene distinguir entre "a) la común y b) otras clasificaciones."²⁶²

a) Clasificación común, "consideración especial del dolo eventual. Conforme a ella se distingue entre dolo directo,

o dolo de primer grado; dolo de consecuencias necesarias, o de segundo grado y el dolo eventual.

a') Dolo directo. Existe éste cuando se quiere la conducta o el resultado. Es decir "el dolo se caracteriza en querer el resultado, si el delito es material y en querer la conducta, si el delito es formal" en el delito materia de estudio se quiere la conducta.

a") Dolo de consecuencias necesarias. Dice Bustos Ramírez que es "aquel en que se produce un hecho típico indisolublemente ligado a la realización perseguida, y que por eso mismo es querido y conocido."²⁶³

Jiménez de Asúa opina al respecto: "el dolo de consecuencias necesarias no es un dolo eventual, ya que la producción de los efectos no es aleatoria sino irremediable."²⁶⁴

Por tanto, debemos entender por dolo de consecuencia necesaria, cuando queriendo el resultado, se prevé como seguro, como cierto, otro resultado derivado de la misma finalidad de la conducta.

262 Bustos Ramírez, Juan, *Obras Completas*, t I, *Derecho Penal, parte general*, ed. Ara, Perú, 2005, p. 829.

263 *Cfr.* Bustos Ramírez, Juan, *op. cit.*, pp. 830 - 832.

Puede no coincidir el resultado concreto y la voluntad inicial y no obstante ello el delito se reprocha como doloso.

a²⁶⁴) Dolo eventual.- Hay autores como Maurach que consideran la expresión "dolo eventual" equívoca; por su parte Maggiore dice: "Sólo una categoría puede decirse que no es inútil ni estorbosa: la del dolo llamado eventual, cuya función es señalar los límites entre el dolo y la culpa consciente."²⁶⁵

En el dolo eventual hay una representación del resultado, pero no hay voluntariedad del mismo, porque no se quiere el resultado, sino que se acepta en caso de producirse.

Al caso cobran aplicación los criterios sustentados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que a continuación transcribimos:

Criterio de la otrora Primera Sala de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volumen 217-228, Parte Segunda, consultable en la página 22, bajo el rubro y texto siguiente:

"RUBRO: DOLO EVENTUAL EN LA PARTICIPACION DELICTIVA, CONCURRENCIA DEL.- Si de autos se desprende que el quejoso aceptó

264 Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, Ed. Herpes, México, 1986, p. 366.

265 Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal*, primera edición, Ed. Temis, Bogotá, 1989, p. 585.

acompañar al autor material del homicidio, para cometer el ilícito de robo en una mueblería; y tan es así, que llegó al lugar de los hechos y procedió a registrar al ahora occiso, sin realizar conducta alguna de la cual pudiera inferirse que trató de evitar la comisión del homicidio que se originó como consecuencia de los medios empleados para cometer el robo aludido, resulta evidente la concurrencia, en aquel delito, del dolo eventual, el cual surge cuando, en la representación del autor, se da como posible un determinado resultado, a pesar de lo cual no se renuncia a la ejecución de la conducta, aceptando las consecuencias de ésta, es decir, que aun cuando el inculpado no dirigió precisamente su conducta hacia el resultado obtenido, lo representó como posible o contingente, y aun cuando no lo quiso directamente, por no constituir el fin de su acción, sin embargo lo aceptó, ratificándose en el mismo, al persistir, al igual que el autor material, en su propósito de delinquir, pues como ya se indicó, se introdujo al domicilio de los ofendidos procediendo a registrar al ahora occiso, sin haberse opuesto al empleo de las armas, ni haber realizado algo de su parte para impedir el homicidio que su acompañante y coacusado ejecutó materialmente.”²⁶⁶

Así como el criterio de la mencionada sala, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volumen 193-198, Parte Segunda, consultable en la página 21, bajo el rubro y texto siguiente:

“DOLO EVENTUAL.- Si el activo disparó su arma con la voluntad dirigida precisamente a realizar una acción antijurídica, al hacerlo sobre una casa con el pleno conocimiento de que se encontraba habitada, es inobjetable que si se produjo un homicidio, se realizó ante la presencia del dolo eventual. Si la más

segura consecuencia era la de lesionar o matar a alguien que se encontrara en la casa, ese resultado lo representó el activo por ser efecto normal o de alta probabilidad de realización, y ante tal situación debió abstenerse de ejecutar la acción, pero si por el contrario, ratificó su voluntad de disparar, asumiendo indiferencia respecto del resultado letal finalmente producido, el homicidio imputado a título de dolo no le viola garantía alguna que deba ser reparada en el juicio constitucional.”²⁶⁷

La misma sala, sostuvo en el criterio, publicado en el Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen XXI, consultable en la página 38, bajo el rubro y texto siguiente:

“DOLO EVENTUAL. PARTICIPACION. - Si en una de las juntas preparatorias del asalto, uno de los agentes propuso que si encontraban resistencia él estaba dispuesto a pegarles y a matar a los ofendidos, el reo estaba por tanto enterado, ya que era de los asistentes a las juntas, de que en los planes no se descartaba la posibilidad de atacar en su integridad física a dichos ofendidos si se presentaba la ocasión; por tanto, resulta correcta la cita hecha por el Tribunal responsable cuando habla de dolo eventual sobre el particular.”²⁶⁸

En cuanto a su extensión el dolo puede ser:

A) Determinado.- Este tipo de dolo forma la intención directa. Maggiore expone: "Se tiene dolo determinado cuando

²⁶⁷ IUS 2005...

²⁶⁸ IUS 2005, junio 1917 - junio 2005, Jurisprudencia y Tesis Aisladas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación, DVD.

la intención exclusiva e inequívoca se dirige hacia el delito cometido."²⁶⁹

B) Indeterminado.- Para el mencionado autor, dolo indeterminado "se llama aquel en que la intención no se dirige a un resultado único y exclusivo, sino indiferentemente a varios resultados, más o menos graves."²⁷⁰

El dolo indeterminado se ubica en la intención indirecta positiva, o intención alternativa, a diferencia del determinado que se forma en la intención alternativa, a diferencia del determinado que se forma en la intención directa.

Jiménez de Asúa señala: "Hay dolo indeterminado cuando el sujeto se representa –teoría de la representación– y quiere –teoría de la voluntad– la producción de un resultado; de ese querer doloso del resultado, y sólo de él, surge otro mayor."²⁷¹

269 *Ibid*, p. 587.

270 *Idem*.

271 Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, p. 387.

En cuanto a su nacimiento, el dolo se clasifica en:

A) Inicial o precedente.- Es aquel que ya existe antes de la consumación del delito, precede al inicio del *iter crimini*²⁷²

Maggiore nos dice: "El agente es responsable, sea que llegue con igual estado de ánimo a la consumación, sea que ésta se realice después de haber él mudado de propósito."²⁷²

B) Subsiguiente.- Cuello Calón dice: "El dolo es subsiguiente cuando habiendo comenzado el agente la ejecución de un hecho no constitutivo del delito sobreviene la voluntad antijurídica de realizar un hecho delictuoso."²⁷³

Por su intensidad puede ser:

A) Genérico.- El dolo es genérico al encauzar la voluntad a producir un resultado jurídicamente prohibido.

B) Específico.- Para Carrancá y Trujillo, dolo específico "es la intencionalidad predicada por una voluntad dañada especial; la ley debe conseguirlo en cada caso, y no

²⁷² Maggiore, Giuseppe, *op cit.*, p. 368.

se presume sino que debe probarse correspondiendo su prueba al Ministerio Público." ²⁷⁴

Algunos autores clasifican al dolo específico en único o alternativo.

Maggiore dice que es específico "cuando la voluntad tiende a conseguir un fin especial, requerido por la ley para distinguir de otro un título del delito." ²⁷⁵

Por su parte los Tribunales Colegiados de Circuito, han establecidos los siguientes criterios, publicados en el Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo VII, Mayo y Tomo VII – Enero, visibles a páginas 205 y 237, bajo los rubros y textos siguientes:

“FUNCIONARIOS PUBLICOS, DELITO CONTRA. PARA SU INTEGRACION SE REQUIERE DEL DOLO GENERICO Y DEL ESPECIFICO.- TEXTO: El delito contra funcionarios públicos, no constituye una calificativa del delito ni tampoco una agravante, sino que es un ilícito especial que se forma por la unión de dos delitos, cuyo objeto jurídico es tutelar la libertad del agente o funcionario, por lo tanto, requiere para su configuración además del dolo genérico, del específico, es decir, de la conciencia del sujeto de que el delito elegido es el idóneo para lesionar el bien jurídico

273 *Ibid*, p.591.

274 Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho Penal Mexicano*, parte general, octava edición, Ed. Porrúa, México, 1967, p. 241.

275 Maggiore, Giuseppe, *op cit.*, p. 585.

tutelado, por lo que si el quejoso ignoraba que las personas que penetraron a su domicilio fuesen elementos de la policía, ya que éstos no se identificaron, es claro que no existe dolo, esto es, la voluntad consciente de dañar el bien jurídico protegido por la ley, de ahí que al no haber dolo, no puede integrarse el elemento de culpabilidad del delito.”

DOLO, PRESUNCION DEL. (LEGISLACION DEL ESTADO DE MEXICO).- Siempre que se pruebe al acusado la violación a una ley penal, se presumirá el dolo, en términos del artículo 70, párrafo primero, del Código Penal vigente en la entidad, salvo cuando se averigüe lo contrario o la ley no lo presuma para configurarlo y corresponde al procesado acreditar su conducta carente de intencionalidad.²⁷⁶

Dependiendo de su duración el dolo se clasifica en:

A) Dolo del ímpetu.- "Hay dolo de ímpetu cuando la acción sigue inmediatamente a la intención (o sin intervalo o sin intervalo notable), sea que uno obra por reacción imprevista o por impulso instantáneo de pasión ciega. Esta circunstancia no modifica hoy la cualidad, sino la cantidad de dolo, y vale como atenuante cuando se trata de reacción en estado de ira determinado por un hecho ajeno injusto. En cambio, no tiene efecto cuando se trata de estados emotivos o pasionales que no excluyen ni disminuyen la imputabilidad."²⁷⁷

276 Ambas tesis se localizan en el IUS 2005, junio 1917 - junio 2005, *Jurisprudencia y Tesis Aisladas*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación, DVD.

277 *Ibid*, p. 593.

El dolo de ímpetu es siempre indeterminado.

B) Dolo simple.- López Betancourt dice: “Es cuando el sujeto activo del delito lleva la idea de realizar la conducta ilícita, prepara todos los medios necesarios para la realización del hecho antijurídico y para la obtención del resultado esperado. El dolo, como la consciencia en general, nunca se presume, siempre debe de probarse.”²⁷⁸ La teoría de la presunción es un prejuicio antiguo, que en la actualidad ya no se acepta en ninguna legislación incluyendo la nuestra, en consecuencia es un vestigio del materialismo jurídico: *dolus inest in re ipsa*, es decir, el dolo está dentro del mismo hecho.

C) Dolo de propósito (o premeditación).- Carrara considera que los dos elementos que conforman la premeditación son la perseverancia y la frialdad. Figura que por cierto ha desaparecido de nuestra legislación penal, con la reforma de febrero de 1994.

²⁷⁸ *Ibid*, p. 219.

Maggiore cree que la "esencia del dolo premeditado, consiste en el propósito deliberado y persistente de cometer un delito, acompañado de la preordenación de los medios."²⁷⁹

Si el deseo de delinquir se crea pausada, introspectiva e intencionadamente, forma entonces el dolo premeditado.

Los delitos del Título Vigésimo Cuarto del Código Penal Federal, incluyendo el tipo penal a estudio, únicamente pueden cometerse de manera dolosa, atendiendo a su naturaleza y particularmente, a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 60 del propio Código Penal.

5.3.4. Teorías que explican la culpabilidad

Según Verónica Roman , son las siguientes:

1. Teoría extrema de la culpabilidad
- 2.- Teoría limitada de la culpabilidad

279 *Ibid*, p. 594.

5.3.4.1. Teoría extrema de la culpabilidad

La presente teoría se formó con las consecuencias de la teoría de la acción finalista.

Esta teoría contraria a la extrema teoría del dolo, trata al conocimiento del injusto, no como elemento del dolo, sino exclusivamente, como parte subjetiva, al tipo, y como factor rector, a la acción.

Es decir, en la teoría de la acción finalista, la voluntad está representada como el elemento que gobierna toda acción humana. Por tanto en los delitos dolosos, la voluntad se transforma en dolo; y por ello forma parte integrante de la acción, y en consecuencia es un elemento subjetivo del tipo de delito.

De ahí que siempre sea un dolo natural.²⁸⁰

En esa tesitura, no puede ser calificado como un elemento valorativo (potencial conocimiento del injusto) o con representaciones psicológicas, tales como el actual conocimiento del injusto, propias tal sólo del dolo “normativo”, en el sentido de un dolo malo: el dolo se agota en el querer

del tipo objetivo. El conocimiento del injusto es pues presupuesto (o elemento) de la culpabilidad, y representa un simple juicio sobre la posibilidad que el autor concreto tenía, en el caso real, de conocer la ilicitud de su hacer; actúa culpablemente el sujeto imputable que ha actuado dolosamente, en tanto haya tenido una tal posibilidad.

5.3.4.1.2. Consecuencias de la teoría extrema de la culpabilidad

Las consecuencias de tal concepción, según Verónica Román son claras: "dicho dolo natural no encierra el conocimiento del carácter ilícito del delito. Y si la consciencia de la ilicitud del hecho es elemento de la culpabilidad, aquella debe compartir la suerte de este término genérico.

Culpabilidad no es un hecho psicológico, sino un puro juicio de apreciación. Regla ésta que resulta válida también para la consciencia de la ilicitud. Por eso, no se exige un conocimiento de la ilicitud actual y real, sino que se contenta con una consciencia potencial, con la simple posibilidad de darse cuenta del carácter ilícito de la acción delictuosa.

Entonces, el autor que ha configurado el tipo objetivo del delito, con dolo y que tuvo la posibilidad de darse cuenta del carácter ilícito de su acción, debe castigarse por la perpetración de un delito doloso.

La teoría tiene la gran ventaja de evitar las fallas inevitables de la teoría del dolo, al contrario de la cual no registra espacios vacíos en el Derecho, ni brechas en el sistema de los hechos punibles.

El autor que configure el tipo de un delito, cuando lo hace con voluntad y conocimiento de los elementos objetivos del mismo; actúa con dolo, sin que interese que le haya faltado el conocimiento del carácter ilícito de su hecho, esto último carece de influjo sobre la existencia del dolo."²⁸¹

Dentro de esta teoría, el error de prohibición produce unos efectos claramente distintos al error de tipo. El último, a diferencia del primero, destruye siempre la imagen rectora del hecho doloso, sin atender a la evitabilidad o inevitabilidad de la falsa representación. Por el contrario, el error de prohibición no puede excluir nunca el dolo, pero puede perfectamente, en determinadas circunstancias, desplazar la culpabilidad. Siempre que conforme a la situación del caso concreto y del autor sea inevitable, excluirá la culpabilidad y conducirá a la absolución; por el contrario, cuando sea evitable subsistirá la responsabilidad del autor pro el hacer doloso, pudiendo serle atenuada la pena.²⁸²

5.3.4.1.3. Críticas a la teoría extrema de la culpabilidad

Para Maurach esta teoría exagera su severidad, pues acrimina de manera injusta al autor que actúo sin consciencia de la ilicitud de su hecho.

²⁸¹ *Idem.*

²⁸² Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, *op. cit.*, p. 140.

La teoría de la culpabilidad, asevera Roxin,²⁸³ pierde poder de convicción y la teoría del dolo gana plausibilidad en la misma medida en que la dañosidad social de una conducta ya no sea deducible sin más del conocimiento de las circunstancias determinantes del injusto jurídico-penal. En el Derecho Penal especial o accesorio, existe una gran diversidad de disposiciones penales que es difícil tenerlas siempre en la mente, a menudo sólo del conocimiento del precepto se puede obtener el impulso para la omisión de la acción prohibida, de modo que, cuando falta el conocimiento de la prohibición, se actúa con culpabilidad sustancialmente disminuida.

Verónica Román asegura que: “No obstante, una absolución general en caso de falta de conocimiento de norma, como postula —cuando no se castiga la comisión imprudente— la teoría del dolo, no sería tampoco la solución político-criminalmente correcta en tales tipos, porque una interpretación así paralizaría los esfuerzos pro conocer el Derecho y derogaría en la práctica normas que nadie conoce. Será preferible tener en cuenta desde la perspectiva de la teoría de la culpabilidad de menor necesidad de pena y, según la situación del caso, no pocas veces incluso la falta

283 Derecho Penal, *op. cit.*, p. 865

total de necesidad de penal del sujeto que actúa en error de prohibición en estos ámbitos.²⁸⁴

5.3.4.2. Teoría limitada de la culpabilidad

La teoría de la culpabilidad limitada, en la teoría finalista de la acción alcanzó el carácter de opinión dominante en la postguerra, parte de la idea de que la consciencia de la antijuridicidad no sería presupuesto del dolo y tampoco necesariamente de la plena culpabilidad.

5.3.4.2.1. Consecuencias de la teoría limitada de la culpabilidad

Reconocerla como la teoría dominante, sin embargo, no significa que la teoría sea justa, pues se caracteriza por todos los defectos inherentes al compromiso. El propio nombre de ella expresa ya la idea de que la teoría de la culpabilidad limitada no se opone a la de la culpabilidad extrema. En esencia es una teoría de la culpabilidad, pues acepta el postulado de ser el dolo un elemento de la parte subjetiva del tipo y deduce que, en consecuencia, la consciencia de la ilicitud del hecho pertenece, no al dolo, sino a la culpabilidad. Como resultado de ello, también es de

284 *Idem.*

destacarse que la falta de consciencia de ilicitud del hecho realizado no afecta la existencia del dolo, y el autor que actúa dolosamente debe castigarse como reo de delito doloso, con tal que se demuestre solamente que se encontraba en condiciones de darse cuenta del carácter ilícito de su acción.

También aquí se distingue entre error de tipo, destructor de la tipicidad y error de prohibición.²⁸⁵ Pero dentro de este último se introduce una subdistinción. Cuando el error de prohibición estriba en el desconocimiento de una general norma prohibitiva —deberán aplicarse los principios expuestos párrafos arriba en la teoría extrema de la culpabilidad— si el error es inevitable quedará suprimida la culpabilidad; si evitable, subsistirán dolo y culpabilidad (atenuada) y, deberá mitigarse la pena.

Presentada además una excepción importante, relativa al caso en que el autor supone erróneamente que a su favor existe una causa de justificación, por ejemplo: la legítima defensa o el consentimiento del ofendido. Al paso que la teoría de la culpabilidad extrema afirma la existencia

285 La diferencia decisiva de las doce clases de errores (tipo-prohibición) no se refiere —como advierte Welzel— al antagonismo heho-concepto jurídico, sino a la diferencia: tipo-antijuridicidad. Quien sustrae a otro una cosa, que él erróneamente toma por propia, se encuentra en error de tipo; él no sabe que sustrae una cosa ajena. Pero quien cree tener derecho a sustraer una cosa ajena (ejemplos como acreedor frente al deudor insolvente), se encuentra en error sobre la antijuridicidad de su hacer. Welzel, Hans, *Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 177 178

del dolo aún en estos casos, y absuelve si el error sobre la causa de justificación era inevitable, la teoría limitada hace distinciones así:²⁸⁶

Si el sujeto activo supone por error la existencia de una norma de Derecho que, en caso de existir tuviera virtud suficiente para justificar su acción, la teoría limitada concuerda con la teoría extrema, pues afirma la existencia del dolo, pero también se pronuncia pro la absolución en caso de que el error fuera inevitable. La diferencia entre las dos teorías nace cuando surge el caso, de que el sujeto activo se ha representado, por error, una situación de hecho que justificaría su acción si hubiese existido realmente, y no tan solo en la imaginación del delincuente. En tal caso, de acuerdo con la teoría limitada, se elimina el dolo sin que existan las dos previsiones a que hemos hecho mención cuando hablamos del dolo: por una parte, el error era evitable, y por otra, la punibilidad del delito cometido por culpa está consagrado nuestro Código Penal Federal. Vemos de nuevo que en consecuencia, en buena parte de la práctica judicial existe acuerdo entre la teoría del dolo y la de culpabilidad limitada.²⁸⁷

286 Maurach, Reinhart, Tres Conferencias el concepto final de acción y sus efectos sobre la teoría de la estructura del delito ..., *op. cit.*, pp. 363-365

287 Acosta Stratenwerth que desde el punto de vista de la teoría de la culpabilidad es preciso determinar no solamente los presupuestos de la evitabilidad del error de prohibición, sino también la intensidad del cuidado que es necesario poner a este respecto la praxis ha fijado

5.3.4.2.2. Críticas a la teoría limitada de la culpabilidad

“Esta teoría y sus consecuencias dan lugar a una crítica, pues en efecto, los resultados de ella dejan que desear. Hay infinidad de casos en que es imposible hacer distinción entre un error sobre la existencia de una norma y el error sobre una situación.

La antigua diferenciación entre error *iuris* y error *facti* ha demostrado más de una vez su insuficiencia, y ocasiona resultados injustos. Consideramos, por ejemplo, el caso de la legítima defensa, constitutiva de causa de justificación en todos los sistemas penales, es sabido, de otra parte, que la defensa legítima supone una agresión presente e ilícita. Entonces si alguien lesiona a otro, encontrándose en estado de defensa putativa, es preciso hacer la distinción; el error sobre la actualidad de la agresión es error sobre la situación, es error *facti*, que descarta el dolo; en tanto que el error sobre la ilicitud de la agresión constituye error sobre la norma; y en dicho caso subsiste el dolo. Necesario es confesar que semejante resultado es absurdo.”²⁸⁸

exigencias demasiado altas; el autor “tiene que emplear todas sus fuerzas espirituales de conocimiento y todas sus representaciones morales valorativas para formarse un juicio sobre la juridicidad o antijuridicidad de un comportamiento determinado”. De esta manera, se requiere un esfuerzo mayor al que se exige desde el punto de vista de la responsabilidad culposa para evitar el peligro o la lesión de bienes jurídico. Derecho Penal, *op. cit.*, p. 187.

5.4. La culpa

La culpa es la segunda forma de la culpabilidad, con base en el psicoligismo.

Cuello Calón señala: "Existe culpa cuando obrando sin intención y sin la diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la ley."²⁸⁹

Para Mezger, "Actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado."²⁹⁰

Por su parte Pavón Vasconcelos define la culpa como: "aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntaria, y evitable si se hubieran observado los deberes impuesto por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres."²⁹¹

288 Román Quiroz, Verónica, *op.cit.*, p.204 205.

289 Cuello Calón, Eugenio, *op cit.*, p. 466.

290 Mezger, Edmundo, *Tratado de Derecho Penal*, t II., segunda edición, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1949, p. 171.

Para la existencia de la culpa es necesario comprobar:

- a) La ausencia de la intención delictiva.
- b) La presencia de un daño igual al que pudiera resultar de un delito intencional.
- c) La realización de causalidad entre el daño resultante y la actividad realizada.
- d) Que el daño sea producto de una omisión de voluntad, necesaria, para preservar de un deber de cuidado indispensable para evitar un mal. Esta omisión de la voluntad exige que el hecho sea previsible y prevenible.”²⁹²

De igual forma la extinta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha dado un concepto de culpa, publicado en el Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volumen 37, Parte Segunda, visible en la página 17, bajo el rubro y texto siguiente:

“CULPA, CONCEPTO DE.- La culpa, como elemento psicológico, está investida de una fase subjetiva, sobre la que se relaciona el juicio de que alguien ha actuado culpablemente, cuando dicha fase interna o subjetiva de la conducta desplegada por el agente es reprochada debido al acto perpetrado.”²⁹³

291 Pavón Vasconcelos, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, segunda edición, Ed. Porrúa, S.A., México 1967, p. 371.

292 *Anales de Jurisprudencia*, XIII, p. 605.

293 IUS 2005, junio 1917 - junio 2005, *Jurisprudencia y Tesis Aisladas*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación, DVD.

