

JOSE MARIA LAVALLE PAVON

**EL DELITO DE ABUSO
DE AUTORIDAD**

MEXICO, D. F.

1964



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A LA MEMORIA DE MI PADRE:
SR. JOSE MARIA LAVALLE ALCALA.

A MI MADRE:
SRA. MARIA PAVON VDA. DE LAVALLE.

A MI ABUELITA:
SRA. MARIA ALCALA VDA. DE LAVALLE

88-472

A MIS TIOS:

SR. LIC MANUEL PAVON BAHAINÉ

Y

SRA. SARA FLORES DE PAVON.

A MIS HERMANOS:

MARIA DEL CARMEN, PABLO HUMBERTO

y LANDY CATALINA LAVALLE PAVON.

Capítulo I

CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO.— DOCTRINA FRANCESA.— DOCTRINA ARGENTINA.— CRITERIO ACEPTADO POR LA DOCTRINA MEXICANA.

Caracterizándose el delito de Abuso de Autoridad por la calidad específica del sujeto activo, que el artículo 214 del Código Penal exige en su párrafo primero, será preciso determinar el concepto de funcionario público con anterioridad al análisis del delito en cuestión.

Es evidente que, en los términos del artículo 214 citado, al realizar un sujeto algunas de las conductas activas u omisivas previstas en las diversas hipótesis del artículo de referencia, sin reunir la calidad de funcionario público, agente del Gobierno o su comisionado, dichas conductas no constituirán un Abuso de Autoridad. Por tanto, la determinación de estos conceptos constituye el paso previo para la correcta comprensión del delito de Abuso de Autoridad.

Doctrina Francesa.—Dominada por la idea de servicio público, la doctrina francesa construye su concepto de funcionario en función de este concepto. Pasaremos a exponer los criterios de algunos de estos juristas.

León Duguit¹, nos habla genéricamente de agente público como: "toda persona que participa de una manera permanente, temporaria o accidental en la actividad pública, sin tener el carácter de gobernante directo o representante", dividiendo después específicamente a los agentes públicos en agentes funcionarios y agentes empleados. Caracterizando a los primeros por su participación permanente y normal en un servicio público, sea que éste se preste en forma centralizada, descentralizada o mediante concesión.

¹ Leon Duguit. *Traité de Droit Constitutiannel*. Tomo III, págs. 4 y sigs. Troisieme Edition París 1930.

A los segundos por su participación momentánea y accidental en el funcionamiento de un servicio público.

La crítica que se ha llevado a cabo en contra de este concepto se deriva de la que hace al concepto que el propio autor tiene del servicio público, al cual lo identifica con la actividad del Estado. Para este autor toda la conducta del Estado se agota en la prestación y aseguramiento de los servicios públicos; por esta razón todos los actos de los Agentes Públicos deben ser actos de servicio público, y hoy día se sabe, y es aceptado por la doctrina dominante, que no toda la actividad del estado es servicio público.

Gastón Jézé², nos dice que no toda la actividad del Estado es servicio público, y si bien piensa como Duguít que para ser Funcionario Público es indispensable que los actos de éste se consagren al funcionamiento de un servicio público, difiere en que exige que este Funcionario forme parte de los cuadros permanentes de la administración, es decir, que el empleo, función o servicio sea permanente, normal, ordinario y no crearlo sólo para un momento, transitoriamente.

Este autor, para establecer la idea de Funcionario Público, hace la siguiente clasificación: Gobernantes, Auxiliares, Requisados y Agentes del Servicio Público o Funcionario Público.

Los Gobernantes se individualizan por la naturaleza de sus actos; ellos se ocupan de determinar cuáles son las necesidades que habrán de satisfacerse por el procedimiento del Servicio Público, y como funcionará éste último, sometiéndose a un régimen jurídico especial; dentro de esta categoría son colocados los Colegios Electorales, Ministros, Diputados, Senadores, etc.

Los Auxiliares son diferenciados por el carácter temporal, accidental como intervienen en el funcionamiento de un servicio público; no forman parte de los cuadros permanentes

² Gastón Jézé. Les principes Generaux du Droit, administratif. Tomo II, págs. 215 y sigs. Traducción directa de la 3a. Edición Francesa Editorial Marcel Giard, París 1930; Editorial De-Palma, Buenos Aires, 1949.

de la administración pública y están sujetos a contratos de locación de servicios privados o públicos.

Los requisados, son aquellas personas a quienes el Estado obliga a que presten sus servicios mediante una indemnización en forma temporal, sin formar parte de los cuadros orgánicos de la administración.

Los Agentes de Servicio o Funcionarios Públicos, son los individuos investidos temporalmente de un empleo permanente, normal para colaborar en el funcionamiento de un servicio público. En esta tesis se destaca la idea de un empleo o función permanente y la idea de servicio público.

Esta tesis es criticada por Villegas Basavilbaso ³ porque, a su juicio, él no toma en cuenta el consentimiento como elemento constitutivo del concepto de funcionario; para él es: "Presupuesto necesario para conferir a un individuo la calidad de Funcionario Público su consentimiento".

H. Berthélemy ⁴; este autor no toma como elemento básico para definir al Funcionario Público la noción de servicio público, sino que atiende a la naturaleza jurídica de los actos que realizan los funcionarios, mas no deja de reconocer que, aún siendo utilizado el concepto de Funcionario en todos los textos con un sentido particular y ordinariamente claro, no se ha llegado a formular una definición general. Por ésto nos dice que los Funcionarios son "en general, aquellos que habiendo aceptado un nombramiento de la administración para un cargo determinado, colaboran de una manera continua en la gestión de la cosa pública". Este autor hace la distinción entre Funcionarios de Autoridad y Funcionarios de Gestión, consecuencia lógica de la separación conceptual que hace de funciones de autoridad y funciones de gestión.

Los primeros son los que participan en el ejercicio del Poder Público y a quienes les da la categoría de Funcionarios, propiamente dicho.

3 Villegas Basavilbaso Benjamín. Der. Administrativo, Tomo III, pág. 237. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951.

4 H. Berthélemy. Traité Elementaire de Droit Administratif, pág. 45 y sigs., Dixieme Edition París 1923.

Los segundos no toman parte en el ejercicio del Poder Público.

Carece, pues, de relevancia, para este autor, el que las funciones que desempeñan los Funcionarios sean retribuidas o gratuitas, transitorias o permanentes, etc. Tampoco da importancia a la categoría de funciones, pues afirma que hay Funcionarios Sub-Alternos cuyo papel es el de no hacer más que actos de ejecución.

Nos sigue diciendo este autor que la teoría de la "Situación Contractual" y la del Estatuto Legal, que tratan de explicar la naturaleza jurídica de la función pública, pecan de exceso de generalización.

La observación nos conduce a combinarlas la una con la otra, haciendo de las funciones públicas distinciones necesarias, distinciones a que nos hemos referido con anterioridad. Por ello afirma el mencionado autor, que preguntarse sobre el vínculo jurídico que existe entre el Estado y el Funcionario, es plantearse mal el problema, puesto que hay funciones que implican un tal vínculo y otras que no implican ninguno.

Termina este jurista diciéndonos: "La distinción que resulta de la naturaleza misma de las funciones públicas es toda diferente, ello nos trae una vez más esta división cuya importancia ha sido ya señalada: Los Administradores realizan dos clases de actos; actos de autoridad o actos de gestión". Puesto que los actos de gestión son realizados por cuenta del Estado, persona moral, la función que consiste en cumplirlo puede ser vista como un arrendamiento de servicios entre el Estado y el Funcionario. La misión de realizar los actos de autoridad puede ser conferida a cualquiera por elección o por designación que supone la aceptación del Funcionario y no es menos por ello acto de autoridad y no acto contractual.

Villegas Basavilbaso⁵ critica esta teoría y juzga que "existen funcionarios que son de autoridad y de gestión al mismo tiempo, según los actos que puedan celebrar en un momento determinado de acuerdo con la ley y los reglamentos".

5 Villegas Basavilbaso, op. cit., pág. 242.

Doctrina Argentina.—Villegas Basavilbaso⁶ examina el texto de la Constitución Argentina y advierte el uso indistinto que ella hace de los términos como empleados, funcionario y autoridad, sin reservarlos a la función administrativa. Por su parte, el Código Civil Argentino habla únicamente de funcionarios públicos, vocablo que está usado por el Legislador, según el autor, "no en un sentido específico; comprende asimismo al empleado público no existiendo razón alguna para limitarlo a las Ordenes Administrativa y Judicial, él alcanza también al Orden Legislativo".

Para el Código Penal, expresa el citado autor, los conceptos de funcionario público y empleado público son sinónimos. En general la Legislación, anota este jurista, exhibe no sólo una muy deficiente terminología, sino también la confusión de los conceptos de funcionario y el de empleado público.

Afirma Villegas Basavilbaso, que funcionario es la persona física que manifiesta la voluntad del órgano institución; si el órgano institución es administrativo, su titular es funcionario público administrativo. La calificación de funcionario no proviene de la naturaleza de las facultades que el Ordenamiento Jurídico da al funcionario, sean aquellas facultades de decisión o de mera ejecución, de gestión técnica, social o cultural. Concluye este jurista diciendo: "denomínese funcionario público administrativo, al titular de un Órgano Institución Administrativa, cuya actividad tiene por objeto formar, declarar o ejecutar la voluntad de la persona jurídica pública". No influye para el Status Jurídico del funcionario el carácter permanente o transitorio, remunerado o gratuito de las prestaciones que el funcionario debe a la Administración Pública. Frente al funcionario reconoce la existencia del empleado público, que es en número mayor, como agente al servicio del Estado para la prestación profesional de su actividad; esta prestación da origen a una relación de empleo público "en virtud del cual una persona voluntariamente queda en una situación especial de sujeción al Estado al desarrollar profesionalmente su actividad al servicio del mismo".

6 Villegas y Basavilbaso, op. cit., págs. 275 y sigs.

Este autor termina por establecer la diferencia entre funcionario y empleado público; para él, el primero posee carácter representativo, representa al Estado, y el segundo carece de tal carácter, sólo mantiene una vinculación interna con el Estado. El contenido de la relación de empleo público es de tipo económico; en cambio, el contenido de las atribuciones del funcionario está ausente de todo carácter patrimonial.

La posibilidad de que se reúna en una misma persona las calidades de funcionario y empleado público, da lugar a las siguientes categorías de agente público: empleado-funcionario, empleado no funcionario y el funcionario-ad honorem que no es empleado.

Rafael Bielsa⁷; este jurista, al hacer el estudio de funcionario público, nos dice que, la realización o actuación de los fines del Estado no se concibe sin la actividad intelectual o física de persona que, en sentido lato, son sus agentes, es decir, funcionarios o empleados, según el carácter jurídico de la actividad que realizan y según la naturaleza de la relación jurídica que los vincule con el Estado.