5.4.1. Clases de culpa

La culpa se clasifica en consciente, también llamada con representación o previsión; e inconsciente, denominada sin representación o sin previsión. Esto por lo que hace al grado de conocimiento. Y en cuanto al grado de indiferencia, se distingue la culpa leve y la culpa grave.

Al respecto la otrora primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el criterio publicado en el Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen CXX, consultable en la página 24, ha sostenido lo siguiente:

“CULPA, MODALIDADES DE LA.- La culpabilidad, como elemento esencial del delito, puede presentarse bajo dos especies, que son el dolo y la culpa, y ésta a su vez se subdivide en culpa consciente con representación o culpa inconsciente sin representación; la primera consiste en que el sujeto activo ha considerado como posible la producción del resultado, pero ha confiado en que no se producirá; y la segunda se presenta cuando el sujeto activo no ha previsto el resultado que hubiera podido prever, aplicando el cuidado que su deber le imponía.”²⁹⁴

Asimismo, los Tribunales Colegiados de Circuito, han plasmado su criterio, el cual fue publicado en el Semanario

294 IUS 2005, junio 1917 - junio 2005, Jurisprudencia y Tesis Aisladas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación, DVD.

Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo IX Marzo, página 169, bajo el tenor literal siguiente:

“CULPA, DISTINTAS CLASES DE, LA LEGISLACION PENAL VERACRUZANA NO SEÑALA SANCIONES DIVERSAS PARA LAS.- Al punir el artículo 66 del Código Penal del Estado, los delitos culposos no hace distinción alguna respecto de que las sanciones que ahí se señalan se aumenten o disminuyan, o tengan diversa penalidad según se trate de alguna de las clases de culpa que prevé el diverso 16 del mismo ordenamiento legal, sino se refiere en términos generales a los delitos culposos, cuya definición realiza este último numeral, debiéndose destacar que la culpa prevista en este precepto legal, con o sin representación, tiene como condición esencial que el infractor con su conducta haya violado un deber de cuidado, elemento actual y destacado según la exposición de motivos del citado Código Penal.”²⁹⁵

Por su parte Cuello Calón dice: "la culpa es consciente cuando el agente se representa como posible, que de su acto se originen consecuencias perjudiciales, pero no las toma en cuenta confiando en que no se producirá."²⁹⁶

Pavón Vasconcelos sostiene que hay culpa consciente cuando el sujeto "ha representado la posibilidad de causación de las consecuencias dañosas, a virtud de su

295 IUS 2005, junio 1917 - junio 2005, Jurisprudencia y Tesis Aisladas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación, DVD.

296 Cuello Calón, Eugenio, *op cit.*, p. 470.

acción o de su omisión, pero ha tenido la esperanza de que las mismas no sobrevengan."²⁹⁷

La culpa con representación existe, cuando se prevé el resultado como posible y se tiene la esperanza de que no se producirá.

Jiménez de Asúa al referirse a la culpa sin representación dice: "Ignorancia de las circunstancias del hecho a pesar de la posibilidad de prevención del resultado (saber y poder). Esta ignorancia descansa en la lesión de un deber concreto, que el autor hubiera debido atender, porque su cumplimiento podía serle exigible en su calidad de miembro de la comunidad. La conducta causante del resultado también puede revestir las formas de hacer u omitir, pero también puede descansar en una mera inconsecuencia de la voluntad (olvido)."²⁹⁸

Al respecto la otrora Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen LVII, en la página 18, sostuvo lo siguiente:

²⁹⁷ Pavón Vasconcelos, Francisco, *op cit.*, p. 372.

“CULPA CON REPRESENTACION, EXISTENCIA DE LA.- Si el conjunto de constancias procesales valoradas demuestra que el quejoso pudo prever y evitar el riesgo que implicaba el sacar su pistola y dispararla cuando había personas presentes y una de ellas, el ofendido, al producirse el primer disparo le indicó que tuviera cuidado y haciendo caso omiso de dicha advertencia siguió disparando al viento, pero dado el estado de ebriedad en que se encontraba lo hizo en dirección a donde se encontraba quien resultó lesionado y a consecuencia de ello falleció, esto obliga a concluir que el homicidio se causó mediante culpa con representación del resultado y por lo tanto no opera la excluyente de responsabilidad relativa al caso fortuito que hace valer el quejoso, ya que el herido no participó en los sucesos en los que resultó lesionado y ellos se debieron a la imprudencia, falta de cuidado y precaución del acusado en el manejo de su arma. Si el quejoso confiesa haber sacado y disparado el arma que portaba, cuando se encontraba en estado de ebriedad, su proceder revela falta de precaución y de cuidado, ya que al hacerlo, lesionó con sus disparos al ofendido, siendo por lo tanto, culpable del delito de homicidio por imprudencia y la sentencia que así lo declara no es violatoria de garantías.”²⁹⁹

De igual forma, la mencionada Primera Sala, ha sostenido en el Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen LII, consultable- en la página 14, ha sostenido lo siguiente:

“CULPA PREVISIBLE.- El resultado era de naturaleza fácilmente previsible, por estar al alcance del común de la gente que el hecho de que maniobrar con un arma de fuego, sin tener la pericia necesaria en

298 Jiménez de Asúa, Luis, *op cit.*, p. 378.

299 IUS 2005, junio 1917 - junio 2005, Jurisprudencia y Tesis Aisladas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación, DVD.

su manejo, puede originar un disparo y lesionar a cualquier persona presente.”³⁰⁰

Así como la que publicó la mencionada Sala, en el Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXXX, consultable en la página 313, bajo el rubro y texto siguiente:

“CULPA CONSCIENTE.- Existe culpa consciente cuando el agente se apercibe del obstáculo que puede determinar una colisión, un alcance o un vuelco, pero confía en que éste no se producirá.”³⁰¹

Así como el criterio que sostuvo la aludida Primera Sala, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXXIX, consultable en la página 367, bajo el rubro y texto siguiente:

“CULPA CONSCIENTE.- Si el acusado tuvo conciencia del daño que podía causar, pero abrigó la esperanza de que éste no se realizara y causó el daño, ello caracteriza lo que el derecho penal define como culpa consciente; esto es, cuando el quejoso causa un daño igual que un delito intencional, no obstante que pudo evitarlo tomando las precauciones que su deber le imponía.”³⁰²

300 IUS 2005, junio 1917 - junio 2005, *Jurisprudencia y Tesis Aisladas*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación, DVD.

301 IUS 2005, junio 1917 - junio 2005, *Jurisprudencia y Tesis Aisladas*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación, DVD.

³⁰² IUS 2005 ...

La culpa sin representación existe cuando no se previó el resultado por descuido y se tenía la obligación de preverlo por ser de naturaleza previsible y evitable.

Al respecto Cuello Calón nos dice que la culpa en cuanto a su intensidad puede dividirse en tres grados:

"1) **Culpa lata**.- Cuando el evento dañoso hubiera podido preverse por todos los hombres.

2) **Culpa levis**.- Cuando su previsión sólo fuere dable a los hombres diligentes.

3) **Culpa levísima**.- Cuando el resultado hubiera podido preverse únicamente mediante el empleo de una diligencia extraordinaria y no común."³⁰³

Mezger difiere de lo anterior al decir: "La ley no conoce, en general, grados de la culpa. En especial, la distinción entre culpa consciente e inconsciente sólo representa una aclaración conceptual, pero no una gradación de la culpa con arreglo a su valoración jurídico-penal; en el caso concreto, puede suponer la culpa consciente un reproche de menor cuantía que la culpa inconsciente."³⁰⁴

303 Cuello Calón, Eugenio, *op cit.*, p. 397.

5.5. Elementos subjetivos específico distintas al dolo

Como se afirmó, la mayoría de los tipos penales se satisfacen con el dolo y no requieren de algún otro elemento subjetivo específico. Por lo que, en esos casos, constatada la exigencia del dolo –en sus aspectos cognoscitivo y volitivo– se afirmará la tipicidad de la conducta.

En cambio los tipos, en los que, además del dolo, se requiera de un específico elemento objetivo en el sujeto, como un ánimo especial, propósito, deseo, intención, habrá después de afirmar la existencia del dolo, que constatar ese especial elemento subjetivo para poder afirmar la tipicidad de la conducta.

La presencia de ese específico elemento subjetivo en el sujeto refuerza la idea de que el delito de que se trata es eminentemente doloso.

Con relación a los delitos electorales, éstos en principio no requieren de un elemento subjetivo específico diferente al dolo. Sin embargo, hay ciertos tipos en que se hace mención expresa a un elemento subjetivo, que algunas veces sólo implica una reafirmación del dolo, ya sea porque

utiliza la misma voz o por tratarse de un componente de éste como cuando dice: "**a sabiendas**" o "conociendo", que por alguna razón el legislador consideró conveniente hacer expreso señalamiento de él, no obstante ser innecesario.

La imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente.

Es la capacidad de obrar en Derecho Penal, es decir, de realizar actos referidos al Derecho Penal que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción.

Será imputable, según Carrancá y Trujillo, todo aquél que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana.³⁰⁵

La imputabilidad es, pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.

305 Derecho Penal Mexicano, cuarta edición, t. I, México, 1955, p. 222.

Comúnmente se afirma que la imputabilidad está determinada por un mínimo físico representado.

5.6. Causas de inculpabilidad

5.6.1. Generalidades

La palabra inculpabilidad denota siempre lo opuesto a la culpabilidad, esto es, que el sujeto “no es culpable”, que es inculpable, que no tiene culpa. El problema para conceptualizar correctamente a la inculpabilidad, es el mismo que aparece en la culpabilidad; no podemos emitir un concepto válido de la culpabilidad sin toparnos con otros igualmente valederos.

En esa tesitura, si el dolo y la culpa forman a la culpabilidad, la única manera de destruir al dolo y la culpa es al tenor de una “excluyente de la culpabilidad”, o mejor dicho, de una causa de inculpabilidad. Bajo la teoría clásica, las causas de inculpabilidad, a su vez, son: el error y la coacción.

La teoría “normativa” o “normativista” de la culpabilidad, que niega que la culpabilidad sea una relación psicológica entre el autor y el hecho (como lo afirma la teoría clásica); por su parte, sostiene que la culpabilidad es: “un

juicio de reproche que la misma ley hace al autor de un hecho típico y antijurídico” fundando este juicio de reproche, ya no en un presupuesto (imputabilidad) ni en dos formas de culpabilidad (el dolo y la culpa) como lo hacen los clásicos, sino que la imputabilidad, el dolo y la culpa son sus verdaderos elementos, al lado también de otro. “ausencia de alguna causa especial de exclusión de culpabilidad”, que también pueden ser “el error” o “la coacción”.

Por su parte, la teoría finalista sostiene que el dolo y la culpa no son elementos de la culpabilidad, como lo indican las teorías clásica y normativista, respectivamente, sino más que nada, el dolo y la culpa son “elementos del tipo”, por tanto, para éstos hay “actos típicos y antijurídicos dolosos” y “actos típicos y antijurídicos culposos”, fundamentando la inculpabilidad en “un reproche que se le hace directamente al autor del hecho típico y antijurídico (doloso o culposo), si le era posible actuar de manera diferente a como lo hizo”. Bajo esta corriente de pensamiento, la culpabilidad se comprende de tres elementos: “la imputabilidad”, “el conocimiento de la antijuridicidad” y “la exigencia de comportarse (de acuerdo a las posibilidades del autor) de manera diferente a como se condujo”. Y como sucede en las otras teorías, en ésta también se excluya a la culpabilidad cuando alguno de estos

elementos no aparece, apareciendo en cambio la inculpabilidad.

El artículo 15, fracciones VII, VIII, IX y X del CPF, al respecto establece:

“ARTICULO 15.- El delito se excluye cuando: (...)

VII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este código;

VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o (este inciso es una causa de inculpabilidad)³⁰⁶

B) Respecto de la ilicitud 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.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código;

306 Lo que está en paréntesis es opinión de la Doctora Verónica y Román que comparte la suscrita.

IX.- Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; o
X.- El resultado típico se produce por caso fortuito.”³⁰⁷

Como se advierte de las fracciones transcritas, nuestro CPF mantiene una postura “ecléctica” frente a la inculpabilidad, en relación con las teorías clásica, psicologista, la normativista y la finalista, habida cuenta que si bien reconoce como causal de inculpabilidad la ausencia de dolo o culpa (error de tipo; fracción VIII, inciso a), que son formas de culpabilidad, según los clásicos, también reconoce como causal de inculpabilidad la falta de un juicio de reproche por no haber actuado el sujeto conforme a la norma jurídica (error de prohibición o causas putativas, fracción VIII, inciso b) como lo sostienen los normativistas, y también contempla nuestra ley como causal de inculpabilidad, la imposibilidad de exigir al sujeto haber actuado de manera distinta a como lo hizo (fracciones X y XI, que hablan de las circunstancias que rodean al hecho típico y al caso fortuito) como lo indican los finalistas. Es nuestra ley penal verdaderamente ecléctica, porque toma lo mejor de cada teoría y obliga al juez a

³⁰⁷ Compila XI, Legislación Federal y del Distrito Federal, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005.

declarar inculpable a todo aquel que, bajo cualesquiera de esta teorías, es considerado inculpable.

5.6.2. El error

La doctrina ha distinguido “el error” de “la ignorancia”. Cuando hay error, hay un porcentaje de saber acerca de la cosa, de la materia, de la ciencia, de que se trate, y hay un porcentaje de no saber acerca de ella. En cambio, en la ignorancia existe un total desconocimiento sobre ese asunto.

De igual manera, indicamos que cuando el error o la ignorancia es esencial o invencible, se dice que afecta en forma directa a la culpabilidad y, por ende, no puede haber “reprochabilidad” porque el sujeto no estaba en condiciones de adecuar su estado psicológico al hecho, de tal manera que pudiera exigírsele haber actuado en forma diferente a como lo hizo.

5.6.2.1. El error de tipo

Al error de tipo también se le conoce como “error de hecho” en la teoría causalista, el cual, a su vez, puede ser

esencial o inesencial. Este tipo de error se encuentra previsto en la fracción VIII, inciso a), del artículo 15 del CPF.

El error esencial de hecho, sólo puede excluir a la culpabilidad cuando es invencible, esto es, cuando a pesar de que el agente poniendo todo su esfuerzo humano para comprender el resultado ilícito del hecho, no logra hacerlo, atentas las circunstancias que rodean al agente y al mismo hecho.

Por su parte, la invencibilidad, estriba en la imposibilidad, desde el punto de vista humano, de superar el error de acuerdo a las circunstancias que rodean al mismo.

5.6.2.2. El error de prohibición

Totalmente diferente al error de tipo o de hecho, tenemos al “error de prohibición” o “error de derecho”, el cual más que nada es un estado de desconocimiento o de ignorancia, esto es, “de no saber”, mientras que aquél, como ya dijimos, representa un conocimiento equivocado.

En el error de prohibición, el sujeto no sabe que su actuar es antijurídico; no tiene ni idea de que su conducta puede realizar el tipo penal, ni siquiera sabe que existe una

ley que prohíbe comportarse de la manera en que lo hace, o por lo menos, desconoce el alcance de esa ley. Cuando el sujeto actúa en estas condiciones, se dice que lo hace "sin conciencia de licitud", por lo que su conducta carece de dolo, dicho error está previsto en el artículo 15, fracción VIII, incluso b).

El error de prohibición es considerado el reverso del actual conocimiento del injusto y complemento de la potencial conciencia de ésta.³⁰⁸

De la fijación del lugar sistemático del conocimiento del injusto, se derivan también consecuencias constructivas para su polo opuesto, el error de prohibición.

Esto es, concurre un error de prohibición cuando el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto del hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida.

El criterio rector de la delimitación del error de prohibición frente al error de tipo es que el error de prohibición sólo afecta la valoración jurídica global; el error sobre circunstancias particulares, se base en razones fácticas o

308 Maurach, Reinhart, *op. cit.*, pp. 147-149

jurídicas, es siempre un error de tipo. Hay que distinguir además el error de prohibición del error sobre los presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación.³⁰⁹

El legislador a través del proceso legislativo previó el error de prohibición invencible como causa de exclusión de la culpabilidad, por tanto si los tres sujetos que los casos de partida no pudieron vencer o evitar su error, entonces actúan de modo típico y antijurídico pero no culpable, y han de ser absueltos. Si el error como sucede en la mayoría de los casos, fue vencible, tampoco excluye la culpabilidad sino que conduce sólo a una atenuación facultativa de la pena, tal como se prevé en el art. 66 del CPF.

Una idea así concebida del error de prohibición como causa de exclusión o de atenuación de la culpabilidad no resulta en modo alguno fácil, sino que fue el resultado de una larga evolución, que hoy el día se discute.

En la doctrina se impuso por consiguiente la opinión de que un error de prohibición debe disculpar como mínimo

309 Es cierto que el error de tipo y el error sobre los presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación conducen también, de manera mediata a un error de prohibición, en cuanto que privan al sujeto de la "comprensión de que hace algo injusto". Y sus consecuencias jurídicas de los dos errores principalmente mencionados resultan más beneficiosos que el error de prohibición para el sujeto. Roxin, Claus, *op. cit.* p. 861

cuando es invencible y por tanto no reprochable. Quien no tenga la posibilidad de acceder al conocimiento de la norma no es normativamente asequible. Y actúa sin culpabilidad, y tampoco puede traer como consecuencia un castigo. Sin embargo, se sigue discutiendo cómo repercute un error de prohibición vencible en la culpabilidad.

La divisibilidad de la conciencia de la antijuridicidad es, por otra parte, la clave para resolver el problema del llamado doble error de prohibición: el sujeto no conoce la prohibición específica del tipo, pero considera prohibido por otra razón su hecho.

Formas de manifestación del error de prohibición. Todos los errores de prohibición son iguales en que el sujeto se equivoca sobre la prohibición específica del tipo. Pero las razones en que se basan los errores de prohibición pueden ser diversas y permiten hablar de formas específicas de su manifestación. Las más importantes de ellas, acorde con Roxin, son:³¹⁰

310 *Ideml.* pp. 881-883

5.6.2.2.1. El error sobre la existencia de una prohibición

Este es el caso clásico del error de prohibición, como el que se da cuando alguien mantiene relaciones sexuales con una mujer enferma mental y no sabe en absoluto que ello está prohibido. La persona que no tiene ni la menor idea no empleará ni un pensamiento en la cuestión de si actúa conforme a derecho o antijurídicamente; no es culpable, si tampoco en el caso de “haber hecho examen” interior habría podido tener conciencia de la antijuridicidad de su hecho. Es suficiente para el error de prohibición la falta de “comprensión de que se hace algo injusto”.³¹¹

5.6.2.2.2. El error sobre la existencia o los límites de una causa de justificación

Con mayor frecuencia se producen tales errores en la forma de que el sujeto activo extiende demasiado los límites de una causa de justificación que sí existe por ejemplo parte de la suposición de que también las medidas defensivas que sobrepasan la medida de lo necesario o que se dirigen

311 Para Jescheck, Dos son los supuestos fundamentales del error de prohibición: Directo e Indirecto. En el primer caso puede ser que el autor no conozca en cuanto tal la norma prohibitiva que se refiere directamente al hecho y por ello tome por lícita la acción. Este error puede obedecer a que el autor no conozca la norma prohibitiva o aún conociéndola, la considere no vigente o la interprete equivocadamente y, por ello la refute no aplicable. *Tratado de Derecho Penal*, p. 627

contra lesiones futuras, están amparadas por legítima defensa.³¹²

5.6.2.2.3. El error de subsunción

El error de subsunción, “es un error de interpretación. El sujeto interpreta equivocadamente un elemento típico de modo que llega a la conclusión de que no se realizará mediante su conducta. Tal error puede ser un error de tipo o un error de prohibición o incluso sólo un error irrelevante de punibilidad, según qué oculte al sujeto el contenido del significado social de un elemento o sólo la prohibición específica del tipo o sólo la punibilidad de su actuación.”³¹³

Por tanto, un error de subsunción no es necesariamente un error de prohibición. Sin embargo si lo es la mayoría de las veces, porque se produce principalmente en supuestos de conceptos normativos complicados, en los que la interpretación decide sobre el carácter permitido o prohibido de una conducta.

312 En el error de prohibición indirecto -dice Jescheck- existe la posibilidad de que el autor, conociendo perfectamente la prohibición en cuanto tal, crea en el caso concreto por error que concurre una norma justificante, por desconocer los límites jurídicos de una causa de justificación admitida o suponer a su favor una causa de justificación no acogida por el ordenamiento jurídico. *Idem*.

5.6.2.2.4. *El error de validez*

“Una forma menos frecuente de error de prohibición es el error de validez. En él el sujeto conoce la norma prohibida y por regla general incluso la norma penal, pero la considera nula.”³¹⁴

Para Maurach, el error de prohibición puede presentarse en tres formas distintas. En primer lugar, como de su conocimiento del general mandato normativo (“abstracto” error de prohibición u error sobre la existencia de la norma): el autor no sabe que existe una general norma prohibitiva, y considera, por lo tanto, como actuar como indiferente para el derecho. El error de prohibición se manifiesta, en segundo lugar, como error sobre el ceder de la norma: el autor conoce la existencia de la prohibición, pero cree erróneamente que un derecho prevalente legitima su actuar (“concreto” error de prohibición, error sobre una causa de justificación). Por último el error de prohibición se presenta como viciosa representación de la eficacia determinante de la norma: el autor que conoce la existencia de la misma y no invoca ningún especial derecho a actuar, cree que la observancia de la norma no le es exigible (error sobre una causa de exclusión de la responsabilidad). Los efectos

313 Román Quiroz, Verónica, *op.cit.*, p.208.

jurídicos de estas tres formas de error de prohibición son los mismos.

5.6.2.2.5. Consecuencias jurídicas del error de prohibición

El error de prohibición, cuando es invencible en sentido jurídico, conduce a la impunidad. El legislador habla del que el sujeto actúa "sin culpabilidad", en tal caso. Sin embargo, también en el supuesto de que exista escasa culpabilidad, la reprochabilidad está ya excluida cuando ello es tolerable desde puntos de vista preventivos. Si el error de prohibición fue vencible tiene lugar una reducción facultativa del marco penal correspondiente al dolo.³¹⁵

Es incorrecta la hipótesis de que en el caso del error de prohibición vencible la pena nunca podría bajar de la pena mínima de un marco penal real o ficticio correspondiente a la imprudencia. La culpabilidad en el caso de un error de prohibición difícilmente vencible puede ser absolutamente menor que en una imprudencia de hecho.³¹⁶

314 Román Quiroz, Verónica, *op. cit.*, p. 208.

315 Roxin, Claus, *op. cit.* pp. 892,893

De lo anterior, podemos concluir:

1. La primera causa de inculpabilidad es el error. El error de tipo o de hecho. Hay error de tipo o de hecho, cuando el autor tiene un impedimento insuperable para comprender que su actuación realizará los elementos esenciales del tipo penal. En este caso, el error produce falta de dolo o culpa y con ello inculpabilidad.

Quando el error es vencible o superable de acuerdo a las circunstancias que rodearon el agente al momento de la comisión del delito, no se excluye la culpabilidad. Ni tampoco cuando el error recae sobre los elementos secundarios o inesenciales de tipo penal, como: error en el golpe, en el sujeto, en el objeto, etcétera.

2. Otra causa de inculpabilidad es la ignorancia de la ley o sus alcances, que la misma ley define como "error de prohibición."

3. Otra causa de inculpabilidad lo son "las justificantes putativas." Habrá una justificante putativa, cuando el agente sabe que su actuar lesivo de bienes protegidos, en circunstancias normales, constituye delito, pero

que en la ocasión especial en que se encuentra la ley le permite actuar lesionando esos bienes.

4. La última causa de inculpabilidad que tiene su origen en el error, lo constituye la llamada "obediencia debida" que consiste en un actuar lesivo de un subordinado en virtud de una orden recibida de un superior que cree es legítima, no pudiendo superar el error por las circunstancias que rodean al hecho. (Para algunos autores esta situación puede ser una causa de licitud).

5.7. No exigibilidad de otra conducta

La "no exigibilidad de otra conducta", es una causa de inculpabilidad general que fue inducida en el CPF en las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación en enero de 1994.

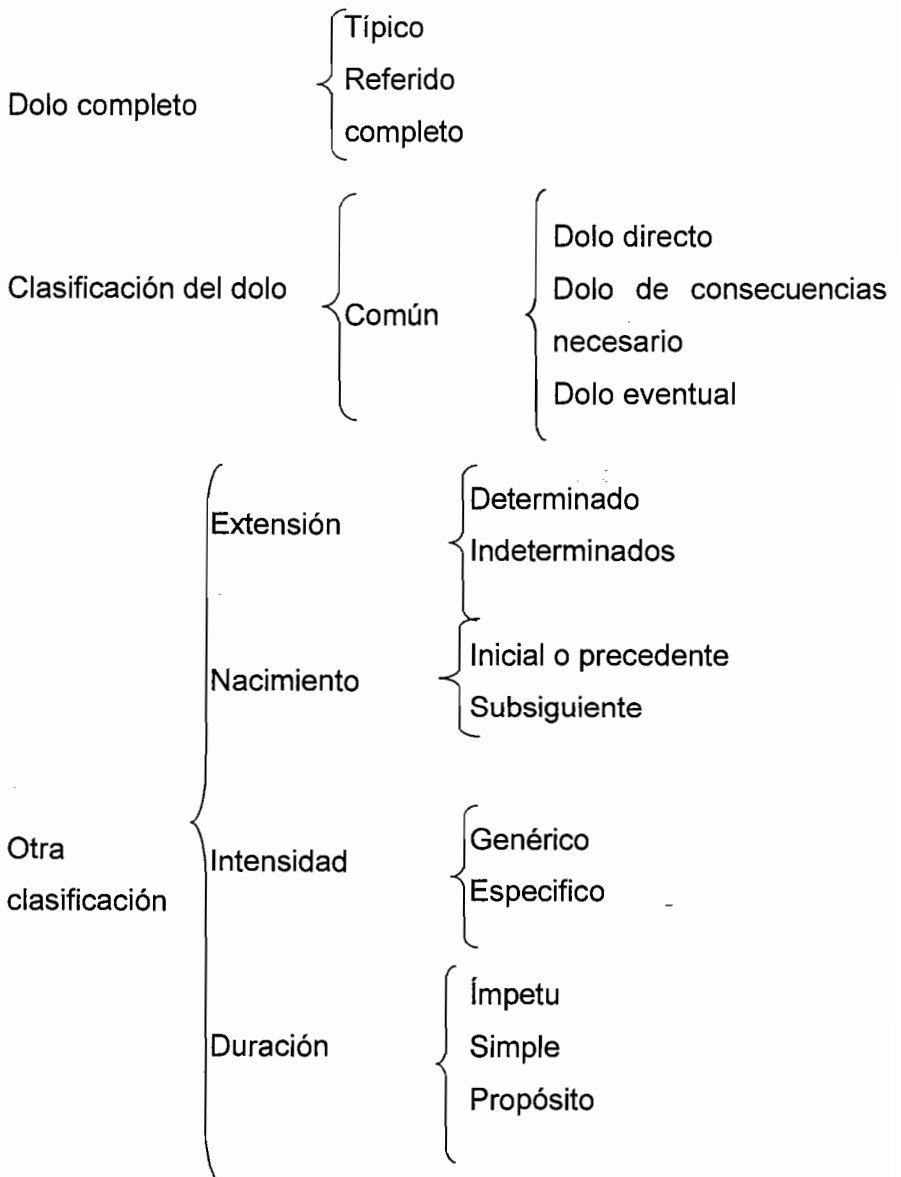
El miedo grave y el temor fundado son causas de inculpabilidad, porque en ambas figuras el agente actúa bajo un estado psíquico alterado que no le permite entender y querer la conducta desplegada y el resultado obtenido.

Como el agente actúa sin poder entender y querer la conducta desarrollada (sin llegar a la anulación de su capacidad reflexiva), se dice que no hay dolo ni culpa en su actuación y por tanto no hay responsabilidad.

En cualquiera de los casos, lo importante es considerar bajo un sentido común humano, si el agente podía actuar de manera distinta de cómo lo hizo; si no se le puede exigir humanamente que se haya comportado de manera diferente, entonces no puede haber responsabilidad.

Culpabilidad o Inculpabilidad

Formas de la culpabilidad	{ Dolo Culpa
Teoría del dolo	{ Teoría extrema Teoría limitada
Consecuencias de la teoría extrema del dolo	{ El dolo es un hecho psicológico Abre grandes peligros
Elementos del dolo	{ La previsión del resultado La violación de él Intelectual Emocional
Dolo malus (causalismo)	{ Conocimiento y voluntad de los hechos Conocimiento del Derecho
Dolo natural (finalismo)	{ Conocer Tipo injusto



Teoría de la culpabilidad	{ Extrema Limitada
Culpa	{ Sin intención Sin diligencia debida causa un resultado
Clases de culpa	{ Consciente o con representación Inconsciente o sin representación
Causas de inculpabilidad	{ Falta de capacidad Error { Tipo Prohibición - La no exigibilidad de otra conducta -Caso fortuito

Capítulo VI

Punibilidad y excusas absolutorias

6.1. Concepto de la punibilidad

Al igual que los demás aspectos positivos del delito, la punibilidad ha sido tema de grandes debates entre los grandes juristas, filósofos, criminólogos.

La punibilidad, como los elementos del delito es una figura jurídica relativa al mismo delito, ya sea como parte esencial de él, o como su consecuencia necesaria.

No podemos negar que la punibilidad, es una situación jurídica en que se encuentra aquel que por haber cometido una infracción penal, se hace merecedor de un castigo.

De acuerdo al artículo 7° del CPF, "delito es el acto u comisión que sancionan las leyes penales".³¹⁷ De acuerdo con lo anterior, sólo constituirán delito aquellas acciones u omisiones sancionables por la ley penal, por lo que aquéllas que no lo sean, no podrán ser constitutivas de delito alguno.

317 *Compila XI, Legislación Federal y del Distrito Federal, Poder Judicial de la*

La pena produce prevención especial por cuanto se aplica directamente en la persona del delincuente, toda vez que retribuye el daño causado con otro daño, directamente en su persona o en sus bienes; pero, además, se dice que lo resocialización, esto es, que la pena le sirve para que aprenda a vivir en sociedad y respetar a los demás.

Si algo teme el ciudadano es al poder punitivo del Estado, cuando al ejecutar conductas típicas, que por su gravedad, el legislador les ha señalado consecuencias de carácter punitivo.

El CPF, en el art. 7° al definir el delito señala "que es la acción u omisión que sancionan las leyes penales"; y este concepto es clara demostración del carácter punitivo de las leyes penales, las que intimidan al ciudadano.

Pavón Vasconcelos define a la punibilidad como:

"La amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social."³¹⁸

La punibilidad, es pues, la amenaza de pena que en cada tipo penal se va señalando; de esta manera, una vez dada una conducta típica, antijurídica y culpable, a la misma, se le deberá imponer la pena prevista en la ley.

En torno a la punibilidad se ha discutido si es uno de los elementos esenciales del delito, o bien, si es una consecuencia del mismo.

Entre los destacados penalistas que en nuestro país se afilian a la consideración de que la punibilidad es un elemento del delito destaca Francisco Pavón Vasconcelos, quien argumenta que la propia Ley al definir en su artículo séptimo (Código Penal Federal) el concepto de delito, señala:

Que es la acción u omisión que sancionan las leyes penales, por lo que —afirma este tratadista—, claramente se establece que la punibilidad es un elemento del delito.

Agrega este autor:

Si todo el Derecho es un orden coactivo, ¿cuál es la diferencia específica entre las normas de derecho penal y los de otros derechos? No siendo lo injusto ni lo culpable

características distintivas, según lo hemos afirmado, sólo dos notas, la tipicidad y la punibilidad concretizan y diferencian la norma penal de otras. A ellos alude la definición del artículo 7° delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, pues única mente es punible lo descrito por estas leyes”.³¹⁹

Otros penalistas mexicanos, Villalobos, Castellanos Tena, se inclinan por considerar a la punibilidad una consecuencia del delito, no un elemento del mismo. El primero expone que:

“Una acción o una abstención humana son penadas cuando se les califica de delictuosas, pero no adquieren ese carácter porque se les sancione penalmente”.³²⁰

Castellanos Tena, por su parte argumenta que el propio código penal nos da la respuesta, no como lo entiende Pavón Vasconcelos, pues por ejemplo opera la excusa absolutoria para el robo entre ascendientes y descendientes, pero si un tercero interviene en la comisión del ilícito, éste sí es sancionable; de ahí deduce que si fuera la punibilidad un elemento, tendrá que ser la excusa una causa que la anulara para ambos, o el delito sería para ambos, por ende, es sólo consecuencia.

319 Pavón Vasconcelos, Francisco, *op. cit.*, pp. 398 y 399.

320 Villalobos, Ignacio, *La punibilidad y su ausencia*, Criminalia XXVI, México, 1960, p. 415

Algunos autores opinan que debe distinguirse entre la punibilidad en sentido abstracto como la sanción prevista en el tipo; y como una situación concreta, individualizada a un hecho delictivo que se ha cometido.

Zaffaroni, al abordar este punto, considera que suele suceder que al referirse a la punibilidad se están refiriendo más bien al concepto de pena.

En síntesis —escribe este autor—, “hay dos sentidos de la palabra punibilidad (merecimiento de penalidad y posibilidades de aplicar la penalidad merecida). La pregunta sobre el merecimiento de penalidad queda respondida con la afirmación de que hay un delito; la pregunta sobre si esa penalidad puede operar, debe resolverse dentro de la teoría de la coerción penal, que es a la que corresponde tratar su propia operatividad”.³²¹

Siguiendo el hilo de la argumentación del tratadista argentino podríamos agregar que la aparición de una causa que excluye la penalidad, las excusas absolutorias, estas causas que atienden el carácter personal del agente, que pueden ser anteriores (como la relación de parentesco en el caso de robo entre ascendientes y descendientes), o concomitantes (como el caso del aborto por imprudencia de la mujer), pero que advienen con posterioridad al hecho

dejando intacta a la punibilidad como merecimiento de penalidad, pero al operar tales causas impiden la punibilidad “como posibilidad de aplicar la penalidad merecida”.

La corriente mayoritaria niega a la punibilidad carácter de elemento del delito y sostiene que el delito se integra una vez que está en presencia de una conducta, típica, antijurídica y culpable, y la punibilidad, sea en sentido abstracto, o con mayor razón en sentido concreto, es una consecuencia del delito.

El concepto de “merecimiento de pena” que manejan autores como Zaffaroni es, desde un punto de vista político-criminal, un elemento central del concepto de conducta criminal y tiene un doble componente: “un componente de justicia y otro puramente unitario”.³²²

Este concepto entraña la problemática de la naturaleza y fundamentación de la pena, tema por demás muy debatido.

Parece ser, como se apunta, que la pena debe apoyarse en una doble vertiente: en los principios de justicia y de utilidad.

321 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit.*, p.18

322 Citado por Winfred Hassemer, y Francisco Muñoz Conde, “Introducción a la Criminología y el Derecho Penal”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1989, p. 66.

A) Los principios de justicia deben vincularse a los bienes jurídicos tutelados desde la Constitución, para salvaguardar los derechos fundamentales del individuo y la sociedad, consagrados en la libertad, la integridad corporal, el patrimonio, etcétera, que a su vez se deben regir por los principios de dañosidad social (sólo punir conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos de la más alta jerarquía); del principio de subsidiaridad (única mente acudir a sanciones penales cuando los otros mecanismos del derecho sean insuficientes); del principio de proporcionalidad y adecuación a la culpabilidad); del principio III *dubio pro libertate* (en caso de duda optar por la despenalización o la descriminalización); del principio de tolerancia y de respeto de dignidad humana (no invadir esferas íntimas o morales del individuo); del principio exacta aplicación de la ley penal (*nullum crimen sine lege*); de la implicación retroactiva en perjuicio, sólo en beneficio (plena vigencia del principio *indubio pro reo*).

B) El criterio utilizado debe tomarse en cuenta, porque:

“Una concepción del merecimiento de pena puede ser inútil, aunque sea justa cuando por ejemplo puede tener más consecuencias negativas que positivas (*fiat iustitia pereat mundus*). Sólo quien pretende valorar la corrección de las decisiones político-criminales desde un punto de vista puramente normativo y sin considerar las consecuencias políticas, puede rechazar este criterio de la

utilidad —lo que desde luego— sería desde el punto de vista político-criminal.³²³

Al respecto, y según nuestro punto de vista, en este tema, por ejemplo, punir al aborto provocado puede resultar justo pero no útil, pues es bien sabido que esta figura delictiva amén de que prácticamente no se aplica (a pesar de tener este delito uno de los más altos índices de cifra negra de la criminalidad), crea incontables efectos negativos, como la muerte, lesiones, etcétera, a las mujeres que por sí, o en manos inexpertas, se provocan abortos.

Por otra parte desde la antigüedad se ha planteado el problema del fin que debe perseguir la pena. Tal vez en forma arbitraria podemos agrupar a los muy diversos pensadores sobre este tópico, en dos grandes teorías:

a) Las teorías absolutistas, en donde la pena cumple únicamente un propósito de castigo, son las represivas; por decirlo de otra manera, se agota la pena en sí misma.

Destaca en este terreno el pensamiento de Kant, famoso por su rigidez, quien escribió:

323 Winfred Hassemer y Francisco Muñoz Conde, *op. cit.*, p.73.

“Incluso en el caso en el que todos los miembros de una comunidad decidieron únicamente disolverse... habría que ejecutar antes de que tan difícil decisión se cumpliera, al último asesino que quedara en sus cárceles, para que todo mundo supiera el valor de sus hechos y la culpa de su sangre no cayera sobre el pueblo que no exigió el castigo.”³²⁴

Otros pensadores de corte absolutista atemperan tan drástico punto de vista, pero conceden primordial importancia al aspecto represivo.

b) Las teorías relativas, que son las que dominan actualmente en el campo de la doctrina, se caracterizan por otorgar a la pena fines preventivos, sea de carácter general, como la amenaza de la misma pena (punibilidad en abstracto), sea de carácter particular, cuando se refiere a su índole rehabilitadora o readaptadora (punibilidad en concreto).

Dicha teoría en opinión de la suscrita es la que rige nuestro sistema punitivo en términos de lo dispuesto por el artículo 18 Constitucional.

³²⁴ Metafísica de las costumbres, parte I, 1947, p. 453.

6.2. Condiciones subjetivas

Es aquella situación o previsión jurídica que debe rodear el agente para poder aplicar la pena o evitar que la punibilidad desaparezca.

Verbigracia el artículo 4º, fracción III del CPF, que dice:

“ARTICULO 4o.- Los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra mexicanos o contra extranjeros, o por un extranjero contra mexicanos, serán penados en la República, con arreglo a las leyes federales, si concurren los requisitos siguientes: (...)

III.- Que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República.”³²⁵

De este ejemplo se desprende que la punibilidad sólo estará presente si se llenan los requisitos subjetivos antes dichos.

6.3. Condiciones adjetivas

Una condición adjetiva de punibilidad, será aquella de procedibilidad, esto es, aquel acto procesal necesario para que la punibilidad se vea concretizada.

³²⁵ Legislación Penal y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación, México,

Los requisitos de procedibilidad no se debe de confundir con las llamadas condiciones objetivas de punibilidad.

Las condiciones de procedibilidad (la querrela de la parte ofendida en los delitos que se persiguen a instancia de parte), o bien, a cuestiones prejudiciales, (la declaración previa de quiebra, en el delito de quiebra); la declaración previa de perjuicio (en los delitos fiscales).

Al respecto se citaran diversos criterios emitidos por los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación.

Los diversos Tribunales Colegiados de Circuito, han sostenido el criterio, publicado en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: V, Junio de 1997, Novena Época, visible en la página 742, bajo el rubro y texto siguiente.

“DENUNCIA. TRATÁNDOSE DE DELITOS CUYA PERSECUCIÓN ES DE OFICIO, ES INTRASCENDENTE ACREDITAR LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LA PERSONA MORAL OFENDIDA POR PARTE DE QUIEN LA PRESENTA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). Tratándose de delitos cuya persecución debe realizarse de oficio, es intrascendente que el denunciante acredite la representación legal de la persona moral ofendida, pues en tal hipótesis, conforme

a lo establecido en el artículo 60 del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social del Estado de Puebla, cualquier persona que tenga conocimiento de la comisión de un ilícito que deba perseguirse de oficio, está obligada a denunciarlo ante el Ministerio Público.³²⁶

Así como el criterio publicado por los Tribunales Colegiados de Circuito, publicado en el Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo I, Segunda Parte-1, Enero a Junio de 1988, visible en la página 250, bajo el tenor literal siguiente:

“DENUNCIA O QUERRELLA, NO SON NECESARIAS TRATANDOSE DE DELITOS QUE SE PERSIGUEN DE OFICIO.- Conforme al artículo 113 del Código Federal de Procedimientos Penales, la policía judicial y el Ministerio Público están facultados para proceder a la investigación de los delitos que se persiguen de oficio, aunque no exista denuncia o acusación, toda vez que dicho artículo sólo requiere que se tenga noticia de ese tipo de delitos, por lo que resulta legal iniciar una investigación sin denuncia previa, así como ejercitar la acción penal correspondiente.³²⁷

De igual forma, el criterio que sostuvo la otrora Primera sala de la SCJN, en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo 45 Segunda Parte, Séptima Época, visible en la página 26, cuyo contenido es el siguiente:

“DENUNCIA DE DELITOS PERSEGUIBLES DE OFICIO.- Conforme al artículo 116 del Código Federal de Procedimientos Penales, basta con que una persona, que tenga conocimiento de la comisión de un

326 Ius 2005
327 Ius 2005 ...

delito perseguible de oficio, lo denuncie a la autoridad competente y cumpla con la exigencia de ratificación, prevista en el artículo 119 del mismo ordenamiento, para que la autoridad investigadora inicie legalmente sus funciones.”³²⁸

Así como el criterio sostenido por los Tribunales Colegiados de Circuito, publicado en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo XII, Agosto de 1993, Octava Época, consultable en la página 540, con el rubro y texto siguiente:

“QUERRELLA. LA FALTA DE ESTA EN LOS DELITOS EXPRESAMENTE SEÑALADOS POR LA LEY, IMPIDE AL MINISTERIO PUBLICO EJERCITAR ACCION PENAL.- De conformidad con el artículo 289 del Código Penal Federal, las lesiones que no pongan en peligro la vida del ofendido y tarden en sanar menos de quince días, se perseguirán por querrela, de modo que si no existe tal, el Ministerio Público está impedido para formular acusación por este delito; y si no obstante ello lo hace, y el juez natural dicta sentencia condenatoria, confirmándola posteriormente el Tribunal de alzada, es inconcuso que el procedimiento penal está viciado desde su origen, resultando por ende violatorio de garantías.”

Así como el criterio sostenido por los Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XI, Mayo de 2000, Novena Época, consultable en la página 895, cuyo contenido es:

“ACCIÓN PERSECUTORIA Y QUERRELLA. DIFERENCIA. En nuestro sistema judicial la acción persecutoria de los delitos le corresponde al Estado y es el origen sustancial para todo procedimiento, mientras que la querrela es el derecho que corresponde al ofendido como titular de su

interés particular afectado con la conducta típica y es requisito de procedencia de la acción.³²⁹

De igual forma el criterio de los Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VIII, Octubre de 1998, Novena Época, visible en la página 1197, con el rubro y texto siguiente:

“QUERELLA Y DECLARATORIA DE PERJUICIO, COMO REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD EN DELITOS FISCALES MUNICIPALES. FACULTADES DEL SÍNDICO PROCURADOR DEL AYUNTAMIENTO (CÓDIGO FISCAL MUNICIPAL Y LEY ORGÁNICA MUNICIPAL, AMBOS ORDENAMIENTOS PARA EL ESTADO DE HIDALGO).- La querella a que alude el artículo 100 del Código Fiscal Municipal para el Estado de Hidalgo, entraña que el Ayuntamiento se vincule con un órgano estatal de procuración o administración de justicia, en cambio, la declaratoria de perjuicio a que se refiere el numeral 99 de ese propio cuerpo normativo, no implica esa vinculación, dado que esa declaratoria puede ser realizada, con independencia de que exista o no un procedimiento del que conozca un órgano de aquella naturaleza; de suerte que para formular la querella a nombre del Ayuntamiento, el síndico procurador sí está en posibilidad de hacerlo, precisamente por la representación jurídica que se le confiere en la fracción II del precepto 49 de la Ley Orgánica Municipal para el referido Estado, no así para con esa misma calidad, hacer la declaratoria de mérito, puesto que ésta corresponde realizarla al Ayuntamiento, en términos del dispositivo 99 aludido, relacionado con la fracción XXIV del diverso numeral 38, de la ley orgánica en comentario.³³⁰

Así como la jurisprudencia, de la otrora Primera Sala de la SCJN, publicada en el Semanario Judicial de la

³²⁹ *Idem*

³³⁰ *Idem*

Federación, Tomo, Segunda Parte, CV, Sexta Época, visible en la página 54, cuyo epígrafe y contenido es :

“DELITOS FISCALES, REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD EN.- Los artículos 284 y 286 del Código Fiscal de la Federación no crean requisito alguno de procedibilidad, previo e indispensable para formular la denuncia por delitos de carácter fiscal, pues sólo imponen, particularmente el primero, la obligación a las autoridades a quienes se dirigen, de actuar en orden a facilitar sus funciones al Ministerio Público, como auxiliares de la Policía Judicial Federal, lo que significa que las facultades de ésta no se menguan, sino que se complementan con la cooperación de las autoridades hacendarias a que se refiere el Código Fiscal de la Federación, a las que sí está reservada a la facultad de declarar que el fisco ha sufrido o pudo sufrir perjuicio, como requisito previo para que se pueda ejercitar la acción penal contra los presuntos responsables de los delitos fiscales previstos por los artículos 247, 270 y 271 del Código Fiscal de la Federación. Sólo en los casos comprendidos en los anteriores dispositivos legales, es indispensable el requisito de procedibilidad mencionado.”

Así como la jurisprudencia, de la actual Primera Sala de la SCJN, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVII, Junio de 2003, Novena Época, consultable en la página 113, bajo el rubro y texto siguiente:

“QUERELLA PRESENTADA POR ESCRITO. LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 119 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, SON APLICABLES CUANDO AQUÉLLA ES FORMULADA POR UN SERVIDOR PÚBLICO EN EJERCICIO DE SUS FUNCIONES. La querella presentada por escrito, sólo puede formularla quien esté legitimado para ello, es decir, el sujeto titular del bien jurídico tutelado o su legítimo representante, de manera que si alguien la formula a nombre de otra persona, física

o moral, sin haber acreditado su representación o sin estar facultado para ello, no podrá estimarse legalmente demostrada la existencia de tal figura y, por tanto, no podrá el Ministerio Público iniciar la averiguación previa respectiva. Atento lo anterior y tomando en consideración que las personas morales oficiales, con características propias de autoridad, al acudir ante la representación social a presentar una querrela, en su calidad de ofendidos, no gozan de privilegio alguno, ya que el Código Federal de Procedimientos Penales no prevé excepción alguna al respecto, es indudable que los requisitos de procedibilidad para la formulación de la querrela por escrito establecidos en el artículo 119 del código citado, para que pueda eventualmente surtir los efectos que señala el segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, son aplicables en cualquier hipótesis, sin importar que se presente por un servidor público en ejercicio de sus funciones, por lo que en tal caso el Ministerio Público debe asegurarse de la identidad del querellante, de su legitimación, así como de la autenticidad de los documentos en que aparezca formulada la querrela y en los que se apoye.”

6.4. Condiciones objetivas de punibilidad

De entrada el maestro Jiménez de Asúa niega que la condicionalidad objetiva constituya una característica del delito, si bien, aparece en su clasificación anatómica de los elementos del delito. La mayoría de los penalistas concuerdan que las llamadas condiciones objetivas de punibilidad son de naturaleza dudosa y de escaso número, que obligan a considerar que por su falta de generalidad no son esenciales a la estructura del delito.

Ahora bien, para aquellos que admiten las condiciones objetivas de punibilidad, éstas son circunstancias

que condicionan la aplicabilidad de la pena. La corriente dominante considera que tales circunstancias son ajenas al tipo, de carácter objetivo independientes de la acción delictiva.