Comúnmente se habla de función pública comprendiéndose en ella al empleo público; pero evidentemente no es lo mismo funcionario público que empleado público, como veremos luego. Al decir que el funcionario ejerce funciones administrativas (públicas) se limitan dos conceptos: el de función y el de servicio, pues uno y otro difieren de su contenido.

De ahí que, al emplear indistintamente los términos funcionario y empleado, sea una de las tantas sinonimias defectuosas de la terminología legal.

El servicio concurre a formar la función pública; aún más, es su contenido esencial; pero para que exista función pública, es necesario, además del servicio, otro elemento: el "encargo" o una "delegatio", que se instituye en principio por la ley, y se atribuye por un órgano o un funcionario superior en el orden jerárquico, en ejercicio de sus facultades legales.

7 Rafael Bielsa, *Der. Administrativo*. Tomo III. pág. 21 y sigs. 5a. Edición, Roque de Palma, Editor, Buenos Aires, 1956.

Este jurista define al funcionario público, como aquél que en virtud de designación especial y legal (sea por decreto ejecutivo, sea por elección), y de manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una delimitada esfera de competencia, constituye o concurre a "constituir" y a "expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público, ya sea actividad jurídica o social".

La designación especial (es decir personal) y la continuidad (que siempre es relativa) diferencian al funcionario de aquél que, sin serlo, puede ser considerado circunstancialmente como funcionario público, en razón de la naturaleza de la actividad que realiza (ya sea por obligación legal, ya sea espontáneamente).

La institución de funcionario público, a diferencia de la de empleado, dice Bielsa, no está subordinada en modo alguno a la mayor o menor duración del servicio, ni a la forma o régimen de aceptación; tampoco el ejercicio gratuito o remunerado es elemento esencial de la función, lo que importa es que ella se ejerce por "especial encargo", conferido a determinada persona. La diferencia esencial entre función y empleo público, sigue diciendo Bielsa, está en lo siguiente: la función supone un "encargo especial", una delegación, transmitida en principio por la ley; el servicio sólo concurre a formar la función pública. Respecto al empleado, sólo hay una vinculación interna, al paso que con el funcionario hay una relación externa, que atribuye a éste cierto carácter representativo, por poco que signifique la representación que ejerza. No es empleado ni funcionario público el que, cualquiera que sea su carácter, no forme parte del personal de alguno de los tres poderes del Estado, ni realice actividad de él; no hay relación jurídica pública, ni orden jerárquico, ni atributo alguno de la función o del empleo, ni se puede aplicar leyes de los funcionarios o empleados.

Este autor clasifica a los funcionarios (*latu sensu*) de la siguiente manera:

a) Funcionarios (propriadamente dichos) y empleados; los primeros con carácter representativo y los segundos con carácter técnico o profesional.

b) Funcionarios electivos (directa o indirectamente) y de nombramiento.

c) Atendiendo al organismo político-administrativo del cual forman parte y dependen; los funcionarios y empleados son: nacionales (federales), provinciales (estatales) y municipales.

d) Según su competencia: autoridades y agentes. Los primeros son los que tienen potestad de mandar, decidir y hacer cumplir sus órdenes; los segundos, los que simplemente obran para la administración, generalmente como auxiliares o meros ejecutores de las órdenes que reciben.

e) Funcionarios inamovibles y amovibles, etc.

De acuerdo con lo expuesto, según Bielsa, el funcionario público se caracteriza porque su actividad presupone una "delegatio" transmitida en principio por la ley, que tiene por objeto constituir, expresar o ejecutar la voluntad estatal. Esa "delegatio" implica necesariamente una relación externa, mejor dicho, confiere al instituido por la delegación una representación más o menos extensa, bien que se trate de actos jurídicos o de hechos materiales.

Criterio aceptado por la Doctrina Mexicana.—Esta doctrina que es aceptada por el maestro Gabino Fraga, es, en mi opinión, la que mejor interpreta el sentir de nuestra legislación.

La constitución Federal, en sus artículos 108, 110 y 111, hace referencia a la triple diferenciación de altos funcionarios, funcionarios y empleados públicos; por lo que analizando enumerativamente cada uno de los preceptos anteriormente citados, nos encontramos que todos ellos tienen ese carácter representativo que los coloca como intermediarios del Estado y los particulares, en tanto que los empleados públicos sólo guardan la relación interna con el servicio, necesario para auxiliar a los funcionarios en el ejercicio de su cargo.

Capítulo II

EL ABUSO DE AUTORIDAD.

a) Antecedentes históricos y legislativos de este delito. b) Ubicación de este delito en los Códigos Penales. c) Especial referencia del bien jurídico que se tutela. (objeto jurídico del delito).

ANTECEDENTES HISTORICOS Y LEGISLATIVOS DE ESTE DELITO

El delito de abuso de autoridad, cometido por el funcionario público, ha sido reprimido desde las legislaciones más antiguas, hasta nuestros días, ya que el Estado, a través del tiempo, ha tratado siempre de proteger la efectividad de sus instituciones públicas, así como velar por la incolumidad de los derechos de los ciudadanos, que al ser violados, ponen en peligro la integridad del Estado.

En el derecho Romano ¹ encontramos el antecedente más remoto de este delito, en el "Crimen Repetundarum" (crimen de prevaricación), que es la fuente del cual brotan todas las demás acriminaciones de los abusos de un funcionario público; este delito nació como una "questio perpetua", con la finalidad de recuperar las sumas que el funcionario infiel arrancaba a los particulares por medio de la extorsión, el crimen repetundarum posteriormente dió origen a dos figuras distintas de crimen, el "crimen peculatus" y el "crimen concussionis" (crimen de peculado y crimen de concusión). El peculado consistía en la apropiación cometida por el funcionario público, o privado de los valores o dineros custodiados en las arcas públicas, este delito era castigado con la Interdictio, aqua et igni. El crimen de concusión, que fue introducido extra ordinem por constituciones imperiales, consistía en la extorsión de dinero o de otras utilidades, cometida por el funcionario en perjuicio de personas privadas, con la amenaza de medidas injustas, o tam-

1. Giuseppe Maggiore, Tratado de Derechos Penal, Tomo III, pág. 128 y sigs. Editorial Temis Bogotá, 1955.

bién en la extorsión cometida contra otras personas privadas, con amenaza de acusaciones o testimonios falsos; este delito se castigaba con la muerte en los casos más graves.

En el crimen *repetundarum*, ampliado a sus límites primitivos, se incluye también la corrupción del funcionario público, que consistía en la aceptación de dinero para realizar o para omitir un acto de jurisdicción Civil, o que dependiera de la Administración, del Comando Militar, del cargo de Senador, del de Acusador, de Testigo, etc.

Derecho Alemán.—² **Antecedentes Legislativos.**— En el derecho Alemán, Mezger nos señala, haciendo referencia al delito de abuso de autoridad, que el tratamiento más amplio, correspondiente a la esencia del Estado de Policía, de la materia contenida en la actualidad en el Capítulo XXVIII del Código, se encuentra ante todo en el derecho general territorial Prusiano de 1794, con el título de "Los Crímenes Cometidos por los Servidores del Estado". Nos sigue diciendo el citado autor, que el Código Penal Prusiano de 1851, ha constituido el modelo del Código Penal de 1871, que trata este delito bajo el rubro de "Crímenes y Delitos Cometidos en el Ejercicio de Funciones Públicas.

Derecho Italiano ³.— **Antecedentes Legislativos.**— En referencia al delito que tratamos, Manzini, nos dice que este delito no se encontraba en el Código Sardo Italiano de 1859 y en el Código Toscano de esa misma época, hasta el Código de 1889 que previó el delito que nos ocupa en el Artículo 175, estableciendo que "el funcionario público, que, abusando de su cargo, ordena o comete contra los derechos ajenos cualquier acto arbitrario no previsto como delito por una disposición especial de ley, será castigado con la detención de 15 días a un año, y cuando actúe por una finalidad privada, la pena aumentará un sexto y se sustituirá la reclusión a la detención".

2 Mezger, *Derecho Penal*, parte especial, pág. 400 Editorial Bibliográfica Argentina, traducción a la 4a. Edición Alemana, Buenos Aires, 1959.

3 Manzini, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Tomo V, págs. 212 y sigs., Unione Tipografica Editrice Torinese, Torino 1935.

Esta norma, dice este autor, se enlaza a la del Código de 1819 para las dos Sicilias, el cual disponía: "todo funcionario público o empleado que ordena o comete algún acto arbitrario, sea contra la libertad individual, sea contra los derechos civiles de uno o varios ciudadanos, será castigado con la interdicción de uno a cinco años".

Si el acto arbitrario se comete para satisfacer una pasión o un interés privado, el funcionario público que lo ordena o comete, será castigado además con la reelegación, salvo las penas mayores en los casos establecidos por la ley.

Derecho Argentino⁴.— **Antecedentes Legislativos.**— Sebastián Soler, al estudiar el delito de Abuso de Autoridad, nos dice que este delito fue tratado en el Código de 1887, bajo el título general "Delitos Políticos y Delitos Peculiares a Empleados", y que en el actual Código, este orden es distinto tratando el delito en el Título denominado "Delitos contra la Administración Pública", agrupando en el mismo título los delitos de los funcionarios públicos, delitos de particulares y delitos de acción bilateral o de participación necesaria.

... **Derecho Mexicano.**— **Antecedentes Legislativos.**— Derecho Patrio. El Código de 1871 trató el delito de abuso de autoridad en el título undécimo, bajo el rubro de los "Delitos de los Funcionarios Públicos en el Ejercicio de sus Funciones"; el Código citado tomó como modelo el Código Penal Español de 1850 y su reforma de 1870, y en punto a doctrina, dice la comisión haberse guiado por Ortolán, para la parte general (libro III) y por Chaveau y Hélie, para la parte especial (libro III).

El Código de 1929 siguió al Código de 1871 en lo que se refiere a este delito, en el título Noveno denominado "De los Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos". El Código de 1931, siguió en su texto a los anteriores, con el título denominado "De los Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos".

Antecedentes de la ley de Responsabilidades de los Funcionarios Públicos.— La Constitución de 1857 consagró en su

⁴ Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Tomo V, pág. 100. Primera Reimpresión Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951.

texto, la Ley de Responsabilidad de los funcionarios públicos. y bajo su vigencia fueron expedidas leyes reglamentarias de esa materia, en 3 de Noviembre de 1870 y 29 de Mayo de 1896, además del Código Penal de 1870, que también contenía disposiciones varias sobre el particular. La Constitución de 1917 también consagró la Ley de Responsabilidades de los funcionarios públicos y previno en su Artículo 111, que el Congreso de la Unión, expediría la Ley Reglamentaria Respectiva, la cual fue publicada en el Diario Oficial de 21 de Febrero de 1940 derogando en su Artículo 6 transitorio, la Ley de 3 de Noviembre de 1870, sobre responsabilidades oficiales de los altos funcionarios de la Federación y la de 6 de Junio de 1896, sobre responsabilidades y fuero constitucional de altos funcionarios federales.