Las condiciones objetivas de penalidad son circunstancias que, sin pertenecer al injusto o a la culpabilidad, condicionan en algún delito concreto la imposición de una pena. Al no pertenecer tampoco al tipo, no es necesario que se refieran a ellos el dolo o la imprudencia del autor siendo indiferente que sean o no conocidas por él. Entre ellas se cuentan, en el código penal (español), la sentencia condenatoria en el delito de falso testimonio en contra del reo; la previa declaración de quiebra en los delitos de quiebra.

Por su parte Zaffaroni niega terminantemente existencia y valor a las condiciones objetivas de punibilidad, ya que ellas son —a su juicio— el último reducto dogmático de la responsabilidad objetiva, pues al referirse a cuestiones “objetivas” que van a incidir en la pena, evidentemente rompen con el principio de que “no hay pena sin culpa”.

Así, este autor escribe:

“La ubicación de estas supuestas condiciones objetivas de la punibilidad es un problema hartamente dudoso, pues mientras unos pretenden que forman

parte del tipo pero que no son alcanzados por el dolo ni por la culpa, es decir, por ningún conocimiento, pero los dejan navegando en una zona neutra, fuera del tipo y del delito, siendo esta última la tesis que prevalece actualmente. Lo cierto es que cualquiera que fuese la posición que se le asigne, como se conviene en que no necesitan ser abarcados por el conocimiento, la voluntad ni la previsibilidad, representan una severa restricción al principio de culpabilidad en la forma en que implica que todo evento del que dependa la punición debe ser alcanzado por el dolo o por la culpa.³³¹

331 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit.*, t., V p. 55

Capítulo VII

La tentativa

7.1. Concepto

Cualquier concepto que pretenda darse sobre la tentativa, debe hacerse en función del delito perfecto o consumado. Eso ha llevado a los autores a denominar a la tentativa un delito imperfecto por faltar en él el acto material de la consumación. Ya Carrara, al exponer su teoría sobre la tentativa, la consideró un delito degradado en su fuerza física y, en consecuencia, de acción imperfecta.

No por el hecho de que la tentativa se subordine, por cuanto a su punición, a la referencia típica concreta contenida en otra figura delictiva se piense que no constituye una figura autónoma. Este punto de vista ha sido ya ampliamente discutido en la doctrina, y aunque la generalidad de los autores convienen en que es un delito imperfecto, si se la refiere al delito consumado, reconocen que, considerada en sí misma, constituye un delito consumado, pues es figura con caracteres propios y punibles por sí. La razón de esa aparente contradicción radica en la

imposibilidad de “incriminar un delito imperfecto sin darle tal fisonomía”

Sin embargo, la opinión no es unánime y así, Eusebio Gómez, considera que en sí misma la tentativa no constituye delito, pues siempre está referida a un delito determinado cuya ejecución ha sido comenzada sin llegarse a la consumación; “jurídicamente considerada, la tentativa es un delito imperfecto”³³²

Opinión contraria sustenta Manzini al decir: “Dado que la ley al prever y castigar los delitos, presupone abstractamente su consumación, la violación de un precepto penal que no hubiera llegado a aquel efecto, no sería evidentemente punible, si otra norma penal no incriminaba tal violación incompleta, esto es, no hacía punible el hecho que la constituye. Esta norma es precisamente la que incrimina y castiga la tentativa de un delito, el cual conserva el *nomen iuris* del respectivo delito, pero cambia el título por el cual es punible; título que resulta de los elementos exigidos para la punibilidad de la particular sanción aplicable y no de la peculiar cualidad del hecho. El delito intentado, por consiguiente es delito por sí mismo, diverso jurídicamente del respectivo delito consumado; lo que es, sin embargo, bien diferente de admitir que la tentativa por sí misma represente

³³² Gómez, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal*, I, Ed., Cía. Argentina de Editores, 1939, p. 474.

un delito sui generis idéntico en todo caso. El delito intentado conserva, en el resto, las características de la incriminación típica a que se refiere; y por eso, se tendrá delito intentado de daño o de peligro, mientras como hemos visto, sería erróneo reconocer en la tentativa, en todas las hipótesis, un delito de peligro.³³³

Entre nosotros, Ramón Palacios comienza por observar que las acciones inconsumadas carecerían de carácter delictuoso de no ser contempladas por la figura de la tentativa, la cual sanciona el acto que tienen a la lesión sin obtenerla. De lo anterior deduce: a) Que la tentativa requiere una norma específica que prevea la actividad para poder incriminarla; b) Que la norma de la tentativa es accesoria de la norma principal y representa un grado menor de ésta, pero al mismo tiempo “es un título autónomo —tentativa, frustración—, pero jamás tiene vida por sí, y c) En nuestro régimen jurídico, la tentativa debe recibir previsión legal”.³³⁴

333 Manzini, *Tratado de Derecho Penal*, III, Ed., Are Editores, Buenos Aires, 1949. Trad, Ricardo C. Núñez y Ernesto Gavier, p. 178.

334 Palacios, Ramón, *La tentativa*, El mínimo de ilicitud penal, Imprenta Universitaria. México, 1951, p. 29. Confirma el punto de vista de la estructura propia de la tentativa al decir: “Si entendemos con Salteli y Romano di Falco que la consumación existe cuando por efecto de la actividad del sujeto se han realizado todos los elementos exigidos por el tipo, todos los elementos exigidos por el tipo, habremos de concluir con Cuello Calón, que la tentativa no es un delito imperfecto, en cuanto que todos sus extremos jurídicos han sido satisfechos, que sólo en oposición al delito consumado, la tentativa es delito imperfecto, por no haberse lesionado totalmente el bien protegido por el tipo, y como justamente observa Bettiol, “la tentativa tiene su propia objetividad, dada la lesión potencial de un bien jurídico, tiene una estructura suya, propia, dado los actos idóneos dirigidos a ocasionar un resultado lesivo, tiene una sanción específica, mas mitigada que la prevista para la consumación...” Más adelante, tratando de armonizar tal aparente contradicción, declara: “Ahora bien, el concepto de perfección aplicado a tentativa y consumación, lo podemos entender desde un punto de vista natural o jurídico. Bajo el primero es obvio que la consumación es perfección, por corresponder el acto humano de voluntad con la lesión completa del bien contemplado en

Establecido el carácter jurídico de la tentativa, se la define generalmente en función de la no verificación del evento y de la fisonomía de los actos ejecutados.

Para nosotros la tentativa se define tal como lo dispone el art. 12 del CPF que dice:

"Artículo 12. Existe 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.

Para imponer la pena de la tentativa el Juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos."³³⁵

La otrora Primera Sala de la SCJN, en diversas ha sostenido lo siguiente

Primera tesis aislada, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo 70 Segunda Parte, Séptima

el precepto tipificado, y que la tentativa es imperfección. porque falta precisamente el resultado, el más importante de los requisitos del tipo: mis jurídicamente estimado el tema, es como, es consumación y perfección el delito tentado, porque se ha violado la norma prohibitiva, pues substituido el resultado por el peligro, verificase ya la subsunción del hecho histórico los en los preceptos que se prevén y punen el actuar en el que está ausente el resultado". *op. cit.*, pp. 31 y ss.

335 Legislación Penal y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación 2004.

Época, consultable en la página 35, bajo el tenor literal siguiente:

“TENTATIVA, ELEMENTO ESENCIAL DE LA. La tentativa tiene como elemento esencial una acción de parte del agente para que pueda ser punible, y no puede jurídicamente establecerse dicha figura jurídica cuando hay una absoluta pasividad de parte del que resulta inculgado.”³³⁶

Segunda tesis aislada, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo Segunda Parte, CXVI, Sexta Época, visible en la página 49, en los siguientes términos:

“TENTATIVA Y ACTO PREPARATORIO. Cualquiera que sea la posición que se adopte respecto a la tentativa, ya sea que se la considere como un estado inferior de la violación típica, o como figura autónoma, posición esta última doctrinariamente poco defendible, debe sostenerse que lo característico de ella es el principio de ejecución, acompañado necesariamente en la puesta en su peligro del bien jurídico que tutela el tipo. Si no hay puesta en peligro, simplemente no hay lesión jurídica y, para que haya, el sujeto debe de hacer algo encaminado en forma unívoca a la realización delictiva. No será punible, por ejemplo, el fallido ladrón que ha decidido robar dentro de una residencia, y al ver la altura de los muros que la protegen y cerciorarse de que le es imposible salvarlos, desiste de su empeño, no por otra razón, sino porque se encuentra en condiciones de imposibilidad material de llevar a cabo el escalamiento; sin embargo, si el escalamiento se intenta y, por las dificultades materiales, fracasa el presunto delincuente, su conducta es ya de ejecución, y la mayor o menor puesta en peligro servirá de criterio para cuantificar la pena, puesto que se determina el grado en que se llegó a la ejecución, pero la tentativa existirá.”³³⁷

³³⁶ IUS 5 ...

³³⁷ IUS 5 ...

Tercera tesis aislada, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo CXV ,Quinta Época, consultable en la página 332, cuyo rubro y texto es:

“TENTATIVA. La esencia de la tentativa tiene como presupuestos, en primer lugar, "un principio de ejecución" conscientemente dirigido a producir un daño del bien jurídicamente protegido, es decir, que se caracteriza porque se da el dolo de lesión, y en segundo lugar, un acto subjetivo del autor de consumarlo; en la inteligencia de que, una y otra de las acciones, deben estar referidas a realizar las características objetivas del tipo perseguido, y la no producción del resultado, ha de deberse no a desistimiento voluntario del agente, sino a causas ajenas a su voluntad.”³³⁸

Cuarta tesis aislada publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo CXII, Quinta Época, consultable en la página 1531, en los siguientes términos:

“TENTATIVA. Si el reo ejecutó hechos encaminados directa e indirectamente a la realización del delito por el que fue sentenciado, y éste no llegó a consumarse por causas ajenas a su voluntad, es indudable que esos actos constituyeron una tentativa punible, por lo que habiendo sido materia del ejercicio de la acción penal el delito consumado imputado al quejoso, y difiriendo sólo en grado ese delito, procede conceder el amparo al quejoso para el solo efecto de que la autoridad sentenciadora en un nuevo fallo que dicte, lo considere responsable del delito de que se trata, en el mencionado grado.”³³⁹

³³⁸ IUS 5 ...

³³⁹ IUS 5 ...

En el delito en estudio, por su naturaleza jurídica, también se puede realizar el forma de tentativa, cuando se realicen actos encaminados a **permitir o introducir**.

7.2. Las fases del *iter criminis*

El *iter criminis* comprende el estudio de las diversas fases recorridas por el delito desde su ideación hasta su agotamiento. Tradicionalmente se distingue en el *iter criminis* (camino del delito), la fase interna de la externa, llamadas también subjetiva y objetiva. El delito se encuentra en su fase interna cuando no ha sido exteriorizado; no ha salido de la mente del autor; en tal estrado se colocan a la ideación, a la deliberación y a la resolución de delinquir.

Al respecto, se mencionaran unas tesis aisladas de la otrora Primera Sala de la SCJN, aplicables al tema.

La primera tesis, que se cita, el ponente de la misma fue Francisco Pavón Vasconcelos, de la segunda no aparece el nombre del ponente, las cuales fueron publicadas en el Semanario Judicial de la Federación, la primera en el tomo 169-174 Segunda Parte, y la segunda Tomo XXXV, Séptima y Quita Épocas, consultables en las páginas 154 y 2349, respectivamente, con los rubros y textos siguientes:

“TENTATIVA PUNIBLE, CONDICIONES DE LA. Según el artículo 12 del Código Penal Federal, la tentativa es punible cuando “se ejecuten hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente”. Como se aprecia de esta definición, los elementos que integran la naturaleza de la tentativa son a) un elemento moral o subjetivo que consiste en la intención dirigida a cometer un delito; b) un elemento material u objetivo, que consiste en actos desarrollados por el agente tendiente a la ejecución del delito, y c) un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto. Asentado lo anterior, resulta evidente que la tentativa punible, para surtirse, requiere no de meras actitudes que hagan suponer que se va a cometer un delito, sino de actos positivos que constituyan un principio de ejecución, es decir, de iniciación de un delito que no llega a su fin lesivo por el concurso de una tercera fuerza que lo impide y que es ajena a la voluntad del delincuente. Estos actos que son ya un inicio de penetración en el núcleo del tipo, a que la tentativa se refiere, han de ser realizados empleando el agente un medio objetivo idóneo a causar lesión en el bien jurídico tutelado, conforme a su determinación subjetiva previa; lo que no ocurre cuando sólo se trata de actos meramente preparatorios, previos a la ejecución.”

“TENTATIVA PUNIBLE. Hay tentativa punible, cuando el agente inicie exteriormente, la ejecución del hecho delictuoso, directamente, por actos idóneos, y no practique todos los esenciales de ejecución que debiera producir el delito, por causa o condición que no sea su propio y espontáneo desistimiento; pero no debe perderse de vista que en una tentativa, domina casi por completo el elemento subjetivo del delincuente.”³⁴⁰

7.2.1. La fase interna o subjetiva

El primer fenómeno (ideación) se produce al surgir en la mente del sujeto la idea de cometer un delito. Puede suceder que ésta rechazada en forma definitiva o bien suprimida en principio, surja nuevamente, iniciándose la llamada deliberación. Por ésta se entiende el proceso psíquico de lucha entre la idea criminosa y aquellos factores de carácter moral o utilitario que pugnan contra ello. Entre el momento en que surge la idea criminal y su realización puede transcurrir un corto tiempo o un intervalo mayor, según sea el ímpetu inicial de la idea y la calidad de la lucha desarrollada en la psique del sujeto, pero si en éste persiste la idea criminosa, después de haberse agotado el conflicto psíquico de la deliberación, se ha tomado y la resolución de delinquir.

La fase subjetiva no tiene trascendencia penal, pues no habiéndose materializado la idea criminal, en actos o palabras, no llega a lesionarse ningún interés jurídicamente protegido. El Derecho regula relaciones entre personas y por ello el pensamiento no delinque, principio consagrado en la fórmula *cogitationem poena nemo patitur*, recogida en el Libro de la Séptima Partida, en su Título 31, proviene de la más antigua tradición jurídica romana.

A la simple resolución interna de delinquir suceda la resolución manifestada. A ésta no puede considerársele formando parte de la fase externa por no constituir una actividad, material; no es propiamente un acto material sino expresión verbal, como lo hace notar Jiménez de Asúa.³⁴¹ Por tal razón, de común no se le incluye en la fase interna pero tampoco en la externa, sino en la zona intermedia entre ambas.

Consistente tal resolución en el acto de voluntad mediante el cual el individuo exterioriza su idea criminal por medio de la palabra. Como sucede en la simple resolución psíquica, aquí tampoco existe infracción jurídica en el más amplio sentido, pues la exteriorización no vulnera objetivamente ningún interés jurídico. No obstante, las legislaciones penales elevan a la categoría de delito algunas resoluciones manifestadas, por razones de índole muy especial, aún cuando doctrinalmente y por su fisonomía propia no constituyan delito.

Por proponer debe entenderse la invitación formal hecha, por quien ha resuelto delinquir, a otra u otras personas para obtener su cooperación en la ejecución del delito, constituyendo por tanto la simple invitación a cooperar a delinquir. Por conspirar se entiende el acuerdo, el concierto entre dos o mas personas para ejecutar determinado delito.

³⁴¹ La ley y el delito, pp 500 y ss., Ed. Hermes, segunda edición, 1954.

Requiere la conspiración no solo que la idea criminal haya sido pensada sino decidida en concierto entre dos o mas personas y que la decisión tomada se refiera a la a comisión de un determinado delito.

Al respecto, se mencionaran unas tesis aisladas de la otrora Primera Sala de la SCJN, aplicables al tema.

La primera tesis, que se cita, el ponente de la misma fue el muy querido y estimado Fernando Castellanos Tena, la segunda, Francisco Pavón Vasconcelos, y la tercera de Mario G. Rebolledo, las cuales fueron publicadas en el Semanario Judicial de la Federación, la primera y la segunda en el volumen 133 – 138 Segunda Parte, y la tercera en el volumen 74 Segunda Parte, todas de la Séptima Época, consultables en las páginas 208, 212 y 41, respectivamente, con los rubros y textos siguientes:

“TENTATIVA NO INTEGRADA. No basta con la intención de realizar el ilícito para que pueda considerarse que se de la tentativa del mismo, si no llegó a convertirse, a objetivarse, en un acto encaminado a la realización del ilícito. Precisando, se advierte que una cosa es la intención y otra la naturaleza del acto que se va a sancionar; o sea, una cosa es la actitud psicológica, el deseo o la intención que tenga el sujeto y otra, bien distinta, la naturaleza del acto que realiza.”

“VIOLACION, TENTATIVA DE. CUANDO NO SE INTEGRA.- Si las constancias del proceso sólo revelan que el agente fue sorprendido en una posición que puede considerarse lúbrica, pero este

acto resulta un indicio aislado que no revela si existió la intención, en el inculcado, de tener cópula con la ofendida, sin la voluntad de la misma, tiene que concluirse que no se configuró la tentativa de violación, dado que esta figura requiere cuando menos de un principio de ejecución del delito imputado (en este caso, de violación), lo que no puede afirmarse sucedió, en virtud de la naturaleza equívoca de la conducta realizada, que no permite se la identifique como un acto de tentativa de violación.”

“TENTATIVA NO CONFIGURADA. No puede estarse en presencia de una tentativa cuando el inculcado no ha desplegado ninguna acción, que se acredite en autos, encaminada directa e inmediatamente a la realización del delito.”³⁴²

7.2.2. La fase externa u objetiva

Cuando la resolución criminal se exterioriza a través de la realización de actos materiales, estamos ya dentro de la fase externa u objetiva del delito; penetramos a lo que algunos de los autores denominan el proceso ejecutivo del delito. Para Maggiore tal proceso comprende: “a) la preparación, b) la ejecución, y c) la consumación. La ejecución puede ser subjetivamente completa y objetivamente imperfecta, en cuyo caso se hable de delito frustrado; subjetiva y objetivamente incompleta o imperfecta en el que se hable de delito tentado.”³⁴³

342 IUS 2005 ...

343 “Todo delito supone una acción externa. Las externas se componen de diversos momentos físicos, así como las internas se componen de diversos momentos morales. Estos momentos físicos pueden estar incompletos subjetiva y objetivamente asimismo tiempo porque ninguno de ellos haya tenido su curso y por ello, no se haya alcanzado el fin deseado por el culpable. Pueden estar completos subjetivamente, pero incompletos objetivamente porque, a pesar de haberse agotado todos los momentos físicos de la acción, el Derecho que el agente atacaba no haya sido violado. En tales casos, el delito presenta una degradación en la fuerza física, porque no está perfecta ni siquiera la acción, o si la acción fue perfecta, no está perfecta la

Inicialmente se adoptó la clasificación bipartita, diferenciándose entre delito consumado y tentativa, sin distinguir, en cuanto a ésta, si los actos realizados agotaban o no subjetivamente el delito. Más tarde los clásicos italianos, con fino sentido analítico, distinguieron la tentativa (conato) del delito frustrado, señalando como carácter de aquella su imperfección respecto de la actividad ejecutiva, al contrario de la frustración, en donde el sujeto realiza todos los actos subjetivamente necesarios para producir el resultado, sin que éste llegue a verificarse por causas ajenas a su voluntad.³⁴⁴

La mayoría de los autores y de los Códigos modernos han abandonado ya esta concepción tripartita (tentativa —delito frustrado— delito consumado), distinguiendo ahora entre la tentativa acabada y la inacabada.³⁴⁵

ofensa a la ley” Francisco Carrara. Programa, parágrafos 345, 346 y 347.

344 Carrara distinguió, brillante, entre delito perfecto y delito imperfecto. En el primero se consume la violación al derecho tutelado, mientras en el segundo la misma no llega a realizarse a pesar de la voluntad proyectada a ese fin, a través de actos apropiados. El delito queda Imperfecto—explica Carrara— cuando imperfecta ha quedado la acción al interrumpirse el curso de sus momentos físicos, o porque éste ha sido insuficientemente promovido, o cuando aun siendo perfecta la acción, en todo lo necesario a alcanzar el fin propuesto y por ello suficientes los momentos precisos para la finalidad, el efecto no ha sido conseguido debido a un impedimento imprevisto, en el primer caso surge el conato, en tanto en el segundo puede tenerse, en ciertas condiciones, el delito frustrado, pp 349 - 350.

345 La distinción entre tentativa y delito frustrado se hace remontar a Romagnosi y se funda en la diferencia existente entre la ejecución subjetiva y objetiva. En la tentativa es incompleta la ejecución, tanto subjetiva como subjetivamente, mientras en el delito frustrado el delito es completo en el ámbito subjetivo pero incompleto en el objetivo, en virtud de la no realización del evento por causas ajenas a la voluntad del sujeto. Según Antonio Ferrer Sama, “tanto una como otra figura consisten en el hecho de realizar una serie de actos de ejecución del delito, distinguiéndose la primera de la segunda (tentativa y frustración) en que mientras en la tentativa no se practica más que una parte de los actos necesarios para consumir el hecho, en a frustración se verifican todos los que lógicamente deberían haberlo producido, a pesar de lo cual el delito no llega a consumarse. Estas dos figuras, en la doctrina extranjera, van comprendidas bajo una misma denominación de

Mezger, al referirse a la distinción entre tentativa acabada e inacabada, aclara que la misma no se refiere al resultado del acto sino al término de la actividad desplegada. En la tentativa inacabada el sujeto no ha realizado todos los actos que por su parte se requieren para que el delito se consuma, en tanto en la acabada sí ha realizado todos los actos por él requeridos, pero igual manera el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad. Respecto a la delimitación entre ambas tentativas, es la "resolución" del agente la base determinante, pues sólo "en el sentido subjetivo del autor mismo" puede llegarse al conocimiento de si ha verificado todo lo de su parte necesario a la consumación del delito.³⁴⁶

En el Derecho penal privado siempre se atendió al daño causado, sancionándose únicamente los delitos consumados; en el Derecho penal público, sin embargo, no tuvo validez absoluta la regla anterior, pues a pesar de la exigencia de que el "*animus*" entrase en el campo de la exteriorización material, no llegó siempre a requerirse un resultado caracterizado en un daño. En los delitos de lesa majestad, por ejemplo, era punible como delito consumado, cualquier acto exteriorizado de la voluntad, aun cuando se

tentativa y distinguiéndose, dentro de ella, las dos modalidades de tentativa inacabada y tentativa acabada". Comentarios del Código Penal, I, p. 56. 1ª edición. Murcia, 1946. Debemos reconocer, como lo afirma Eusebio Gómez, que en la actualidad la distinción entre tentativa (conato o delito tentado) y delito frustrado, carece de importancia, pues los códigos modernos la hacen innecesaria al englobar en un solo concepto, el de la tentativa, a lo que antiguamente se conoció como instituciones diversas de un mismo proceso ejecutivo.

tratara de actos puramente ejecutivos. No obstante, en los últimos tiempos del Derecho romano, la circunstancia de que el resultado no llegara a consumarse constituía, en algunos casos, una atenuante.³⁴⁷

En el Derecho germánico fue desconocida en un principio la tentativa. Posteriormente, aun cuando no llegó a precisarse una fórmula diferenciadora, se equiparó la tentativa al delito consumado, principalmente en el delito flagrante. Por fin, en los siglos XIV y XV parece “reconocerse el concepto de la tentativa en el moderno sentido, sin que ciertamente puedan señalarse desde allí líneas de enlace inmediatas con la época presente”³⁴⁸

Al respecto la otrora Primera Sala de la SCJN, en una tesis aislada, Semanario Judicial de la Federación, Tomo 217-228 Segunda Parte, Séptima Época, visible en la página 72, bajo el epígrafe y texto siguiente:

“TENTATIVA PUNIBLE. REQUIERE UN PRINCIPIO DE EJECUCION. Aun cuando la conducta realizada por los acusados se hizo consistir en que,

346 Mezger, Edmundo, *Tratado de Derecho Penal*, II, pp. 265 y 266.

347 “La idea de la tentativa —relata Von Liszt debe su origen a la ciencia jurídica medieval de Italia. En el Derecho romano falta el concepto y la palabra técnica de la tentativa. Mas, por el contrario en las *Leges Corneliae*, algunos actos de tentativa y de preparación están sancionadas con la pena del delito consumado. Bajo la influencia de la retórica literaria y filosófica fue acentuándose más y más, especialmente desde Adriano, el Lado subjetivo del delito, la voluntad en contraposición al éxito, y, por tanto, el *flagitum imperfectum*, en general, fue sancionado con penas atenuadas. Pero ni siquiera el Derecho romano ulterior llegó a formar un concepto general de la tentativa”. *Tratado de Derecho Penal*, III. p. 5, Ed., Reus, Madrid, 1929. Trad. Luis Jiménez, de Asúa.

348 Mezger, Edmundo, *Tratado II*. p. 225.

comisionados por una tercera persona, estuvieron "ofreciendo en venta" la marihuana relacionada con la causa, la cual era propiedad de este último, sujeto. Sin embargo, tal actividad del "ofrecimiento en venta de la droga" no puede por sí sola encuadrarse dentro de la figura típica de la tentativa por constituir tan sólo un acto preparatorio y no ya un principio de ejecución del delito. A este respecto la Suprema Corte de Justicia ha sostenido el criterio de que "la tentativa punible, para surtirse, no requiere de meras actitudes que permitan suponer con más o menos fundamento que se va a cometer un delito, sino de actos positivos que constituyan un principio de ejecución de ese delito, el cual no llega a su consumación por el concurso de una fuerza extraña al autor que lo impide y que es ajena a la voluntad del delincuente; estos actos, que son ya un inicio de penetración en el núcleo del tipo, que individualizan la tentativa, ordinariamente se identifican como tales en cuanto constituyen medios idóneos o aptos para causar la lesión en el bien jurídico tutelado, conforme a la determinación subjetiva previa adoptada por el autor, y por no llegar a la meta propuesta entraña un mero peligro a dicho bien" (V. Apéndice de Jurisprudencia de 1985, página 578). Y aunque lo anterior se sostuvo con referencia a la modalidad de compra en grado de tentativa del delito contra la salud, lo mismo debe sostenerse respecto a la modalidad de venta, pues así como la sola promesa de compra no es, de acuerdo con el anterior criterio, "un acto ni directa ni inmediatamente dirigido a la consumación, sino mero acto previo o preparatorio", en igual sentido debe entenderse el acto por el cual únicamente se ofrece en venta la droga. No pasa desapercibido el hecho de que el anterior criterio se sostuvo sobre la base de los elementos propios de la tentativa, sustraídos de una definición que actualmente no rige, ya que el artículo 12 del Código Penal Federal, después de la reforma publicada en el Diario Oficial del catorce de enero de mil novecientos ochenta y cinco, ya no define a la tentativa como "la ejecución de hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente", sino que ahora se habla de que "existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que

debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente". Sin embargo, esta nueva redacción del precepto citado, no excluye ninguno de los elementos de la anterior definición, a saber: a) La intención de cometer un delito; b) La ejecución de actos encaminados directa e inmediatamente a la consumación del mismo; y c) El resultado que no llega a consumarse por causas ajenas a la voluntad del agente. Sólo que ahora, la nueva redacción admite específicamente la hipótesis del delito intentado por omisión o inejecución y reafirma la necesaria idoneidad de los medios de cometerlo, al referirse a la ejecución de la conducta que debería producirlo o a la omisión de la que debería evitarlo.³⁴⁹

7.3. Elementos de la tentativa

Con ligeras variantes, los autores consideran como elementos de la tentativa:

- a) Un elemento moral o subjetivo, consistente en la intención dirigida a cometer un delito;
- b) Un elemento material u objetivo que consiste en los actos realizados por el agente y que deben ser de naturaleza ejecutiva, y
- c) Un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto.³⁵⁰

Si tales elementos son reconocidos en forma casi invariable como propios e integrantes del delito tentado, los

349 IUS 2005...

350 Para Giuseppe Maggiore, la tentativa tiene los siguientes elementos: I. La intención dirigida a cometer un delito, II. Un acto idóneo, o sea la manifestación de voluntad, traducida al mundo externo con eficacia causal para producir el resultado que se ha propuesto el agente, y III. Una acción no realizada o el resultado no verificado. *Derecho Penal*, II pp, 77, ss

criterios han variado cuando se tratan de precisar en cuál o cuáles de ellos radica la esencia de esta figura. En la evolución de las teorías, dos distintas corrientes parecen haber conjugado tan dispares opiniones.

Debemos antes de hacer mayores consideraciones al respecto, señalar la razón de la centralización del problema de la tentativa en el llamado comienzo de ejecución.

7.3.1. Actos preparatorios y actos ejecutivos

Si hay relación inmediata entre lo pensado y lo exteriorizado, mayor manifestación de la voluntad criminal expresará el acto según se acerque o se aleje del designio final. Hay actos que por si mismos nada revelan sobre la intención delictuosa; de ahí que, como dice Von Liszt sea necesario contraponer "los actos preparatorios más alejados a los más próximos a los actos punibles de tentativa; aquéllos deben quedar impunes, éstos deben ser penados"³⁵¹.

Por eso se ha distinguido, desde los autores clásicos como Carmag Nini, Romagnosi y Carrara, entre los actos preparatorios y los actos de ejecución, siendo variados los criterios seguidos para diferenciarlos, aun cuando,

debemos decirlo de una vez, no hay ninguno que establezca una tajante y definitiva separación entre ambos:

- a) Desde un punto de vista exclusivamente cronológico, según la lejanía o cercanía del acto al resultado perseguido, serán actos preparatorios los remotos y actos de ejecución los próximos al evento querido y no realizado;
- b) Por cuanto a la naturaleza de los actos, en la equivocidad de los preparatorios y en la univocidad de los ejecutivos;
- c) En el carácter condicional del acto preparatorio y en el de causa del acto ejecutivo;
- d) En la voluntad exteriorizada a través del acto ejecutivo que falta en el preparatorio, etcétera.

La dificultad innegable de precisar cuándo se está frente a un acto constitutivo de un comienzo de ejecución, dio nacimiento a la teoría subjetiva. Contrariando al texto expreso del párrafo 43 del Código Penal Imperial, el cual exige para penar la tentativa que la resolución del autor de cometer un delito "se haya manifestado en acciones que contengan un principio de ejecución de este crimen o delito", esta teoría se remite a aquellas acciones que, según la representación del autor, constituyen un principio de ejecución del delito. Por tanto, se desentiende de del acto mismo en su exteriorización material para referirlo exclusivamente a la representación. Esta forma de interpretación llevó al Supremo Tribunal alemán a penar,

como tentativa de aborto, las maniobras abortivas realizadas en mujer no embarazada, en evidente contradicción del texto del párrafo mencionado.³⁵²

La teoría objetiva, al contrario, encuentra en el acto mismo, exteriorizador de la voluntad, el punto de partida para determinar su naturaleza ejecutiva. Toda la estructura objetiva funciona en relación al tipo particular, a lo que Mezger, denomina “concepción jurídica positiva formal”. Si la tentativa está encaminada a realizar el delito de robo, será punto de partida la acción de “apoderamiento”, la cual fija caracteres propios al acto cuya naturaleza trata de investigarse. El anterior elemento, de carácter netamente formal (en función del tipo), requiere un punto de vista material consistente en el peligro que el acto entraña para el bien jurídico a cuya lesión se encamina la acción.

Dentro de la corriente objetiva, Beling reduce el problema del comienzo de ejecución a la relación directa entre el acto y la actividad expresada en el verbo núcleo del tipo; de agotar la acción dicho núcleo, el delito se consumaría, pues se habría realizado “el matar” y “el robar”,

352 Ramón Palacios, refiriéndose a la construcción de Carrara estima se encuentra apoyada en los principios de la univocidad para distinguir los actos ejecutivos de los preparatorios que no revelan, de modo cierto, la intención de ejecutar y son por ello equívocos. “Actos de tentativa —expresa Palacios— se confunden con actos que comienzan la ejecución del delito, actos preparatorios son los que no demuestran de modo inequívoco la voluntad criminal y aquellos que no obstante la prueba que reciben sobre el querer, carecen del principio de ejecución. La teoría de la univocidad es un desacierto rotundo, el principio de ejecución sobrevive, aunque con distinto nombre, en la dogmática más reciente.” *op. cit.*, pp 75 y 76.

núcleos de los tipos de homicidio y de robo. Como cada núcleo tiene una periferia, la cual no agota la actividad propia del núcleo del tipo, quien comienza a realizar el verbo del tipo comienza a ejecutar la acción particular; habrá por tanto comienzo de ejecución en el homicidio cuando se empieza a matar y en el robo cuando se empieza a robar.

Aceptando las críticas hechas a su teoría, Beling la reestructuró en la de los complementos de la acción, que trata de solucionar los casos en los cuales la acción, aunque peligrosa y reveladora de la intención del agente, por sí no puede constituir un comienzo de ejecución, pues con ella el agente no ha empezado a realizar el núcleo del tipo. Lo cierto es, afirma Beling, que el sujeto en ocasiones verifica acciones que por sí mismas no producirían el resultado deseado, pero sabe de antemano que concurrirá con ellas un complemento que hará posible el evento, complemento consistente en un acontecimiento natural, como el simple transcurso del tiempo, una fuerza o fenómeno físico, o bien en un acto de la víctima o de un tercero, ya actúe éste en forma inocente o en concierto; en tales casos "el complemento" no debe separarse del acto, con lo que éste no podrá ya ser considerado en forma aislada.³⁵³

El comienzo de ejecución se diferencia formalmente del acto preparatorio —dice J. Ramón Palacios—, en que éste

aún no es adecuado al tipo, y precisamente porque al legislador no le interesa tal acto, ha exigido un "comienzo de ejecución" como base objetiva de la tentativa, y cuando estima oportuno punirlo, crea figuras autónomas. "El dolo de la tentativa es el mismo que el de la consumación; y la ejecución tiene su especial significado, al contacto con cada tipo particular, con cada previsión legal. No existe la acción preparatoria abstracta, como tampoco la ejecutiva amoldable a cualquier figura delictuosa; precisa la consideración particular del trato jurídico, para la determinación de lo que es preparación y de lo que es característico de la ejecución."³⁵⁴

Los italianos, desde el siglo pasado han elaborado una teoría del delito tentado que encuentra el criterio distintivo para punir los actos realizados en la idoneidad de los mismos. Será responsable, de acuerdo con ella, quien realiza actos idóneos dirigidos de modo no equívoco a la consumación del delito. Carrara expuso, en un principio, que cuando un acto puede conducir, tanto a un fin inocente como a un delito, es y debe ser considerado como un acto preparatorio, pues falta en él el comienzo de ejecución. Aun en casos de esa naturaleza, la precisión de que están encaminados a la consumación del delito no variará su estimativa como preparatorios en razón de la ausencia de

353 La doctrina del delito tipo.. De palma, Buenos Aires 1944, pp. 102 y ss
354 Palacios, Ramón, *op. cit.*, p. 107.

peligro actual. Pero es más, también los actos representativos de un comienzo de ejecución y por tanto de un peligro actual, pero en forma contingente, seguirán siendo estimados preparatorios por no ser unívocos, es decir, por no revelar en forma unívoca (no equívoca) la intención del agente.³⁵⁵

Al concepto de idoneidad del acto agrega Carrara “el carácter no equívoco o unívoco del propio acto para estimarla como comienzo de ejecución. modificando posteriormente la idea del acto preparatorio en función de los sujetos de la relación. Es acto preparatorio el que se desenvuelve y permanece en la esfera del sujeto activo: es acto ejecutivo el que trasciende esa esfera e invade o se desenvuelve en la del sujeto pasivo, entendiéndose por tal no sólo a la persona física sino también a las cosas sobre las cuales recaen los actos.”³⁵⁶

355 Para Carrara el acto externo, constitutivo del conato, tiene como primer carácter su univocidad, que lo distingue del mero acto preparatorio, por manifestar indudablemente su dirección a un delito dado, pueden por tanto castigarse como conatos “porque existe en ellos el carácter de ejecutivos y el peligro actual”. El segundo carácter del acto externo es su idoneidad o aptitud de conducir al fin perverso, de tal manera que “los actos inidóneos no pueden, pues, imputarse como delito al pretendido tentador. Si la idoneidad existió en los primeros momentos de la acción, cesa toda imputación de los actos como conatos, porque ellos carecieron enteramente de peligro. Si existió en los sucesivos, queda la imputación de los antecedentes cuando éstos sean susceptibles de ello”. Programa, parágrafos 358 y 360.

356 Ramón Palacios expresa que Carrara varió substancialmente su doctrina anterior “para enunciar la que titula ataque a la esfera jurídica de la víctima. Para alcanzar el distingo propuesto, separó los actos consumativos de los preparatorios y de los ejecutivos”. Citando entre otras la opinión de Mássari, destaca el autor mexicano que esa distinción apenas puede ser válida tratándose de los delitos con un objeto material, mientras su inutilidad salta a la vista en aquellos en los cuales falta ese objeto. *op. cit.*, pp. 88 y ss..

Como se aprecia, el problema de la tentativa se centraliza en torno al concepto "comienzo de ejecución", y aunque a la fecha no existe solución plenamente satisfactoria, parece haber obtenido mayor fuerza la corriente "racionalista" que ubica el acto ejecutivo dentro de la esfera de incriminación de la norma principal, tomando "posición contra el bien penalmente protegido" como expresa Mezger y reafirma Vannini.³⁵⁷

No obstante, la duda subsiste cuando estamos en presencia de actos en los cuales no puede claramente establecerse la vinculación con el tipo y por ende la naturaleza ejecutiva de los mismos. Este espinoso problema ha tratado de ser solucionado dándose más amplio contenido al acto ejecutivo, en relación a la norma penal principal, de manera que aquel será no sólo la acción típica realizadora de una parte del hecho, sino un acto que "concreta la violación del bien atacado como acto agresivo de la integridad del bien mismo".³⁵⁸ Ya Massari, al igual que

357 Problema Jurídico, p. 19, 1950. En criterio de Palacios para Vannini "la norma jurídica tiene por objeto formar en el destinatario estados de conciencia opuestos a lo que Kelsen titula la norma jurídica secundaria. Siempre, detrás del precepto que prohíbe u ordena, se encuentra otro precepto legal que condiciona la efectividad de la pena al cumplimiento o incumplimiento, respectivamente, de aquello vedado o sido. La norma con la amenaza, pretende que el sujeto evite el entuerto, por ello, para Vannini, hay simple preparación cuando la sanción no combate con el propósito criminal, y existe ejecución si la actividad desarrollada por el sujeto entra en contraste con el contenido volitivo del precepto penal. Una es la intención de preparar el delito y otra la intención de llevar a término el delito mismo: los actos que cumplen aquella resolución son siempre preparatorios, mientras que los cumplidos con el exacto entendimiento de conducirlos a término, son actos ejecutivos". *op. cit.*, pp. 104 y 105.

358 Expresión usada por Pannai en su Manual, p. 444, al reconocer que en algunos casos no basta el acto típico inicial para concretar la tentativa, sino otro que no siéndolo es igualmente atentatorio del bien jurídico.

Zimmerl sostuvieron que el acto precedente es "lógicamente necesario para la realización inicial del hecho" y por tanto no puede prescindirse de él en la relación causal para determinar la naturaleza del acto.³⁵⁹

La crítica a esta construcción, basada en la agresión del bien jurídico, es enderezada a la circunstancia de introducir, dentro del concepto de la tentativa, los actos precedentes, con lo que se confunden los ejecutivos con los preparatorios. Así, incurren en tal error Frank y Von Hippel para quienes hay tentativa también en las actividades anteriores, de carácter necesario, al comienzo de ejecución del delito. Con ligeras variantes. Mittermaier apoya la tesis de que "constituye tentativa no sólo el inicio de la ejecución que realiza una parte del hecho descrito en el preceptos sino también el acto precedente, lógicamente necesario a ésta que tiene por objeto inmediato la realización inicial del delito"³⁶⁰

Las propuestas anteriores, por sí mismas, no podían constituir un sistema Birkmeyer, dando unidad a tales ideas, estructura la teoría de la eficacia causal, dentro de la cual los actos preparatorios tienen el carácter de condición y

359 Scarano Luis, t. II tentativa, p 10, Nápoles, 1952. Vannini se ve inducido por su fino criterio jurídico al admitir que la tentativa se construye no sólo por la actividad revista en la hipótesis normativa sino en ocasiones también por la precedente. De ahí que por tentativa deba entenderse, según el citado autor, tanto la acción típica realizadora de parte del hecho como tal vez la acción precedente a ella y lógicamente necesaria a aquélla.

360 Scarano, *op. cit.*, p. 8.

los ejecutivos de causa; en este orden de ideas el acto ejecutivo sería el coeficiente necesario para la producción del resultado, el cual encuentra su apoyo en la condición (acto preparatorio) que se da en un momento anterior.³⁶¹

A esta teoría se le ha reprochado el criterio de distinción entre acto preparatorio (condición) y acto ejecutivo (causa), por pugnar contra el concepto mismo de la causalidad. En la cadena de las causas todas can necesarias y nada distingue, hablando en sentido naturalista, las llamadas condición y causa. Por otra parte, resulta incorrecto hablar de causa en la tentativa pues precisamente en el delito tentado no se da tal relación causal por inexistencia del resultado.

Muchas son las teorías elaboradas para precisar el criterio diferenciador entre los actos preparatorios y los ejecutivos y dar así contenido al llamado "comienzo de ejecución", entre otras la de la adecuación y la de la causalidad operante, esta última elaborada por Impallomeni.

Dándose fisonomía peculiar al problema de la causalidad en la tentativa, se acude al criterio de la

361 Expresa Scarano que "la diferencia de actos de preparación y actos de ejecución, según Birkmeyer, responde a la diferencia existente entre causa y condición. Según tal criterio, mientras el acto preparatorio sería una simple condición, el acto ejecutivo sería una causa auténtica del resultado criminoso. El acto ejecutivo no sería uno de los coeficientes, sino más bien el coeficiente necesario para la producción del resultado sin el cual se podría verificar un resultado, pero no el resultado que en aquellas circunstancias, en aquel tiempo y en aquel

adecuación, pretendiéndose reconstruir un nexo que en la verdad material y lógica no existe, para cuyo efecto se plantea un juicio de probabilidad. Como aclara Luigi Scrano se trata de "revelar una tendencia causal, no un nexo causa¹"³⁶² sirviendo para ello el mismo criterio de la teoría de la adecuación, es decir, la regularidad estadística que otorga idoneidad al acto para producir el resultado criterio útil para una "previsión de causalidad" mas no para determinar, en un sentido natural, una relación inexistente de causa a efecto.

Este último criterio es a todas luces inadecuado, pues en la tentativa, al no realizarse el resultado, deja de tener eficacia la distinción, Vannini objetó inteligentemente que en el período de la causalidad en movimiento pueden también intervenir, desde la manifestación de la voluntad, actos puramente preparatorios. Por otra parte, es incorrecto referirse a una causalidad inerte, pues la causalidad siempre está en movimiento y de esa manera tan condición causal es la compra del veneno como el acto de mezclarlo en la comida.³⁶³

Nosotros nos inclinamos a la concepción objetiva, llamada también formal, que identifica al acto ejecutivo siempre en función de la acción típica concreta, admitiendo, sin embargo, plenamente, las dificultades que en la práctica

espacio se ha producido". *op. cit.*, p. 18.

³⁶² *Ibidem.*

se presentan en algunos casos dudosos; en éstos, como excepción.

Delito imposible se reputa aquella conducta que no realizará nunca el resultado típico, en virtud de la inidoneidad de los medios empleados por el agente o bien por faltar el objeto contra el cual va dirigida. J. Ramón Palacios afirma: "Sin objeto al que pueda lesionar la acción, ésta se pierde en el vacío. La acción que no daña ni pone en peligro un bien jurídico, carece de antijuridicidad. Sancionar esa acción estéril es suprimir el juicio de prognosis póstuma, pues notoriamente no puede formularse sin el segundo término: el objeto. En el homicidio, en el aborto, en las lesiones, el objeto es el hombre o el feto, respectivamente. Si no hay objeto es porque no hay sujeto pasivo.³⁶⁴ El derecho a la vida supone al hombre; el derecho a nacer supone al feto; sin hombre no hay derecho, sea un cadáver, sea un hombre ficticio que nunca ha nacido. Pero, con la doctrina dominante, aun colocando en el trasplano al sujeto pasivo, el objeto mismo deshace la intención malvada, en cuanto que sin corporeidad. Punir la acción contra un objeto que sólo existe

363 *op. cit.*, p. 84.

364 Ramón Palacios, partiendo del principio de que la tentativa requiere la antijuridicidad objetiva, afirma que lo caracterizable no es la intención unívocamente manifestada por el acto, sino la intención y el acto agresivo al bien tutelado, aclarando sólo puede haber agresión "cuando el medio es apto para producir el efecto prohibido por la norma penal. Si falta la agresión por la imposibilidad absoluta, total, completa, en el caso concreto, no hay estado objetivo de peligro y ahí falta tentativa punible". No obstante, se ve obligado a precisar que la acción "carece en sí de valor" y la idoneidad "no es un concepto generalizable", correspondiendo al juzgador el análisis de cada caso y de todos los factores antecedentes y concurrentes. "Demostrada la inidoneidad total —declara—, falta la puesta en peligro típico y en Derecho penal la tentativa punible." *op. cit.*, pp. 160 y ss.

en la mente del que actúa, no es punir la acción, porque ésta nada es, sino el pensamiento manifestado..."³⁶⁵ Manzini considera inidóneo un medio cuando aún estando unívocamente dirigido a un determinado delito, resulta en concreto que no sólo es imposible con él la obtención de la finalidad delictuosa, "sino que el mismo constituye un obstáculo natural y necesario a la actuación eficaz de la voluntad debido a la aberrante actividad del agente"³⁶⁶

El propio Manzini distingue entre inidoneidad e insuficiencia de medios. Esta última significa falta de fuerza en el medio para llegar al resultado perseguido, mientras la primera es la ausencia completa de potencia causal. El mismo autor ha diferenciado entre inidoneidad inicial y sucesiva así como general y parcial. Otros autores distinguen entre la absoluta y la relativa, concluyendo en la punición de la tentativa cuando el medio empleado es por sí idóneo pero pierde su eficacia causal el desarrollo de la acción, apareciendo como inidóneo en cuanto al resultado, así como en la no punición de la conducta cuando la inidoneidad de medio, en su mismo origen, hace imposible el evento.

Se dice que el delito es imposible por inexistencia del objeto falta el objeto jurídico tutelado por la norma penal o bien el objeto material, o sea "el elemento constitutivo que

365 *Ibid.*, pp.189 - 190.

366 Tratado, III, p. 195.

representa la entidad física principal (cosa, persona o condición de hecho) respecto de la cual desarrolla la actividad criminosa del agente".³⁶⁷ Así, por ejemplo, falta el objeto jurídico y el delito es imposible, en el acto de disparar sobre un cadáver creyendo que la persona tenía vida; en el apoderamiento de la cosa propia. aun cuando el agente la hubiera creído ajena. Falta el objeto material en las maniobras abortivas realizadas en mujer no embarazada. o en el acto de disparar contra una sombra o un bulto inanimado pensando se trata de un hombre.