Es de particular importancia señalar que la Técnica Legislativa en el Derecho Italiano configura el delito de Abuso de Autoridad como tipo específico de promulgación libre, permitiendo en consecuencia el encuadramiento en el tipo descriptivo abstracto de hechos o conductas diversas; esto es, al definir el Abuso de Autoridad como: "el hecho del funcionario público, que abusando de los poderes inherentes a sus funciones, comete cualquier hecho no previsto como delito por una especial disposición legal, con el fin de causar a otros algún perjuicio o para procurarles algún provecho", da lugar a la posibilidad de encuadrar en el tipo toda conducta arbitraria del funcionario público, siempre y cuando tal conducta tienda específicamente a procurarle algún provecho o de causar algún perjuicio; por lo tanto deja al juzgador la valoración de hecho concreto determinando tal valoración la constatación de que la conducta del funcionario público sea abusiva, lo que hará atendiendo al derecho administrativo que regula la especial esfera de competencia del funcionario y demostrando la especial tendencia del funcionario a procurarse algún provecho o a causar algún perjuicio. Conforme a la descripción típica Italiana, éste es un tipo de tendencia y por tanto el fin específico es un elemento subjetivo del Injusto.

Por el contrario, las Legislaciones Ibero-Americanas formulan tipos específicos vinculados, prescindiendo de la figura

genérica del delito de Abuso de Autoridad, impidiendo en tal forma que un hecho por sí mismo sea abusivo, arbitrario y lesivo si no está específicamente previsto por un tipo pueda ser acriminado.

Pensamos que la técnica legislativa italiana es de mayor perfección, en cuanto protege a la administración pública de todo acto abusivo. No obstante, consideramos que atendiendo al poco desarrollo democrático de nuestros Estados Latino-Americanos, la tendencia de especificar en forma casuística los tipos, tiende a darle precisión a los hechos o conductas punibles, evitando que una técnica interpretativa errónea, acaso por intencionada, desvirtúe la tutela del interés jurídico. Así al formular caso por caso las conductas más comunes de que se valen los funcionarios para medrar y sancionarlas, le impone al juzgador la necesidad de constatar sin permitirle valorar, lo que impide interpretaciones erróneas y con ello se logra mayor seguridad jurídica, tanto para la Administración pública, que en esta forma protege a sus funcionarios, como a los particulares, dado que tiene conciencia clara de lo que es delictivo y puede denunciar con mayores posibilidades los hechos arbitrarios de los funcionarios.

Ahora bien, México penetra paso a paso en la senda del Estado de Derecho y la técnica legislativa debe caminar en consonancia con el adelanto constitucional del Estado Mexicano, por lo tanto propugnamos por la reforma moderada, que incluya un tipo innominado y genérico de Abuso de Autoridad.

UBICACION DE ESTE DELITO EN LOS CODIGOS PENALES

- 1.—Código Penal de Bolivia (1834).
"De los Delitos y Culpas de los Funcionarios Públicos en el Ejercicio de sus Cargos". (Título VI)
- 2.—Código Penal del Brasil (1940)
"De los Delitos Contra la Administración Pública".
(Título XL)

- 3.—Código Penal Argentino (1922).
"Delitos Contra la Administración Pública". (Título XI)
- 4.—Código Penal de Colombia (1936).
"Delitos contra la Administración Pública". (Título III)
- 5.—Código Penal de Costa Rica (1941).
"Delitos Contra la Administración Pública y el Régimen de Justicia". (Título X)
- 6.—Código de Defensa Social de Cuba (1936)
"Delitos de los Funcionarios Públicos en el Ejercicio de sus Cargos y otros Análogos". (Título VIII)
- 7.—Código Penal de Chile (1874)
"De los Crímenes y Simples Delitos Cometidos por Empleados Públicos en el Desempeño de sus Cargos". (Título V)
- 8.—Código Penal de la República Dominicana (1884).
"Crímenes y Delitos Contra la Casa Pública". (Título I)
- 9.—Código Penal del Ecuador (1938).
"De los Delitos Contra la Administración Pública". (Título III)
- 10.—Código Penal de Guatemala (1936)
"De los Delitos de los Funcionarios Públicos en el Ejercicio de sus Cargos". (Título VI)
- 11.—Código Penal de Haití (1835).
"De la Prevaricación y de los Delitos de los Funcionarios Públicos en el Ejercicio de sus Funciones". (Título I)
- 12.—Código Penal de Honduras (1906)
"De los Delitos Cometidos por los Funcionarios Públicos Contra el Ejercicio de los Derechos Individuales Sancionados en la Constitución". (Título II)
- 13.—Código Penal de Puerto Rico (1902)
"De los Delitos Contra la Justicia Pública". (Título X)
- 14.—Código Penal de San Salvador (1904).
"De los Delitos de los Empleados Públicos en el Ejercicio de sus Cargos". (Título VII)