La política adoptada en relación a la punibilidad del delito imposible no ha seguido un criterio firme y recto. Ya hemos visto cómo en Alemania a partir de Von Buri, se impuso la teoría subjetiva llegándose a punir como actos de tentativa verdaderos delitos imposibles, criterio que ha tenido también representantes en Francia y otros países. La orientación subjetiva ha atendido, fundamentalmente, a la voluntad exteriorizada de producir un determinado resultado, con independencia de la realidad jurídica, siendo por ello punibles los actos, idóneos o inidóneos. El positivismo, que pregonó como fundamento de la pena la peligrosidad del delincuente, propugnó por la punibilidad de la tentativa aun cuando ésta fuera imposible, si revelaba temibilidad en el autor de los actos, dejando impunes aquellos no reveladores de peligrosidad. Otros criterios han atendido a la inidoneidad

³⁶⁷ Manzini, *op.cit.*, p. 205.

de los medios empleados, dividiéndola en absoluta y relativa.³⁶⁸

Al respecto es aplicable el criterio sostenido por la otrora Primera Sala de la SCJN, publicada en Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CIII, consultable en la página 2123, cuyo rubro y texto es:

“TENTATIVA, FORMAS DE LA. La actuación antijurídica del reo, puede quedar encuadrada en la tentativa, bien a título de frustración, porque el delito era imposible por falta de objeto, o como delito intentado, siendo viable la consumación; y no hay delito consumado si, por las pruebas del sumario, no puede decirse que el reo consumó el delito, que agotó la materia del mismo que llegó a perfeccionarlo dentro de la causación material.³⁶⁹

7.4. Delitos en los que no es posible hablar de tentativa

a) Dado que la tentativa requiere representación de la conducta o del hecho y voluntariedad en la ejecución de

368 “La absoluta tiene lugar cuando los medios adoptados o el objeto sobre el cual aquéllos actuaban, hacen imposible, por la ley natural, la realización del resultado propuesto, como, como en el caso tantas veces citado del envenenamiento con sustancias inofensivas. La relativa se verifica cuando los medios o el objeto tenían en sí mismos una idoneidad general para que el resultado se hubiese producido, pero no tenían, debido a las circunstancias particulares, la virtud suficiente para producirlo en un caso concreto. Así por ejemplo, se administre una sustancia efectivamente venenosa, pero en cantidad insuficiente para producir su efecto o se propina en la cantidad debida, sin producir consecuencias, por ser la víctima de naturaleza inmune a aquel determinado veneno, o en caso de ataque a la persona con arma blanca, si el apuñalado lleva cota de malla. En La hipótesis del su pasivo inexistente, la imposibilidad será absoluta cuando el sujeto no haya estado nunca en el lugar, y relativa cuando debiera verosímelmente estar allí.” Luis Jiménez de Asúa: La ley y el delito, p. 524.

369 IUS 2005 ...

los actos, los delitos culposos no admiten esta forma incompleta o imperfecta.³⁷⁰

b) Igual sucede, teóricamente, en cuanto a los delitos preterintencionales, en los que el dolo está ausente respecto al resultado. Nuestro Código, al no admitir la preterintencionalidad hace imposible referir la tentativa a tales delitos.

Al respecto es aplica el criterio sostenido por la otrora Primera Sala de la SCJN, publicada en Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CIII, consultable en la página 461, cuyo rubro y texto es:

“TENTATIVA PUNIBLE Y PRETERINTENCIONALIDAD. Desde el punto de vista de la ejecución del delito, éste puede ser consumado o intentado, mas no preterintencional, el cual es una subdivisión de los delito intencionales desde el punto de vista de su resultado; los actos imputados al acusado no podrían, en ningún caso, constituir el de delito, o que es consecuencia previsible de ese hecho, por ser efecto ordinario suyo y estar al alcance del común de las gentes, por disposición expresa en contrario de la fracción relativa de la disposición penal que se refiere a los delitos preterintencionales, los cuales, a mayor abundamiento, no varían de naturaleza por el solo hecho de un preterintencionalidad, sino que únicamente aportan

370 Ya Carrara apuntaba la exigencia del conocimiento, en el autor, de la potencia de los actos ejecutivos para hablar de infracción a la ley en el conato. “la culpa —expresa— tiene su esencia moral en la falta de previsión del efecto procurado con la propia acción. El conato tiene su esencia moral en la previsión de un efecto no obtenido y en la voluntad de obtenerlo. Por tanto, entre la culpa y el conato hay repugnancia de términos. Imaginar un atentado culposo es lo mismo que soñar un monstruo lógico. - .“

una circunstancia que el juzgador tomará en cuenta al señalar la pena aplicable al delincuente.³⁷¹

c) Tampoco es factible la tentativa en los llamados delitos de ejecución simple,³⁷² pues la exteriorización de la idea consume el delito, fenómeno que sucede en los atentados al pudor, injurias y uso de documento falso.³⁷³

d) La tentativa no se da tampoco en los delitos de omisión por surgir éstos en el momento en que se omite la conducta esperada al darse la condición exigida por la ley para actuar. Por tanto, no hay un antes en que pueda empezarse a omitir la acción esperada.

7.5. Criterios que pretenden fundar la punición de la tentativa

La teoría de la voluntad exteriorizada está representada principalmente por Garofalo y Ferri, denominándose también teoría de la peligrosidad objetiva en concreto. Encuentra el fundamento de la punición de la tentativa en la voluntad criminal exteriorizada, atendiendo preferentemente no al hecho material en sí, sino a la intención traducida al exterior en actos peligrosos.

Von Liszt y Von Hippel defienden la teoría del peligro, la cual atiende exclusivamente a la peligrosidad

371 IUS 2005 ...

372 "La tentativa no es posible —sostiene Manzini— en los delitos de ejecución simple... porque no es posible escindir su proceso ejecutivo, y en los delitos en los cuales lo que constituirá la preparación o el material de la tentativa de un delito mayor es inculpativo como delito consumado por sí mismo." Tratado, III p. 224.

373 Algunos autores, como Eusebio Gómez, rechazan la posibilidad de cometer tentativa en los llamados delitos formales o de pura conducta.

exhibida por el agente al ejecutar actos, sean o no idóneos, para conducir al resultado perseguido.

Cualquiera de los criterios apuntados, por sí insuficiente, tiene un contenido de verdad innegable justificador de la punición de la tentativa. Sea por la alarma social que provoca, bien por el peligro corrido o por otras causas la ley sanciona la tentativa y ante la insatisfacción plena de las teorías expuestas Manzini concluye por afirmar que la misma "es punible no por otra cosa sino porque constituye violación voluntaria de un precepto penal, cualquiera que sea el criterio político aceptado en la formación de la ley, y agrade o no agrade a los que se dedican a buscar cosas abstractas y paradójicas".³⁷⁴

7.5.1. La razón que justifica la menor punición

Desde muy antiguo ha sido criterio general el sancionar la tentativa con pena atenuada o con la correspondiente al delito consumado. El Derecho romano la sancionó con la pena del delito consumado y sólo excepcionalmente la atenuó; esta regla de equiparación fue privativa de las actividades criminosas dirigidas a infringir el Derecho penal público, por afectar los intereses del Estado.

³⁷⁴ *Op.cit.*, p. 177.

Con la evolución del Derecho, la regla expresada sufrió una total transformación: la tentativa y el delito frustrado se castigaron con penas atenuadas en relación al delito consumado, equiparándose las penas, como excepción, en los delitos graves que ponían en peligro la independencia o la soberanía del Estado.

En nuestra época la mayoría de los códigos sancionan la tentativa con pena inferior a la del delito consumado, adoptándose el criterio de punir, como casos de excepción, algunos actos de ejecución como si el evento se hubiera realizado, y aún simples actos preparatorios, como medida de política criminal tendiente a una mayor protección de ciertos bienes jurídicos considerados de categoría superior.

Se ha estimado que el punir en forma atenuada la tentativa obedece a un principio de justicia, pues no hay en ella producción del resultado. A tal razón se agrega una consideración de política criminal, como es el evitar la repetición de los hechos por parte del autor. A esto le denomina Manzini "un motivo de oportunidad política: el de crear el delincuente un nuevo y eficaz motivo inhibitorio respecto a la repetición de la tentativa"³⁷⁵

³⁷⁵ 49 El anterior criterio fue ya esgrimido por Beccaria, para brindar al autor motivos que lo alejen de reiterar su propósito criminal y llegar a la consumación. Para Carrara la pena debe ser adecuada al hecho y a su gravedad y por ello a la tentativa debe corresponder pena menor a la del delito perfecto o consumado. Crivallari expone dos razones para sostener la aplicación de menor pena en la tentativa: una de simple justicia, pues no puede equipararse el peligro

En nuestro CPF encontrarnos consignado el principio de la punición de la tentativa en el artículo 63, con una sanción hasta de las dos terceras partes de la que correspondería de haberse consumado el delito. Igualmente acepta nuestra legislación el criterio de sancionar algunos actos preparatorios elevados a la categoría de delitos autónomos.

El art. 63 citado, siguiendo el principio consagrado en el art. 51, deja al juez arbitrio para fijar las sanciones a los responsables de tentativas punibles atendiéndose a las circunstancias objetivas de comisión y a las subjetivas propias del autor. Ello nos lleva a afirmar que nuestro Código priva, según mandamiento del art.12 en su parte final, el más amplio arbitrio para individualizar las penas aplicables a los casos de tentativas punibles, condicionándolo a la temibilidad y al grado a que hubiere llegado el autor en la ejecución del delito.

Son aplicables al caso la jurisprudencia 123/2004, así como las tesis, sostenidas por la actual Primera Sala y las tesis por la extinta sala, de la SCJN, publicadas Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, la primera en el Tomo XXI, Febrero de 2005, Novena Época y los restantes criterios volúmenes 217 – 228 Segunda Parte, y

surgido del delito tentado al daño efectivo causado por el delito consumado, y otra de política criminal, ya que de sostener la paridad de penas el delincuente carecería de interés

115 -120 Segunda Parte, ambas Séptima Época, consultables en las páginas 143, 71 y 109 respectivamente con los rubros y textos siguientes:

“INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA TRATÁNDOSE DE DELITOS QUE LA LEY PREVÉ COMO GRAVES EN GRADO DE TENTATIVA, CUANDO EN SU COMISIÓN SE ACTUALIZA UNA AGRAVANTE. De una armónica interpretación de los artículos 63, párrafos primero y tercero, en relación con lo previsto en el párrafo segundo del numeral 51, ambos del Código Penal para el Distrito Federal abrogado, y partiendo del principio de culpabilidad que rige el sistema penal mexicano para la individualización de las penas, se obtiene que para la imposición de las sanciones en el caso de delitos cometidos en grado de tentativa, calificados como graves por la ley, debe atenderse, en primer término, a la regla general contenida en el artículo 63, párrafo primero, del código punitivo en cita, pues es ahí donde se establece la punibilidad para los casos de tentativa, esto es, disminuir hasta las dos terceras partes en su mínimo y máximo el rango de punibilidad previsto en la norma aplicable, tanto para el delito básico como para las agravantes. Satisfecho lo anterior, debe realizarse la individualización de las penas que corresponde imponer al sentenciado, conforme al grado de culpabilidad que le fue apreciado, y sólo en caso de que la punición determinada resultara inferior a la mínima prevista para el delito consumado con sus modalidades, con fundamento en el artículo 63, párrafo tercero, del Código Penal para el Distrito Federal, debe imponerse al sentenciado precisamente la pena de prisión mínima, puesto que en este último párrafo sólo se señala una regla de excepción para el caso de que de la operación matemática el resultado sea una pena menor a la mínima que corresponda al delito consumado.”

“TENTATIVA ACABADA, INOPERANCIA DEL DESISTIMIENTO TRATÁNDOSE DE. Si el agente ya había realizado todos los actos necesarios para la

consumación del homicidio, infiriendo al pasivo lesiones idóneas para privarlo de la vida, no opera el desistimiento libre y espontáneo, porque siendo éste la interrupción del proceso ejecutivo sólo puede tener existencia jurídica cuando no se ha agotado dicho proceso, pues de lo contrario sólo puede darse el "arrepentimiento activo" o eficaz, que supone no una simple cesación de los actos de ejecución, sino una actividad, desarrollada por el mismo autor, que impide la consumación del delito, interrumpiendo el curso causal de la acción, evitando así la consumación del delito. Consecuentemente carece de trascendencia que el acusado dejara de agredir a la víctima cuando ésta se encontraba aún con vida, porque la conducta desplegada de accionar varias veces su arma de fuego en dirección al cuerpo del ofendido, a corta distancia y apuntando hacia partes vitales del organismo humano, como son las regiones abdominales y cefálica, produciéndole lesiones que pusieron en peligro la vida, era apta y suficiente para producir el resultado querido y si éste no se consumó fue debido a causas ajenas a su voluntad y no como en la especie se pretende, a su arrepentimiento."

"SALUD, DELITO CONTRA LA TENTATIVA PUNIBLE EN LOS DELITOS DE PELIGRO. Es inaceptable el argumento que se hace consistir en que en los delitos de peligro no existe la tentativa, puesto que en éstos, como en otros, se pueden llevar a cabo actos tendientes a su consumación, y si no se consuman por causas ajenas a la voluntad del agente, existirá la tentativa punible; en los delitos contra la salud, la premisa de la tentativa punible no es que exista un peligro de peligro, ya que al tratar de realizar el tráfico con determinado estupefaciente, por ejemplo, en realidad ya se está poniendo en peligro la salud pública, que es el bien jurídico tutelado por la figura delictiva de que se trata.³⁷⁶

7.6. El artículo 12 del Código Penal Federal.

El artículo 12 del Código elude en su texto definir la tentativa en orden a la naturaleza de los actos, limitándose a declararlo punible “cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente”.³⁷⁷

En nuestro criterio resulta diáfano que la ley pune los actos ejecutivos, pues sólo ellos están encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito. La palabra directa parece referirse a la dirección expresada por los hechos ejecutados, es decir, que revelan en forma unívoca la intención criminal. La inmediatez de los actos a la consumación del delito pone en claro su naturaleza ejecutiva, pues en el proceso causal adecuado primero es el acto preparatorio y después el ejecutivo, éste más cercano que aquél del momento consumativo. Puede interpretarse que el artículo 12, según su redacción, parece referirse no sólo a la dirección de los hechos reveladores de la intención del sujeto sino además a la idoneidad de los actos ejecutados, o sea a su eficacia causal respecto al resultado querido y buscado.

En términos generales y con muchas reservas nos parece adecuada la fórmula recogida por este artículo, aun

cuando el uso del término realización de un delito puede llevar a confusiones. Tal expresión debe entenderse equivalente a "consumación de un delito", de acuerdo con la redacción integral del precepto y su interpretación teleológica siendo exagerada la crítica en la que se afirma de que lo sancionado en él son los actos preparatorios, como quiere verlo Porte Petit.³⁷⁸

Dentro de la deficiente redacción del artículo 12 se comprenden, en nuestra opinión, tanto la tentativa inacabada (tentativa propia, delito tentado o conato) como la acabada (delito frustrado), identificando los actos ejecutivos (principio de ejecución o el total proceso ejecutivo) mediante la expresión hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, caracterizando la figura a través de la inconsumación del evento por causas ajenas a la voluntad del agente.

El abandono de la antigua diferenciación entre delito tentado o tentativa y delito frustrado, hace totalmente indiferente precisar en la fórmula legal si la actividad quedó o no agotada, si llegó o no al término de la ejecución; en uno u otro caso existirá tentativa punible y el interés de señalar el grado de la actividad delictuosa es exclusivo para la fijación de la sanción.

³⁷⁷ Legislación Penal ...CD.

³⁷⁸ Véase al respecto la introducción a la obra de J. Ramón Palacios, *La tentativa*, p. 13. En

Ahora bien, la inconsumación del resultado tiene su origen en causas fortuitas que interrumpen la acción causal y hacen inútiles los actos realizados. Tales causas deben ser ajenas a la voluntad del autor y pueden provenir de fuerzas o fenómenos físicos o bien de la acción de terceros. Por tanto, no serán punibles dentro de la redacción del artículo 12 del CPF, aquellas tentativas en las que el resultado no se produce en virtud del propio desistimiento del sujeto o por arrepentimiento activo de éste.

7.7. El desistimiento y el arrepentimiento del activo

El desistimiento es la interrupción de la actividad ejecutiva realizada por el autor como expresión de su voluntad de abandonar el designio criminal que se había propuesto. El desistimiento origina la impunidad de los actos ejecutivos realizados cuando éstos, por sí, no constituyen delito. Precisa Welzel el carácter voluntario del desistimiento cuando tiene lugar con independencia de los factores forzosos impidentes del resultado.

El desistimiento es voluntario cuando el autor se dice: "yo no quiero a pesar de que puedo"; es involuntario cuando el autor se dice: "yo no puedo, aunque quisiera". En el robo hay desistimiento voluntario si el agente abandona la idea y la ejecución material dejando inconsumado el delito

la que este último comparte dicha opinión.

por el escaso valor de la cosa; es involuntario cuando el descubrimiento de la actividad ejecutiva impide la realización integral de la conducta. Es pues esencial, en el desistimiento, la voluntad del autor cuando éste es el factor impidente del resultado.

El llamado arrepentimiento activo, por su naturaleza, sólo puede presentarse en la tentativa acabada cuando el agente ha agotado todo el proceso ejecutivo del delito y el resultado no se produce por causas propias. Ello supone no un simple desistimiento sino una actividad desarrollada por el mismo autor que impide la consumación del delito interrumpiendo el curso causal de la acción.

El último párrafo del artículo 12 del Código Penal Federal, establece: "Art. 12.- (...) Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos".³⁷⁹

De conformidad a este precepto legal, el arrepentimiento de llevar a cabo los actos consumativos del delito resuelto, hace impune al agente por los demás actos ejecutivos ya realizados en ese sentido. A través del

arrepentimiento exteriorizado del activo éste interrumpe su conducta ejecutiva, abandonando sus planes criminosos, ya sea desistiéndose personalmente de seguir llevándolos a cabo, o impidiendo que otro lo haga.

El arrepentimiento o desistimiento que hace impune a la tentativa, siempre deberá ser voluntario, no un arrepentimiento forzoso, porque esto más que nada representa la imposibilidad de obtener el resultado por causas ajenas al agente, que no es otra cosa que la tentativa punible misma. Así quien se retira a su domicilio porque no pasó por el lugar esperado a quien debía matar, no enseña un arrepentimiento o desistimiento voluntario, sino una causa de no obtención del resultado por causas ajenas al propio agente. Cosa distinta resulta que una vez que lo tuvo enfrente, prefirió no matarlo, retirándose a su casa; aquí hay un verdadero arrepentimiento, porque el agente pudo obtener el resultado criminoso, pero decidió no hacerlo.

El arrepentimiento sólo tiene valor jurídico en la tentativa, cuando se abandonan los actos ejecutivos, no otros como los "resolutorios" o "preparatorios". Si al realizar actos de esta índole nos arrepentimos y con ello detenemos nuestra conducta criminal, esto representa nada jurídicamente, sencillamente porque al no ser punibles los actos resolutorios y preparatorios, el arrepentimiento de ellos

³⁷⁹ Legislación Penal y su interpretación ... CD.

jamás podría originar impunidad. Lo que interesa del desistimiento, es que se dé cuando se están realizando o se han realizado ya algunos actos ejecutivos. Así, puede arrepentirse la doméstica que apenas ha puesto el veneno en la bebida de su patrona que sabe va a ingerir cuando se sienta a la mesa dentro de unos minutos, estando todavía el recipiente con la bebida en la cocina. O puede arrepentirse cuando, una vez que la patrona ha tomado el veneno, le suministra un antídoto evitándole la muerte. En el primer supuesto, los actos ejecutivos se han colmado, sólo se espera el resultado. Pero en los dos casos, el resultado no se produce por el arrepentimiento de la doméstica, lo cual le produce impunidad. El asunto consiste en que el arrepentimiento, después de que sea voluntario, para que sea eficaz se dé en los actos ejecutivos, evitándose el resultado típico esperado.

Pero aún cuando exista el arrepentimiento, la impunidad sólo aparecerá respecto del resultado no producido, quedando responsable el agente de su conducta que haya realizado otros resultados típicos.

En síntesis: las teorías objetivas fijan el comienzo de la punibilidad en el peligro corrido por el bien jurídico, mientras las subjetivas lo hacen en la exteriorización de la voluntad de lesionarlo, aunque no lo pongan en peligro.

Cobran aplicación al caso las tesis aisladas de la otrora Primera Sala de la SCJN, publicadas en el Semanario Judicial de la Federación, volúmenes 193 – 198 Segunda Parte y 133 – 138 Segunda Parte, Séptima Época, consultables en las páginas 57 y 199, bajo los rubros y textos siguientes:

La primera de estas tesis, el ponente fue, Francisco Pavón Vasconcelos y dice:

“VIOLACION, TENTATIVA DE, NO CONFIGURADA POR DESISTIMIENTO EFICAZ. Si según se desprende de la declaración del inculpado, y de lo manifestado por la sujeto pasivo, aquél trató de copular con ella, pero no logró hacerlo, más no por causas ajenas a la voluntad del acusado, sino en atención a su desistimiento, pues voluntariamente dejó de insistir en su intento de efectuar el acto sexual, motivado porque la ofendida bruscamente se separó de él y porque pensó "que podría meterme en problemas", debe decirse, acudiendo a la tradicional expresión tudesca, que se está en presencia de un "yo no quiero, a pesar de que puedo", característico de un desistimiento eficaz en la tentativa; a diferencia del yo quiero, pero no puedo", que matiza a la tentativa. Además, conviene destacar que el desistimiento del sujeto activo, que en la especie impide que se adecue la conducta al tipo, es eficaz, independientemente de que se haga *formidie poenae* o *virtutis amore*, es decir, por temor a la pena o por amor a la virtud.”

La segunda la sostuvo el muy querido Don Fernando Castellanos Tena dijo:

“TENTATIVA. DESISTIMIENTO. CRITERIO DE PUNIBILIDAD. El que no se produzca el daño, o dicho

en forma más técnica, el que no se integre el tipo por causas ajenas a la voluntad del agente, es el criterio de la punibilidad de la tentativa, pero no su contenido como estadio inferior de la violación delictiva. Puede ponerse en peligro un bien jurídico, pero si no se integra el tipo a virtud del desistimiento, no hay punibilidad aun cuando sí haya habido peligro. La tónica de la figura de la tentativa la da la voluntaria puesta en peligro en forma típica. Puede haberse puesto en peligro, pero si no fue a virtud de un acto de voluntad encaminado precisamente a ello, no habrá tentativa: culposamente puede ponerse en peligro la vida de una persona, pero no por ello podrá decirse que hay tentativa de homicidio.³⁸⁰

El artículo 12 del Código Penal Mexicano debe interpretarse a partir de la teoría subjetiva, ya que no deja dudas referentes a la punibilidad de la tentativa inidónea. Aunque nuestro código no haga referencia al comienzo de ejecución, este debe ser el mínimo exigido para la existencia de una tentativa punible, pues de lo contrario se sancionarían actos puramente internos.

Por otra parte, los elementos “normativos” del tipo, o sea, aquellos que requieren de una valoración jurídica o cultural, son indicados por el legislador en la hipótesis legal atendiendo la situación en que el sujeto activo o pasivo del ilícito pueda encontrarse, en relación a una norma jurídica, o moral, o a las buenas costumbres de un lugar y una época determinada. De esta manera, por ejemplo, en el tipo señalado como “ejercicio indebido del propio derecho”, previsto en el artículo 226 del Código Penal Federal, se tiene

como elemento descriptivo del tipo objetivo, "el derecho" que se ejercita. Como el derecho que se reclama en una acción delictuosa de esa naturaleza no puede advertirse por los sentidos, entonces este elemento no será "descriptivo", sino "normativo", por cuanto requiere para su configuración de una valoración jurídica, esto es de una apreciación de la relación que guarda el sujeto activo con la norma jurídica. En cuanto a los elementos normativos que requieren de una valoración cultural para su configuración, se podría citar el ejemplo del tipo denominado "difamación", previsto en el artículo 350 del Código Penal Federal, que requiere para su integración de un elemento normativo, como es "la deshonra", "el descrédito", o "exponerlo al desprecio de alguien" por virtud de la imputación de un hecho falso o verdadero hecho por el sujeto activo. Como se advierte "la deshonra", "el descrédito" y "el desprecio", no son figuradas reguladas por la ley, sino instituciones referentes a la moral o a las buenas costumbres, que únicamente pueden integrarse en base a una valoración cultural y no jurídica.

Siendo los elementos descriptivos y normativos los que conforman al tipo objetivo, o sea, la descripción legal del delito, si todos ellos se encuentran en el hecho imputado al agente, en este caso, no habría tentativa, sino un delito consumado. La tentativa requiere, como primer requisito, que alguno de los elementos del tipo objetivo falte, por causas ajenas o externas al actuar del agente, que es el

factor predominante en la tentativa. Como sería el supuesto en que el sujeto activo le dispara al pasivo con el ánimo de matarlo, pero yerra el disparo y por ende no se produce el resultado esperado. En este caso, es claro que el elemento objetivo descriptivo del tipo de homicidio denominado "matar" ("el que prive de la vida a otro"), no aparece por causas ajenas a la voluntad del agente.

De lo que se desprende, que los elementos de la tentativa son tres: el primero, que el tipo objetivo no sea totalmente realizado; el segundo, que el tipo subjetivo se haya llevado a cabo plenamente (dolo) y; el tercero, que haya un principio de ejecución del delito resuelto, esto es, actos ejecutivos parciales o totales destinados a realizar el núcleo del tipo (elemento descriptivo del tipo objetivo) y que no fue efectuado por causas externas o ajenas al agente, pero que siempre pusieron en peligro el bien jurídico tutelado.

7.8. La tentativa por actos de omisión

La tentativa también es punible por actos omisivos, o sea, en aquellos casos en que estando el sujeto obligado a actuar, dolosamente no lo hace, sino que adopta una conducta pasiva, poniendo en peligro el bien jurídico protegido.

El Código Penal Federal (art. 12), prevé también los actos de omisión como punibles por medio de la tentativa. No son muy claros los casos de omisión que pueden colocarse dentro de la tentativa, sin embargo, existen. Un caso utilizado regularmente por los juristas para ilustrar a la tentativa por omisión es aquél donde la madre perversamente deja de amamantar a su pequeño hijo para que muera de hambre, pero que al darse cuenta la vecina, se lo quita y lo alimenta, no produciéndose así el resultado esperado por causas externas al agente, lo cual representa una tentativa punible por actos de los llamados de "omisión impropia". Los actos de "omisión propia", son más complejos y escasos, como por ejemplo, el caso en que el agente atropella a un peatón y lejos de auxiliarle "intenta" retirarse del lugar, no consiguiéndolo porque otro se lo impide y lo obliga a prestar el auxilio, quedando así el tipo objetivo incompleto, aun cuando el tipo subjetivo (dolo) aparezca a plenitud, con todo lo cual se presenta una tentativa punible por actos típicos omisivos que no se concretaron por causas externas al agente.

De lo anterior se advierte, en los actos omisivos como en los positivos (que siempre serán ejecutivos) aparecen los mismos elementos de la tentativa punible: un tipo objetivo incompleto, un tipo subjetivo completo y un principio de ejecución. Con respecto a este último el agente no penetra directamente al núcleo del tipo poniendo en serio

riesgo el bien jurídico protegido, indirectamente si lo hace, por cuanto su omisión también pone en riesgo evidente el mismo bien (por ejemplo, no auxiliando a la víctima cuando legalmente está obligado a hacerlo).

Como lo prevé el Código Penal Federal, la tentativa es punible cuando el agente realiza actos positivos y omisivos (propios e impropios) que no completan el tipo objetivo; que sí completen el tipo subjetivo y; que lleven un principio de ejecución, esto es, que puedan calificarse como actos ejecutivos, no produciéndose el resultado esperado por causas ajenas o externas al agente.

En el mismo sentido se puede hacer referencia a la hipótesis en que un funcionario electoral, percatándose de que el votante tiene una credencial de elector falsa (donde los datos que obran en la misma son ciertos, pero que él la haya robado y sobrepuesto a la fotografía original la suya) permita que éste emita su voto, y en el momento de que el ciudadano tome la planilla para ejercer su derecho sea descubierto por otro de los funcionarios de casilla que están vigilando que el proceso electoral sea limpio y transparente. En este ejemplo, es claro que el elemento objetivo descriptivo del tipo penal previsto y sancionado por el artículo 405, en su fracción X, llamado "permitir o tolerar" (dejar hacer) tampoco aparece por causas externas a la voluntad del agente.

En síntesis:

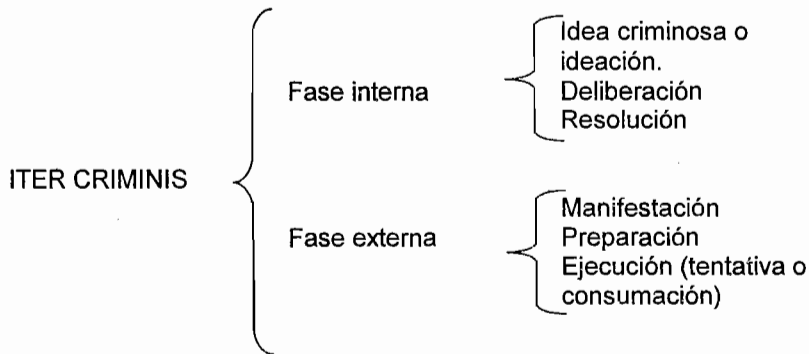
La tentativa no es tipo penal, sino una figura jurídica que castiga ciertos actos tendientes a la consumación de un delito, que no se ejecuta por causas externas o ajenas al agente. Y para que exista tentativa punible, se requiere que el tipo objetivo no se realice, pues de lo contrario, habría delito consumado. Se requiere que el tipo subjetivo se realice plenamente, lo cual presupone entender y querer el resultado típico, esto es, que haya dolo en el actuar del agente. Por eso sólo podrá darse la tentativa punible en los llamados “delitos dolosos”. Por último se requiere de actos “ejecutivos”, es decir de aquellos que ya están en vías de penetración al verbo principal del tipo (matar, lesionar, copular, etc.), lo cual presupone un principio de ejecución del delito.

La *conditio sine qua non* de la tentativa, es que el resultado esperado no se produzca por causas ajenas o externas al agente.

Bajo algunos códigos, la tentativa es punible cuando pone en peligro real a los bienes jurídicos protegidos (teoría objetiva), no siendo punible, entonces, la tentativa inidónea por medios u objetos inapropiados para lograr el resultado esperado. Para otros ordenamientos legales, la tentativa es punible desde el momento en que el sujeto representa peligrosidad para los bienes jurídicos protegidos (teoría

subjetiva) sin importar que dichos bienes hallen o no estado peligro con el actuar del agente. Sin embargo, cuando los medios y objetos son absolutamente inapropiados o inidóneos, se dirá que el sujeto no es peligroso, y su conducta no será punible.

El arrepentimiento o desistimiento espontáneo del agente de conseguir el resultado deseado, hace que la tentativa deje de ser punible, cuando tal arrepentimiento se da en los actos ejecutivos.



Capítulo VIII

Resumen

Por lo cual se concluye que el análisis del artículo 405 fracción X, del CPF con la presente reforma quedaría como sigue:

8.1. Tipo objetivo

8.1.1. Conducta

Las conductas típicas del agente, calificado en este caso deben corresponder a un funcionario electoral, (Presidente y Secretario de casilla) y consisten en **permitir o tolerar** que un ciudadano **emita su voto** sin cumplir con los requisitos legales para ello o que se **introduzcan en las urnas ilícitamente** una o más boletas electorales, equivale a no impedir, siendo su función, tales conductas ilegales de parte del elector. **El elemento subjetivo distinto al dolo es el "... a sabiendas ..."**, alude al dolo específico que debe existir en el agente y que se traduce, primero en el indispensable conocimiento de los señalados actos reprochables y, después, en que siendo deber jurídico suyo el

no impedir éstos, debe además conocer la ley que establece los requisitos para que una persona pueda emitir su voto.

Del tipo penal se desprende que el funcionario electoral podrá incurrir en distintas conductas que lesionan bienes jurídicos que a través del derecho penal se pretenden tutelar, podemos clasificar de la siguiente manera:

a) Que un funcionario electoral permita a un ciudadano emitir su voto cuando sabe que no tiene derecho a ello.

b) Que un funcionario electoral tolere a un ciudadano que vote a sabiendas de que no se tiene derecho a ello.

e) Que un funcionario electoral permita que se introduzcan en las urnas en forma ilícita una o más boletas electorales.

d) Que un funcionario electoral tolere que se introduzca en las urnas en forma ilícita una o más boletas electorales.

De los comportamientos típicos anteriores podemos deducir que el hecho de que el funcionario electoral permita la conducta ilícita del elector supone la existencia previa de

un acuerdo con éste, para realizar la conducta prohibida, en tanto que mediante el término *tolere* el legislador supone la inexistencia de un acuerdo previo en este sentido, por lo que en todo caso nos encontramos ante la votación denominada indebida, cuando el funcionario público tolera alterar el sentido original de la elección.³⁸¹

No se podrá atribuir responsabilidad al funcionario de casilla cuando ha sido engañado, por ejemplo al presentarse ante su vista alguna credencial de elector que no cumpla con todos los requisitos o que esté alterada, si aquél no es experto en la interpretación sobre documentoscopía.

En este sentido, consideramos innecesario que el legislador utilice el término *ilícitamente*, ya que en todo caso el que deposita más de una boleta electoral o el que vota sin contar con los requisitos de ley, está actuando de manera ilícita porque su comportamiento no está ajustado a derecho.

Es obvio que en este caso la exigencia de la norma general de valorar en cada supuesto concreto la conducta desde un punto de vista objetivo y subjetivo, nos plantea la seguridad jurídica suficiente sin la cual se correría el riesgo de imponer consecuencias penales en forma indebida

381 Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*. Undécima Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1996: p. 758.

cuando por ejemplo el funcionario electoral incurre en un error de hecho que por ser causa que nulifica el dolo en la conducta impide que su comportamiento se atribuya como delictivo, por lo que en caso de inexistencia de voluntad dotada de finalidad dolosa del funcionario se debe concluir que la conducta no es antijurídica, por lo que de *lege ferenda* se propone suprimir del tipo el término ilícitamente, que se incorporó en la norma por el legislador.

8.1.2. Resultado

El delito contemplado en el artículo 405, en su fracción X, CPF, se consuma en el momento de que se permita o tolere que un ciudadano emita su voto a sabiendas que no cubre los requisitos de ley o que se introduzcan en las urnas ilícitamente una o más boletas electorales.

Es un delito de resultado formal, es decir que no requiere de un cambio en el mundo exterior.

Admite la tentativa cuando se realicen los actos de ejecución que den comienzo al delito pero que no se consumen en su totalidad por causas ajenas a la voluntad del agente.

8.1.3. Nexo causal

El nexo de causalidad establece que debe determinarse si la omisión del agente se ha traducido en originar cualquiera de los resultados establecidos en la fracción X del artículo 405 del CPF. La adecuación típica en este delito, está condicionada a que la realización de la conducta haya producido un resultado de peligro, éste le sea objetivamente imputable al agente como consecuencia de la omisión. Es decir, la consumación del ilícito depende de la producción del resultado típico: que fuera de los casos autorizados por el orden jurídico, el sujeto activo, por ejemplo, ha dejado de cumplir sus obligaciones electorales, permitiendo que un ciudadano emita su voto a sabiendas de que no cumple con los requisitos de ley. De esta manera la conducta y el resultado típico se hallan vinculados, conectados entre la conducta y el resultado de peligro, exigido en el tipo penal, por tanto al existir recíproca para que el resultado pueda ser imputado a su autor como consecuencia de su omisión, se insiste existe hecho delictivo.

El nexo causal es el producido entre la realización de las conducta que ha cometido el sujeto activo en relación con los elementos establecidos en el artículo 405, en su fracción X, del CPF y el resultado típico debidamente comprobado. El nexo causal se considera penalmente acreditado cuando

existe prueba de idoneidad de los medios empleados y de que el resultado es consecuencia natural y razonable, de la conducta desplegada por el agente.

8.2. Tipo subjetivo

El delito es doloso (dolo directo). Es decir, el agente debe conocer y querer los elementos objetivos pertenecientes al tipo. El dolo, respecto del conocer, se desprende de lo establecido en los artículos 8° fracción I, del CPF, y 9° parte primera del párrafo primero (obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico...), del mismo ordenamiento legal, y respecto del querer se deriva de la aludida fracción I del artículo 8°, y de la mencionada parte segunda del párrafo primero del artículo 9° (quiera o acepte el resultado prohibido por la ley). Así, el conocimiento del autor debe referirse a los elementos del tipo contemplados en el artículo 405, del CPF además para contemplar los elementos subjetivos exigidos por el párrafo primero del artículo 9, habrá de prever los rasgos esenciales típicos futuros, en particular el resultado y el proceso causal, correspondiendo su voluntad a la resolución de ejecutar alguna de las conductas típicas, mediante cualquiera de las formas descritas en la fracción X del artículo 405, antes citado.

8.2.1. Sujeto activo

Conforme al artículo 401 fracción II del CPF son Funcionarios Electorales, quienes en los términos de la legislación federal electoral integren los órganos que cumplen funciones electorales.

Para efectos penales tendrá este carácter quien desempeñe alguna función pública relacionada con los procesos electorales, de tal manera que tanto la Ley Electoral como el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales y en su caso la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en materia electoral definen quiénes tienen ese carácter, en virtud del desempeño de una función determinada, previa la designación, aceptación y protesta del empleo, cargo o comisión previstos en la ley.

Por lo tanto, sólo a quien cuente con esta cualidad podrá imputársele como delictivo un hecho de esta naturaleza. Para ser funcionario electoral se requiere el nombramiento del órgano correspondiente y que el sujeto tenga conocimiento de ello mediante la aceptación del cargo. Además será necesario que el autor de la conducta se prevalezca de las ventajas que en un momento dado le ofrece el desempeño propio de sus funciones para llevar a cabo una actividad dañosa a los bienes jurídicos tutelados

por el derecho penal electoral.

De los funcionarios electorales se espera una intervención imparcial y transparente para garantizar el buen resultado de una elección por lo tanto, se les pueden imputar delitos cuando no cumplan con sus obligaciones. Además, se puede apreciar en ellos un plus característico que consiste en el prevaler que hacen de su posición para realizar la conducta delictiva, que no sólo lesiona bienes como la legalidad y transparencia del proceso electoral, sino que además traicionan la confianza que el Estado les ha otorgado para el desempeño de una función.

Los servidores públicos (funcionarios electorales) que cometen delitos de esta naturaleza son denominados en derecho penal sujetos activos cualificados³⁸² dado que tienen una característica distinta de otras personas, consistente en poder llevar a cabo determinadas actividades que no cualquier ciudadano realiza; actividades que son propias y exclusivas de alguien que en su actuar se prevalece de la posición que tiene para afectar bienes jurídicamente tutelados por el derecho penal.

382 Reyes Echandía, Alfonso. *Derecho penal. Parte general*. Tercera Reimpresión de la onceava edición. Ed. Temis. Bogotá, 1994: p. 114. "Delitos de sujeto activo cualificado son los que requieren del sujeto activo una cualidad especial sin la cual la conducta no es típica".

En cuanto al tipo de delito cometido por un funcionario electoral, la doctrina penal los denomina delitos especiales propios³⁸³ en virtud de que el poder de acción u omisión en esta clase de delitos se limita a un círculo de autores específicos que son entre otros quienes integren los distintos órganos que cumplen funciones públicas electorales como:

a) El Instituto Federal Electoral con sus respectivas dependencias, unidades y órganos.

b) Específicamente los miembros del Consejo General, de la Junta General Ejecutiva de la Dirección General del Instituto Federal Electoral.

c) Los miembros del instituto citado de las distintas entidades federativas que componen las juntas locales y los consejos locales.

d) Conforme a lo dispuesto por el artículo 118 del COFIPE los miembros de las mesas directivas de las casillas electorales.

383 Bacigalupo Zapater, Enrique, *op. cit.*, p. 19. 'En los delitos especiales propios, la acción sólo es delito si la realiza el sujeto específico'.

El concepto de funcionarios electorales involucra como responsables de este tipo de delitos a todas las personas que integran el poder público y que tienen facultades de imperio. También a los miembros de las mesas directivas de las casillas electorales que son seleccionados para que intervengan y ejerzan ciertas actividades el día de la jornada electoral, pues se trata de personas que sí tienen el nombramiento correspondiente por parte de los organismos electorales mas no perciben salario alguno del Estado, ello no elimina la posibilidad de que se les atribuya la comisión de delitos. Sin embargo, de *lege ferenda* sería de gran utilidad que se distinguiera en un apartado distinto los comportamientos de los funcionarios públicos del Estado que actúan en el ámbito electoral frente a los comportamientos de los ciudadanos que son nombrados para ocupar cargos el día de la elección.

En este sentido, la legislación penal electoral establece que funcionario electoral, en oposición a empleado, es el que integra el poder público y tiene facultades de imperio, por lo que como lo señala González de la Vega sería importante suprimir este término por el de servidor público para que no hubiese confusión alguna sobre lo establecido por el título cuarto de la Constitución General de la República y las disposiciones de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

En este tipo de delitos el sujeto activo es calificado, porque se trata de funcionarios electorales, que no requieren de una pluralidad específica. Por tanto, se admite la participación señalada en el artículo 13 en algunas de sus formas, como la instigación o la complicidad.

Los funcionarios de casilla tienen la obligación de verificar que las personas que se presenten en el lugar de la recepción del voto con el ánimo de votar cumplan con todos los requisitos que la ley exige, además deben supervisar que quien pretenda votar no esté impedido para ello en los términos que hemos referido con anterioridad, por tanto, cuando se permite que alguien emita un voto sabedor de que no cumple los requisitos o tiene impedimento para ello o bien permite que se introduzcan una o más boletas, estará adaptándose al tipo descrito.

8.2.2. Sujeto pasivo

Es el Estado, la sociedad, los electores, la vida política del país, la pureza de las elecciones.

8.2.3. Bien jurídico tutelado

Cuando se trata de esta clase de delitos, el objeto de protección a través de los tipos puede ser diverso, en este

sentido se plantean como elementos de protección los siguientes: a) la función electoral adecuada, b) el respeto en un marco de libertad de la expresión de la voluntad popular, c) la libertad plena del sufragio, d) el desarrollo normal de los procesos electorales en cuanto a su transparencia y limpieza, e) la garantía que se debe dar al secreto del voto y como consecuencia la opción libre por una u otra candidatura que le corresponde al ciudadano, f) en algunos supuestos se considera como bien jurídico dañado las actividades de servidores públicos que desvían fondos, bienes o servicios en beneficio de candidatos o partidos políticos.

De acuerdo con el régimen republicano representativo, democrático y federal vigente en nuestro país, los poderes públicos de la nación (a excepción del poder judicial) son elegidos mediante sufragio directo del ciudadano, por tanto, en éste reside originalmente la soberanía política. Podemos decir entonces que el sufragio “es el medio o instrumento por el cual el pueblo manifiesta su voluntad a ese efecto, ejerciendo así la función primordial de la democracia”.³⁸⁴

El sistema de elección que hemos admitido todos los

384 Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo VI. Editorial Driskill, SA. Buenos Aires, 1979; p. 425.

mexicanos, los procesos electorales, las distintas instancias que intervienen en su preparación, la ciudadanía de los consejos locales, comisiones municipales o federales son respuesta del avance democratizador de las instituciones que participan en las diferentes instancias del Estado.

La transparencia a que nos referimos puede ser dañada por una gama extensa de conductas, que a través de la experiencia histórica, como hemos visto, han sido recogidas por el legislador en el ámbito del derecho penal mediante los llamados tipos penales que se construyen a través de fórmulas abarcadoras de los comportamientos considerados como delictivos.

Debemos recordar, como ya lo hemos adelantado, que el tipo penal entre otras funciones tiene la de garantizar la existencia de bienes que pertenecen a las personas o a la comunidad, y por tanto, mediante las conductas delictivas previstas en la ley, lo que se busca no sólo será impedir la comisión de delitos sino además a través de ellos se pretende:

a) Garantizar la permanencia democrática de todas las instituciones públicas,

b) Garantizar la permanencia de los partidos políticos, y

c) Garantizar el respeto a la voluntad de quienes tienen derecho a intervenir o a participar en los procesos comiciales.

Para que el voto alcance su verdadero objetivo es necesaria la manifestación libre, independiente y razonada de la voluntad del elector, así las elecciones deben realizarse en un clima de absoluta libertad que garantice la verdad, de lo contrario serán una mera ficción y el gobierno electo no tendría el carácter de verdadero representante de la voluntad popular.

Con este fin se establecen los delitos electorales, que consisten en aquellos actos que atentan en términos generales contra:

- a) El secreto,
- b) La universalidad,
- c) Libertad, y
- d) La individualidad del sufragio.

Las conductas serían intrascendentes en el campo penal en el caso de ser consecuencia de una simple negligencia (imprudencia), en cambio, cuando responden a una conducta consciente y querida (dolo) como lo sería el fraude electoral, es indudable que la omisión penal debe

dirigirse a calificar y sancionar este tipo de delitos por ser consecuencia de comportamientos conscientes y queridos por su autor.

En nuestro caso, las penas no sólo son privativas de libertad sino también pecuniarias, reflejando así el sentido preventivo que tienen las penas pecuniarias.

Las ramas jurídicas del derecho público que atienden por una parte la conducta antisocial y por la otra la forma de elegir a los representantes del poder público son distintas; aquéllas se interceptan para integrar con elementos de una y otra disciplina lo que podríamos llamar derecho penal electoral, por tanto será necesario invocar la definición tanto de una como de otra y establecer el punto de referencia entre ambas.

El bien jurídico tutelado por la norma es el correcto ejercicio de la democracia, del proceso electoral, y de la seguridad jurídica y política de esta nación.

8.3. Elementos normativos

Hay tipos penales que no sólo contienen elementos descriptivos, sino también elementos normativos, es decir, elementos para cuya precisión se hace necesario acudir a

una valoración ético-jurídica.

Son los contenidos en una descripción de la conducta prohibida que no son perceptibles a través de los sentidos, sino que requieren para captarlos un acto de valoración.

Asimismo, creemos que también constituye un elemento normativo, precisar cuáles son los requisitos que la ley exige, para que un ciudadano pueda emitir su voto y para ello, debemos recurrir a las normas establecidas en el COFIPE, tal como el artículo 140.

En el caso a estudio, para hacer esa valoración es necesario recurrir a las normas jurídicas electorales, para definir que debemos entender por funcionario electoral, así como qué debemos entender por urna y por boleta electoral, (artículo 405 fracción X del CPF)

A diferencia de los elementos objetivos descriptivos del tipo, que son aquellos que pueden ser percibidos a través de los sentidos, los "normativos" requieren de un determinado juicio de valoración para ser constatados; valoración que, en estos casos, es eminentemente jurídica.

Ahora, en el presente estudio, debemos entender por jornada electoral, y el artículo 174 base 4 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE), que a la letra dice: "La etapa de la jornada electoral se inicia a las 8:00 horas del primer domingo de julio y concluye con la clausura de casilla".

Por credencial para votar de acuerdo con el artículo 140 base 2 del (COFIPE) nos dice que es "el documento indispensable para que los ciudadanos puedan ejercer su derecho de voto."

Ahora bien, en la legislación de la materia electoral, no encontramos una definición de lo que es boleta electoral, pero para su emisión el artículo 205 del (COFIPE), nos dice que el Consejo General del Instituto, tomará las medidas necesarias, para aprobar su modelo que se utilizará para la jornada.

De igual forma, tampoco encontramos una definición de urna, sin embargo, el COFIPE en el artículo 209, nos dice que las urnas en que los electores depositen las boletas, una vez emitido el sufragio, deberán construirse en un material transparente y de preferencia plegable o armable, éstas llevarán en el exterior y en un lugar visible, impresa o adherida en el mismo color de la boleta que corresponda, la

denominación de la elección de que se trate.

De igual forma la fracción quinta del artículo 401 del CPF señala que:

“Son documentos públicos electorales, las actas de la jornada electoral, las relativas al escrutinio y cómputo de cada una de las elecciones, paquetes electorales y expedientes de casilla, las actas circunstanciadas de las sesiones de cómputo de los consejos locales y distritales, y las de los cómputos de circunscripción plurinominal y, en general todos los documentos y actas expedidos en el ejercicio de sus funciones por los órganos del Instituto Federal Electoral.”

La mención que hace el legislador a través de fórmulas descriptivas cuando alude a las actas de escrutinio, actas de paquetes electorales, expedientes de casillas y actas circunstanciadas de sesiones de cómputo, tanto de consejos locales como distritales no es la más afortunada, pues utiliza una fórmula genérica que engloba todos los documentos y actas expedidos en el ejercicio de los órganos electorales. Bastaba entonces con plantear el concepto de documentos públicos electorales en forma genérica para que quedara protegido cualquier instrumento documental que fuera utilizado durante la preparación y celebración de elecciones y que según Rodríguez Devesa clasifica como falsedades documentales.³⁸⁵

385 Rodríguez Devesa, José María; Serrano Gómez, Alfonso. *Derecho penal español. Parte especial*, Decimoquinta Edición. Editorial Dykinson. Madrid, 1992; p. 1243.

De conformidad con la normatividad los documentos públicos de carácter electoral son: las actas de instalación y cierre de casillas, actas de escrutinio y cómputo, al listado de electores, actas de recepción de documentos, acta de recepción y distribución de material electoral y cualquier acta circunstanciada que se realice en el supuesto de una irregularidad, o bien cualquier documento que se elabore por las autoridades electorales durante el ejercicio de sus funciones, siempre y cuando se refiera a cualquier etapa del proceso electoral.