- 15.—Código Penal de Uruguay (1933)
"Delitos Contra la Administración Pública". (Título IV)
- 16.—Código Penal de Venezuela (1926)
"De los Delitos Contra la Cosa Pública". (Título III)
- 17.—Código Penal de Nicaragua (1891).
"Delitos Peculiares a los Empleados Públicos".
(Título VI)
- 18.—Código Penal de Panamá (1922).
"De los Delitos Contra la Cosa Pública". (Título VI)
- 19.—Código Penal de Paraguay (1914).
"Delitos Contra la Administración Pública" (Libro 2º
Sección 1ª Capítulo V)
- 20.—Código Penal de Perú (1924)
"Delitos Contra los Deberes de Función y los Deberes
Profesionales". (Libro 2º, Sección Décimocuarta)
- 21.—Código Penal Español.
"Delitos Cometidos por los Funcionarios Públicos Con-
tra el Ejercicio de los Derechos de la Persona, Reconoci-
dos por las Leyes".
- 22.—Código Penal Soviético.
"Delitos Cometidos por los Funcionarios Públicos".
- 23.—Código Penal Italiano.
"Delitos de los Funcionarios Públicos Contra la Adminis-
tración Pública".
- 24.—Código Penal Alemán (1871).
"Crímenes y Delitos Cometidos en el Ejercicio de Fun-
ciones Públicas".
- 25.—Código Penal Mexicano (1931)
"Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos".

BIEN JURIDICO TUTELADO POR EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD

Antes de entrar al estudio del bien jurídico protegido por el delito de abuso de autoridad, daremos el concepto general

de Bien Jurídico, entendiéndose por tal "la situación de hecho o de derecho que se protege mediante la pena".

El Bien Jurídico protegido en el delito de abuso de autoridad, nos dice Mezger:⁵ "es en general el ordenamiento estatal pero en su dirección hacia dentro, dicho más exactamente, el bien jurídico protegido es la corrección del desempeño del cargo en el referido amplio sentido de la palabra"; y nos sigue diciendo este autor que el "valor del acto de la acción juega también un papel", pero lo que decide sigue siendo el interés objetivo de impedir los hechos que exponen a peligro a lesionar ese desempeño en el cargo en sentido amplio; Mezger cita a Litz-Schmidt, y dice que estos autores estiman no sin acierto, que lo que caracteriza los hechos punibles incluidos en este capítulo es la circunstancia de que "amenazan en última instancia la marcha de la administración del Estado".

Nosotros pensamos que el bien jurídico protegido por el delito de Abuso de Autoridad es, tanto la protección a la administración pública de las conductas delictivas de los funcionarios, evitando con ello el descrédito y corrupción de la misma, como la protección a los derechos de los particulares de dichas conductas delictivas de los funcionarios; pues si penetramos en la razón jurídico social de este delito, observamos, que al proteger el buen funcionamiento de la administración, no se hace otra cosa que velar que no se lesionen ni menguen los derechos individuales que sólo encuentran una valoración adecuada en la justicia social personificada en los poderes encargados de administrarla.

5. Edmundo Mezger, Derecho Penal, parte especial, pág. 401, Editorial Bibliográfica Argentina Traducción a la 4a. Edición Alemana, Buenos Aires 1959.

CAPITULO III

EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD

a) El Art. 214 del Código Penal y fracciones 9, 10, 11, 71, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 22 del Art. 18 de la Ley de Responsabilidades de Funcionarios Públicos y Empleados de la Federación.

b) Equivalencias entre las 11 fracciones del Art. 214 del Código Penal y las 11 fracciones de la Ley de las Responsabilidades.

El delito de Abuso de Autoridad se encuentra descrito en el Código Penal, pero en la Ley de Responsabilidades existen hipótesis que en su gran mayoría son equivalentes de las que aparecen en el Código Penal. A reserva de ocuparnos del concurso aparente que se plantea, resaltaremos las analogías y diferencias que existen en los tipos de ambos ordenamientos.

Artículo 214 del Código Penal.—Comete el delito de Abuso de Autoridad, todo funcionario público, agente del Gobierno o sus comisionados, sea cual fuere su categoría, en los casos siguientes:

I.—Cuando para impedir la ejecución de una ley, decreto o reglamento, el cobro de un impuesto, o el cumplimiento a una resolución judicial, pida auxilio a la fuerza pública o la emplee con ese objeto;

II.—Cuando ejerciendo sus funciones o con motivo de ellas, hiciere violencia a una persona sin causa legítima o la vejare injustamente o la insultare;

III.—Cuando indebidamente retarde o niegue a los particulares la protección o servicio que tenga obligación de otorgarle, o impida la presentación o el curso de una solicitud;

IV.—Cuando ejecute cualquier otro acto arbitrario y atentatorio, a los derechos garantizados en la Constitución;

V.—Cuando estando encargado de administrar justicia, bajo cualquier pretexto, aunque sea el de obscuridad o silencio de la ley, se niegue a despachar un negocio pendiente de él;

VI.—Cuando el encargado de una fuerza pública requerido legalmente por una autoridad civil para que le preste auxilio, se niegue indebidamente a dársela;

VII.—Cuando teniendo a su cargo caudales del Erario. les de una aplicación distinta a aquella a que estuvieren destinados, o hiciere un pago ilegal;

VIII.—Cuando abusando de supoder haga que se le entreguen algunos fondos, valores u otra cosa que no se hayan confiado a él y se los apropie o disponga de ellos indebidamente por un interés privado;

IX.—Cuando por cualquier pretexto, obtenga de un subalterno parte de los sueldos de éste, dádivas y otros servicios;

X.—El alcaide o encargado de cualquier establecimiento destinado a la ejecución de las sanciones privativas de libertad que, sin los requisitos legales reciba como presa o detenida a una persona o la mantenga privada de libertad y sin dar parte del hecho a la autoridad correspondiente, y;

XI.—El funcionario que teniendo conocimiento de una privación ilegal de libertad, no la denunciare a la autoridad competente, o no la haga cesar, si ésta estuviere en sus atribuciones.

Artículo 18 de la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios Públicos y Empleados de la Federación.

Fracción IX.—Impedir la ejecución de una ley, decreto, reglamento, disposición de carácter general o de una resolución judicial, solicitando para el efecto el auxilio de la fuerza pública o empleando la que tengan bajo su mando;

Fracción X.—Ejercer violencia, sin causa justificada, en el ejercicio de sus funciones o en el desempeño de su cargo, a cualquiera persona que intervenga en alguna diligencia; vejarse o insultarla, o emplear en sus resoluciones términos injuriosos u ofensivos contra alguna de las partes, personas o autoridades que intervengan en el asunto de que se trate;

Fracción XI.—Retardar o negar indebidamente a los particulares el despacho de sus asuntos, o la protección o servicio que tengan obligación de prestarles, o impedir la presentación de sus promociones, o retardar indebidamente el curso que deban darles;

Fracción LXXI.—Ejecutar cualquier otro acto arbitrario o atentatorio a los derechos garantizados por la Constitución o por las leyes federales respectivas;

Fracción XIV.—Negarse, bajo cualquier pretexto, aunque sea el de obscuridad o silencio de la ley, a tramitar o resolver algún asunto que sea de su competencia;

XV.—Negar, indebidamente, los encargados de las fuerzas públicas, el auxilio que les solicite legalmente una autoridad civil;

XVI.—Dar a los caudales del erario que tengan a su cargo, una aplicación pública distinta de aquella a que estuvieren destinados, o hacer un pago indebido;

XVII.—Hacer uso de su autoridad para obligar a sus subalternos a que les entreguen fondos, valores o cualquiera otra cosa que se haya confiado a éstos, y se los apropien o dispongan de ellos indebidamente por interés privado, sea en su favor o de cualquiera otra persona;

XVIII.—Obtener, bajo cualquier pretexto, para sí o para cualquiera otra persona, parte de los sueldos de un subalterno, dádivas u otro servicio;

XIX.—Recibir en el establecimiento de detención que tengan a su cargo, a alguna persona detenida o presa sin los requisitos legales, o la mantengan privada de su libertad sin dar parte a la autoridad respectiva;

XXII.—No hacer cesar la privación indebida de la libertad de alguna persona, en los casos en que estuviere en sus atribuciones;

La fracción I del Art. 214 del Código Penal equivale a la fracción IX de la Ley de Responsabilidades; aún cuando se aprecia una variante en la redacción de la fracción IX del Art. 18 de la Ley de Responsabilidades, no obstante en ninguna forma se altera la estructura del tipo, dado que las diversas palabras utilizadas por el Art. 18 en la fracción en cita, no implican una diferencia esencial con la estructura típica de la fracción I del Art. 214 del Código Penal.

En la fracción X del Art. 18 de la Ley de Responsabilidades de Funcionarios Públicos y Empleados de la Federación, aparentemente se aprecian diferencias con su equivalente la fracción II del Art. 214 del Código Penal, toda vez que en la citada fracción X del Art. 18 de la ley señalada, el contenido del tipo parece ampliarse a diversas situaciones dado que comprende "a cualquiera persona que interviene en una diligencia" y, asimismo, señala que incurre en el delito "emplear en sus resoluciones términos injuriosos u ofensivos contra alguna de las partes, personas o autoridades que intervengan en el asunto de que se trate"; no obstante, interpretando lógicamente la fracción II del Art. 214 se llega a la conclusión de que comprende en su sentido las situaciones previstas en forma expresa por la fracción X del Art. 18, toda vez que el hacer violencia a una persona sin causa legítima o vejlarla injustamente o insultarla supone el actuar dentro de la esfera competencial del cargo, ya que al actuarse fuera del ámbito competencial podría incurrirse en otro delito, pero en forma alguna en el de abuso de Autoridad. Lo mismo puede afirmarse de la segunda hipótesis de la fracción X anteriormente transcrita, es decir, cuando el funcionario emplea en sus resoluciones términos injuriosos u ofensivos, con la salvedad de que las injurias y las ofensas se hacen por escrito.

En la fracción XI del Art. 214 del Código Penal y su correspondiente la XXII de la Ley de Responsabilidades, podemos hacer notar que solamente la segunda hipótesis de la fracción XI (no hacer cesar la privación ilegal de libertad) se encuentra contenida en la fracción XXII en la Ley de Responsabilidades, ya que la primera hipótesis de la fracción XI se encuentra comprendida en la fracción XXIII de la Ley de Responsabilidades.

El análisis paralelo de las fracciones III y XI, IV y LXXI, V y XIV, VI y XV, VII y XVI, VIII y XVII, IX y XVIII, X y XIX, respectivamente del Art. 214 del Código Penal con el 18 de la Ley de Responsabilidades, nos permite concluir que se estructuran con el mismo contenido, sin que obste diferencias terminológicas que en nada influyen en la connotación conceptual de las hipótesis típicas. Sería irrelevante, por tanto,

hacer el análisis individualizado de cada una de las equivalencias citadas, ya que se incurriría necesariamente en farragosas repeticiones.

La exposición de estas equivalencias necesariamente nos lleva a resolver cuál de las dos leyes es aplicable en el caso de que el delito se cometa. Al respecto, podemos afirmar que la situación que se presenta se resuelve con la aplicación del "principio de especialidad".

El Art. 6o. del Código Penal prevé que "cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial, se aplicará ésta, observando las disposiciones conducentes de este Código".