Todos los documentos elaborados por los funcionarios de los órganos electorales tendrán el carácter de públicos,³⁸⁶ dada su naturaleza de ser testimonios escritos que contienen la descripción de actos tendientes a la preparación y realización del proceso electoral en el cual intervienen partidos políticos y ciudadanos que tienen la obligación de publicitar dichos actos o bien mantenerlos disponibles para consulta.

Por tal razón, los documentos redactados durante el tiempo de preparación y realización del proceso comicial tienen distintas funciones entre las que destacan para efectos

386 Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XVI. Ed. Driskill, SA., Buenos Aires, 1982; p. 211. Por el Doctor Luis Ma. Boffi Boggero. El instrumento público (documento público) puede definirse elementalmente como el que autoriza a un oficial público o quien sin serlo, se halle autorizado en derecho para actuar como tal.

penales; su utilidad como objeto de la conducta criminal o el medio comisivo para la realización de otros fines de la misma naturaleza y también su instrumentación como medio de prueba para de mostrar que históricamente aconteció un determinado suceso, de aquí la importancia de las funciones que cumplen los documentos electorales y por ello la necesidad de su protección a través de la incorporación en el derecho penal de tipos penales específicos.

Podemos afirmar que por documento público electoral se entiende como el instrumento escrito que reúne ciertas formalidades para ser considerado como tal y que en el derecho penal electoral son los siguientes:

- a) Actas de la jornada electoral.
- b) Actas de inicio y conclusión de la jornada electoral.
- c) Actas relativas al escrutinio y cómputo de las elecciones.
- d) Paquetes electorales.
- e) Expedientes de casilla.
- f) Actas circunstanciadas de las sesiones de cómputo de los consejos locales y distritales.
- g) Actas circunstanciadas de los cómputos de circunscripción plurinominal.
- h) En general todos los documentos y actas

expedidos en el ejercicio de sus funciones por los órganos del Instituto Federal Electoral.

De igual forma con lo dispuesto por la fracción VI del artículo 401 del CPF son materiales electorales los elementos físicos tales como urnas, cancelos o elementos modulares para la emisión del voto, marcadores de credencial, líquido indeleble, útiles de escritorio y demás equipamiento autorizado para su utilización en las casillas electorales durante la jornada electoral.

Al incorporar el legislador en las reformas de 1996 el concepto de material electoral, busca proteger todos aquellos elementos o instrumentos que son de utilidad para el desarrollo armónico de la jornada, por tanto en los casos típicos previstos por la norma se entiende que hay protección penal no sólo contra la inutilización o daños que pueda causarse a cualquiera de dichos elementos, sino contra actos que tiendan a su destrucción.

8.4. Causas eximentes de responsabilidad

Así, el intérprete de la norma debe tomar en consideración si la acción u omisión típica efectivamente causó el daño que se pretendía tutelar por medio de las distintas figuras delictivas, por tanto sólo debe considerarse

relevante la conducta cuando “el bien jurídico” ha resultado lesionado y tal lesión no se encuentra amparada en una causa excluyente de responsabilidad en los términos de lo dispuesto por el artículo 15 del CPF.

A fin de que pueda sancionarse a una persona por delitos de esta naturaleza, debemos estar en condiciones de punibilidad que nos permitan llegar a la conclusión de que los comportamientos prohibidos por la legislación penal-electoral se llevaron a cabo a través de conductas típicas, antijurídicas, culpables, imputables y por ende punibles. Cuando esto no suceda queda prohibido, en virtud del principio de legalidad y de certeza jurídica, imponer pena alguna cuando concurre cualquiera de las causas de exclusión del delito que contempla el Código Penal Federal en el artículo citado en el párrafo anterior y que a continuación se transcriben:

“Artículo 15. El delito se excluye cuando:

- I. El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;
- II. Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate;
- III. 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;

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 y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;

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 el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

VI. La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;

VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este código;

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error

invencible:

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

B) Respecto de la ilicitud 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.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este código;

IX. Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; o

X. El resultado típico se produce por caso fortuito.”

Es importante destacar que todas las causas de exclusión del delito pueden ser resueltas de oficio o a petición de parte en cualquier estado del procedimiento, de conformidad con lo establecido por el artículo 17 del CPF lo cual implica que cuando el agente del Ministerio Público federal o el juez penal tengan conocimiento de un hecho presumiblemente delictivo de carácter penal electoral y encuentren que de conformidad con el material probatorio aportado la conducta del autor o autores se encuentra amparada por cualquiera de las causas de exclusión del delito, también llamadas causas de inculpabilidad o circunstancias que eximen la antijuridicidad de la conducta,³⁸⁷ estarán obligados a resolver ya sea en la etapa de averiguación previa o en las etapas de preinstrucción,

387 Sandoval Delgado, Emiliano, . *Circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal en el derecho penal mexicano*, Ed.. Ángel Editor. México, 2000; pp.. 23 y ss.

instrucción o juicio la no punición de dicho comportamiento, hacer lo contrario supone una violación a los principios de derecho penal así como a las normas fundamentales consagradas en la Constitución General de la República. En tal sentido, ha sido abundante la jurisprudencia de la Suprema Corte al establecer como medio de interpretación de las circunstancias eximentes distintos criterios que han sido de gran utilidad para el análisis de los hechos fácticos.

C o n c l u s i o n e s

PRIMERA. En la historia de nuestro país siempre ha existido la inquietud por legislar delitos electorales, pero al respecto han existido dos tendencias: la primera se pronuncia porque se configuren dichos injustos en los códigos penales y en esta idea se basó nuestro actual congreso para que a partir del 25 de marzo de 1994, quedaran previstos en el Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

SEGUNDA. Los ilícitos electorales, tienen la tarea de fortalecer el régimen democrático en el proceso electoral, tanto federal como local y para ello se aprobaron reformas a diversos ordenamientos de la materia, incluyendo a nuestra Carta Magna y al Código Penal Federal.

TERCERA. La reforma penal en materia de delitos electorales de 25 de marzo de 1994 y que fue objeto de otra reforma el 22 de noviembre de 1996, continúa con la tendencia jurídica de mantener en la legislación penal estos delitos.

CUARTA. En todo el título Vigésimo Cuarto, intitulado "Delitos Electorales y en materia de Registro Nacional de Ciudadanos", el bien jurídico protegido en ellos, es la prevención de evitar conductas que afecten la seguridad y la limpieza del sufragio, teniendo como resultado la pureza del voto.

QUINTA. Es importante hacer la distinción entre las faltas administrativas y los delitos. Para ello el legislador ha descrito en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, cuáles son las primeras y el Código Penal Federal los segundos y es trascendental determinar cuál va a ser el punto distintivo entre éstos, pues sus consecuencias son distintas.

SEXTA. Los delitos electorales en su gran mayoría son de acción, con excepción del previsto en la fracción X del artículo 405 del Código Penal que es de omisión y que fue objeto de estudio en la presente tesis doctoral, sin embargo todos ellos son eminentemente dolosos.

SÉPTIMA. En el delito a estudio el sujeto activo del mismo requiere de una calidad específica es decir que sea un funcionario electoral y como en el delito objeto de estudio es de omisión, la calidad de garante, es fundamental.

OCTAVA. El sujeto pasivo siempre va a ser el Estado, pues es el primero en estar interesado de que la jornada electoral se lleve con absoluta limpieza, para también los electores y los partidos políticos.

NOVENA. El delito a estudio requiere de circunstancias de lugar y tiempo, pues para realizar la conducta típica exigida es necesario que se efectúe en el interior de la casilla electoral y como consecuencia de ello que se esté en la jornada electoral.

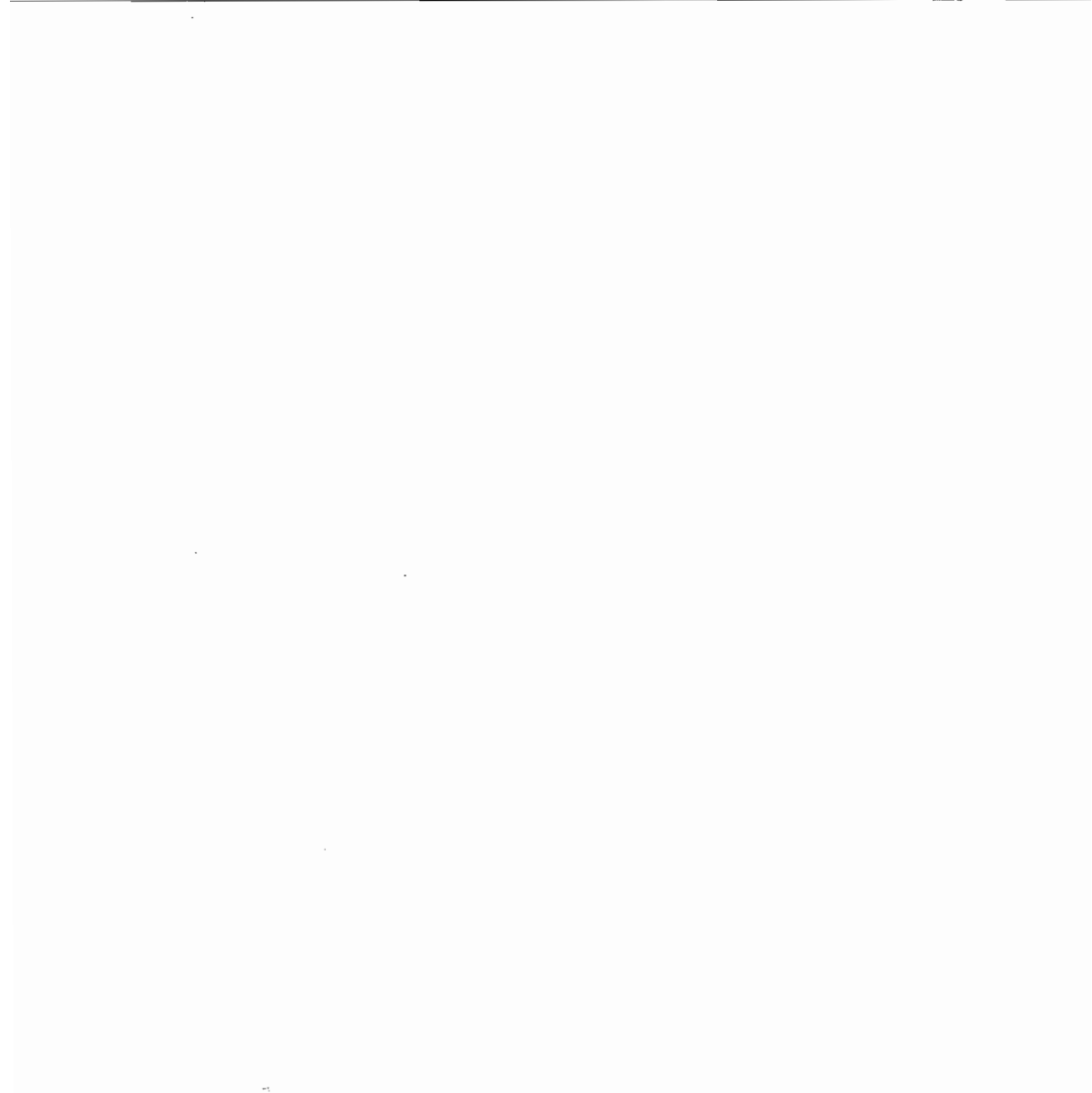
DÉCIMA. En el delito de esta investigación se exigen elementos normativos, tales como credencial para votar, lista nominal, boleta electoral y urna.

DÉCIMA PRIMERA. Los sujetos activos de los delitos electorales, incluyendo al que fue objeto de estudio en esta tesis, no tienen derecho al beneficio de la libertad provisional, siempre que se haya acordado o preparado su realización en términos de la fracción I del artículo 13 del CPF.

DÉCIMA SEGUNDA. Se prevén penas privativas de libertad, multa así como la inhabilitación y destitución del cargo.

Tabla de abreviaturas

art.	Artículo
arts.	Artículos
Cit.	Citado
Cfr.	Confróntese
COFIPE	Código Federal de Procesos Electorales.
Const.	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
CPF	Código Penal Federal.
CPDF	Código Penal para el Distrito Federal.
CFPP	Código Federal de Procedimientos Penales
Ed.	Editorial
fr.	facción
IFE	Instituto Federal Electoral
LOPJF	Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.
pp.	Páginas
PGR	Procuraduría General de la República.
ss.	Siguientes.
t.	Tomo
Trad.	Traducción
TRIFE	Tribunal Federal Electoral
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
S.A.	Sociedad Anónima
vg.	Verbigracia
Vol.	Volumen



Fuentes de Investigación

Bibliografía

AMUCHATEGUI, REQUENA, Irma Griselda, **Derecho Penal**, Ed., Harla, México, 1998.

ARISTÓTELES. **Ética Nicomaquea, Política**, traducción de Antonio Gómez Robledo, Editorial Porrúa, S.A., México, 1967.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, **Lineamientos de la teoría del delito**, Editorial Astrea, de Rodolfo Depalma y Hnos., Buenos Aires, 1974.

_____, **Principios de derecho penal, parte general**, segunda edición, Ed., Akal Iure, Madrid 1990.

_____, **Delitos impropios de omisión**, Ed., Akal Iure España, 1998.

_____, **Derecho Penal, parte general**, segunda edición totalmente renovada y ampliada, Ed. Desalma, Buenos Aires 1999.

VON BELING, Ernest, **La doctrina del delito – tipo, en Esquema de Derecho Penal**, trad. Sebastián Soler, Ed., Depalma, Buenos Aires, 1944.

BERLÍN VALENZUELA, Francisco, **Derecho Electoral** :

(Instrumento Normativo de la Democracia), Editorial Porrúa, S.A., México, 1980.

BETTIOL, Giuseppe, **Derecho Penal, parte general**, Ed., Temis, cuarta edición, Bogotá, 1965.

BLASCO Y FERNÁNDEZ DE MOREDA, Francisco, **La tipicidad, la antijuridicidad y la punibilidad como caracteres del delito en la noción técnica jurídica**, criminalia, t. IX.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, **Manual de Derecho Penal, parte general**, tercera edición, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1989.

CARNELUTTI, Francisco, **Teoría General del Delito**, Ed., Porrúa, México, 1960.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, **Derecho Penal Mexicano, Parte General**, Octava edición, Ed., Libros de México, SA., México, 1967.

CARRARA, Francesco, **Derecho Penal**, Ed. Harla, México, 1993.

CASTELLANOS TENA, Fernando, **Lineamientos elementales de derecho penal** (parte general) vigésima séptima edición, Ed., Porrúa, México, 1989.

CERESO MIR, José, **Autoría y participación en el código penal**, revista anuario de derecho penal y ciencias penales, fascículo III, Madrid 1979.

CORTÉS IBARRA, Miguel Ángel, **Derecho penal**, parte general, cuarta edición, Ed., Cárdenas Editor y distribuidor, México, 1992.

COTTERET Jean Marie y Emeri, Claude, **Los sistemas electorales**, Editorial Oikos-Tau, Barcelona, España, 1973.

CUELLO CALÓN, Eugenio, **Derecho Penal, Parte General**, Tomo I, Novena edición, Editorial Nacional, México, 1961.

DAZA GÓMEZ, Carlos, **Teoría general del delito**, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1997.

DÍAZ ARANDA, Enrique, **Derecho penal**, parte general (conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano, conforme a la teoría del delito funcionalista social), segunda edición, Ed. Porrúa y UNAM, México, 2004.

GALVÁN RIVERA, Flavio, **Derecho Procesal Electoral Mexicano**, Ed. McGraw-Hill Interamericana Editores, S.A. de C.V., México, 1997.

GARCÍA, Antonio, **La Democracia como problema**, Ed. I.C.A.L., Madrid, España, 1978.

GARCÍA OROZCO, Antonio, **Legislación electoral mexicana, 1812 - 1917**, Segunda edición, Ed. Gaceta Informativa de la Comisión Federal Electoral, México 1978.

GENIS GONZÁLEZ-MÉNDEZ, Alfredo, **La libertad en el Derecho Procesal Penal federal mexicano**, Ed. Porrúa, México, 1999.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, **Autoría y complicidad en el derecho penal**, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, sección de publicaciones, Madrid, 1979.

_____, **Introducción a la parte general del derecho penal español**, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, sección de publicaciones, Madrid, 1979.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. **Código Penal Comentado**. Impresores Unidos, S. de R.L. México, 1939.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, René, **Derecho Penal Electoral**, Ed., Porrúa, S.A. Tercera edición, México, 1994.

GÓMEZ, Eusebio, **Tratado de derecho penal**, Ed., Compañía Argentina de editores 1939.

HASSMER, Winfried, **Fundamentos del Derecho Penal**, trad. Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Ed. Bosch casa editorial, Barcelona, 1984.

HUERTA PSIHAS, Elías, **Panorama Electoral y Ofertas Políticas 1994-2000**, Editorial Academia Mexicana de Derecho Electoral, Colección de Textos y Documentos, Primera edición, México, 1994.

ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, **Análisis lógico de los delitos contra la vida**, Editorial Trillas, México, 1992.

JAKOBS, Gunther, **Derecho penal, parte general**, traducción Cuello Contreras, Serrano González Mourillo, Madrid, 1995.

JESCHECK, Hans – Heinrich, **Tratado de derecho penal**, traducido y adiciones de Mir Puig y Muños Conde, Bosch casa editorial, España, 1981.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, **La Ley y el Delito**, Ed., Hermes, México-Buenos Aires, 1986.

_____, **Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito**, Ed., Sudamericana, Buenos Aires, 1990.

_____, **Tratado de Derecho Penal**, Editorial Losada, Buenos Aires, 1956.

_____, **Tratado de Derecho Penal II**, segunda edición, Ed. Losada, Buenos Aires, 1958.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, **La tipicidad**, Ed., Porrúa México, 1955.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, **Teoría del Delito**, Décima primera edición, Editorial Porrúa, México, 2003.

MAGGIORE, Giuseppe, **Derecho Penal**, T I, quinta edición, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1989.

MANZINI, Vincenzo, **Tratado de Derecho Penal**, t. II, Ediar editores, Buenos aires, 1948.

MARQUEZ, PIÑEIRO, Rafael, **Derecho penal, parte general**, cuarta edición, Ed. Trillas México, 1999.

MAURACH, Reinhart, **Tratado de Derecho Penal**, Tomos I y II, Ed., Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

MEDINA PEÑALOZA, J. Sergio, **Teoría del delito, causalismo, penalismo, funcionalismo e imputación objetiva**, segunda edición corregida y aumentada, Ed., Ángel editor, México, 2003.

MEZGER, Edmundo, **Tratado de Derecho Penal**, II, segunda edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1949.

_____, **Derecho Penal**, parte general, libro de estudio, séptima edición, Ed., Cárdenas editor distribuidor, Córdoba 1957

MIR PUIG, Santiago, **Derecho Penal, Parte general**, cuarta edición, Editorial Promociones, Publicaciones Universitarias, Barcelona, España, 1996.

_____, **Derecho Penal, Parte general**, séptima edición, Ed. Julio César Faira – editor, Montevideo - - Buenos Aires, 2005.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, **Delitos Electorales. Algunos lineamientos para el Ministerio Público**, Procuraduría General de la República, México, 1994.

MUÑOZ CONDE, Francisco, **Teoría general del delito**, Editorial Temis, Bogotá, 1990.

ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, **Teoría del delito**, sistemas causalista y finalista, Segunda edición, Ed; Porrúa,

México 1995.

PALACIOS, Ramón, **La tentativa. El mínimo de ilicitud penal**, Ed. UNAM, México, 1971.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, **Manual de Derecho Penal Mexicano**, 2ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1967.

PLATÓN, **Diálogos**, Editorial Porrúa, S.A., 5ª edición, México, 1989.

PORTE PETIT, CANDAUDAP, Celestino, **Apuntamientos de la parte general de Derecho penal**, Sexta edición, Ed., Porrúa, México, 1982.

_____, **Programa de la parte general del Derecho penal**, Ed., Porrúa, México, 1958.

REYES ECHANDIA, Alfonso, **Tipicidad**, sexta edición, Ed. Temis, Bogotá Colombia, 1989

REYES TAYABAS, Jorge, **Análisis de los delitos electorales y criterios aplicativos**, Ed., P.G.R., México 1994.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María, **Derecho penal español**, parte general, octava edición, Ed. Julio Cesar Faira, Montevideo Buenos Aires, 2000.

RODRÍGUEZ MOURILLO, **Derecho penal**, parte general, t., I, España 1977.

ROMÁN QUIROZ, Verónica, **La culpabilidad y la complejidad de su comprobación**, Ed. Porrúa, México, 2000.

ROXIN CLAUS, Introducción al derecho penal y al derecho procesal, traducción notas y comentarios de Arroyo y Gómez Colomer, 1988

_____, Derecho penal, parte general, traducción y notas de Luzon Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Renezal Madrid, 1996.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso, **Derecho Penal español**, Décima Quinta edición, Ed. Dikison, Madrid, 1992.

SOLER, Sebastián, **Derecho Penal argentino**, Editorial Tipográfica, Editora Argentina, Buenos Aires, 1956.

VERGARA TEJADA, José Moisés, **Manual de derecho, parte general**, Ed. Ángel editor, México, 2002.

VON LIZST, Franz, **Tratado de Derecho Penal II**, vigésima edición trad. Por Jiménez de Asúa, Ed. Reus, Madrid, 1927.

WELZEL, Hans, **Derecho Penal alemán**, parte general, décima primera edición, traducción del alemán por el prof. Juan Bustos Ramírez y prof. Sergio Yáñez Pérez, Ed., Jurídica de Chile, 1970.

_____, **Derecho Penal alemán**, cuarta edición castellana, Ed., jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **Manual de Derecho Penal, Parte General**, 4ª edición, Editorial Cardenas editor y distribuidor México 1991

_____, **Tratado de Derecho Penal, Parte General**, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988.

ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo, Delitos electorales, Ed; Ángel editor, México, 2000.

Hemerografía

ABARCA, Ricardo, **El Derecho Penal en México, Jus**, Revista de derecho y Ciencias Sociales, México, D.F, sin fecha.

BARBERO SANTOS, Mariano, **Anuario de derecho penal y ciencias penales, España 1973.**

CARLOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel, **cuadernos de derecho criminal, causalidad o imputación objetiva**, Madrid, 1990

LANDABURU, Laureano, **El delito como estructura**, revista penal, t., I, número 1

VILLALOBOS, Ignacio, **La punibilidad y su ausencia**, criminalia XXVI, México, 1960

REVISTA DE ANÁLISIS Y ACTUALIZACIÓN JURÍDICA. Año I. Número 2, Enero, 1991. Acta, artículo de Luis Fernández Doblado. **El Ilícito Electoral (La Tutela Penal del Sufragio)**.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, de 12 de febrero de 1987.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, de 7 de enero de 1946.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, de 2 de julio de 1918.

Legislación

Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, Comentado.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Código Penal Federal.

CARRANCÁ y TRUJILLO, Raúl y CARRANCÁ y RIVAS, Raúl, **Código Penal Anotado**, Editorial Porrúa, SA., Décima Octava edición, México 1995,

Código Penal para el Distrito Federal.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales.

Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

LEYES PENALES MEXICANAS, Tomos I, II y III, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1990.

Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Enciclopedias y diccionarios

DICCIONARIO ENCICLOPEDICO ILUSTRADO, SOPENA, T. IV, SOPENA BARCELONA, 1977.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, vigésima segunda edición, tomo II, España, 2001

DICCIONARIO ELECTORAL, Instituto Inter-Americano de

Derechos Humanos, Centro Inter-Americano de Asesoría y Promoción Electoral, Primera edición, Ed. capel, costa rica, 1989

GRAN ENCICLOPEDIA DEL MUNDO, Editorial Durván, S.A. 7ª edición, Tomo XV, Bilbao, España, 1995.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, t., VI, Ed; Driskill, S.A., Buenos Aires, 1979.

Discos Compactos y DVD

Compila XI, Legislación Federal y del Distrito Federal, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005.

IUS 2005, junio 1917- junio 2005, jurisprudencia y tesis aisladas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación, México 2005.

Legislación Penal y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004.