La lectura de este artículo nos lleva a la afirmación de que no se regula en él, el principio de especialidad, ya que éste se presenta cuando dos normas, una general y la otra especial, regulan la misma materia, y el artículo citado es claro al expresar "un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial". Por lo tanto, y por no existir otra disposición que regule el principio citado, necesariamente tendremos que acudir a los principios teóricos y doctrinales que se refieren al concurso de normas incompatibles entre sí.

Conforme a la doctrina, el principio de especialidad opera cuando un tipo reúne todas las características del tipo general, más una o varias características ulteriores que determinan su naturaleza especializadora. Dándose equivalencia en la estructura de los tipos, pero limitándose la extensión conceptual en el tipo especial, la conducta aparentemente es encuadrable en ambas hipótesis, pero en realidad únicamente encuadrará en la hipótesis especial, dado el principio lógico "Lex specialis derogat legi generali".

Ciertamente en el Art. 18 de la Ley de Responsabilidades, además de las equivalencias ya estudiadas se recogen hipótesis no comprendidas en el Art. 214 del Código Penal y, por ende, el referido artículo tiene el carácter de ley especial, dado que ésta se caracteriza por una mayor comprensión del concepto.

Capítulo IV

ANALISIS DOGMATICO DEL ABUSO DE AUTORIDAD

a) El elemento objetivo. b) El tipo. c) Tipicidad. d) Antijuricidad. e) Culpabilidad.

El elemento objetivo: ¹

El estudio de los tipos contenidos en las diversas fracciones del Art. 214 del Código Penal Federal, nos lleva a la conclusión de que, fuera de las hipótesis consignadas en las fracciones III, V, VI y XI, en todos los demás casos la conducta constitutiva del delito es necesariamente activa. El núcleo de los tipos de las fracciones primeramente señaladas es claramente una conducta omisiva, pues en el caso de la fracción V es necesario que el funcionario se niegue a despachar un negocio pendiente ante él; en el de la fracción VI, que se niegue el auxilio de la fuerza pública cuando exista el requerimiento legal; y en el de la fracción XI, es indispensable que no se denuncie la privación ilegal de la libertad o no se haga cesar la misma si estuviera dentro de sus atribuciones.

Un estudio somero de las diversas figuras creadas por el legislador, obliga a considerar que la idea que preside su crea-

1 El primer elemento del delito dentro de un orden lógico es el objetivo, que ha tenido distintas denominaciones: acontecimiento, acaecimiento, acto, acción, hecho, conducta; que han suscitado la controversia entre los tratadistas. Siguiendo al maestro Porte Petit (1), preferimos la terminología conducta o hecho, según la hipótesis de que se trate.

Por conducta entendemos "un hacer voluntario, un no hacer voluntario o no voluntario (olvido)".

La voluntariedad referida anteriormente, sólo puede provenir del hombre, ya que es el único que tiene capacidad de querer y de entender, y el único que es sujeto del Derecho Penal.

Ahora bien, la conducta comprende tres formas diferentes a saber: acción, omisión, y comisión por omisión.

Acción.—El hacer voluntario o acción, es un movimiento corporal externo voluntario, violando una norma prohibitiva (se hace lo que no debe hacerse).

Omisión.—La omisión, llamada también omisión simple, consiste en un no hacer vo-

(1) *Porte Petit Celestino, Apuntamientos de Derecho Penal, págs. 155 y 156, México 1960.*

ción legislativa es la de considerar punible la extralimitación en el ejercicio del poder o la negativa de ejercitarlo dentro de los cauces legales. Así, encontramos que en la fracción I el núcleo del tipo está compuesto de la expresión "pida" refiriéndose al auxilio de la fuerza pública, para impedir la ejecución de actos legítimos, o bien, el empleo de la propia fuerza pública con la finalidad ya anotada. Son numerosas las hipótesis que pueden comprenderse dentro de esta fracción I, pero en cualquiera de ellas debe existir o la solicitud del auxilio de la fuerza pública, o el empleo de la misma con fines notoriamente antijurídicos, puesto que se trata de impedir la ejecución de una ley, decreto o reglamento, el cobro de un impuesto, o el cumplimiento de una resolución judicial. Es claro que exista una extralimitación del poder en el empleo de la fuerza pública en las condiciones apuntadas, y es notorio que la sola solicitud de la fuerza en cuestión es considerada como lesiva de la función pública, pues quienes están encargados de una función de esa naturaleza deben ajustar su conducta a los términos legales.

Debe notarse que, no obstante la redacción un tanto equívoca del precepto comentado al consignarse en la parte final

Juntario o involuntario (olvido), violando una norma preceptiva (no se hace lo que debe hacerse).

Comisión por omisión.—La comisión por omisión u omisión impropia, consiste en un no hacer voluntario o involuntario, cuando existe la obligación derivada de un precepto de obrar y tiene un resultado típico y material, violando una norma preceptiva primero, y después prohibitiva.

Clasificación del Delito en Orden a la Conducta.—En orden a la conducta los delitos se clasifican atendiendo a la voluntad y a la actividad o inactividad del agente en:

- a) Acción.
- b) Omisión.
- c) Omisión mediante acción.
- d) Mixtos de acción y omisión.
- e) Delitos sin conducta, de sospecha o de posición.
- f) Omisión de resultado.
- g) Doblemente omisivos.
- h) Unisubsistente y plurisubsistente.
- i) Habitual (2).

(2) *Porte Petit, op. cit. pág. 231.*

del mismo: "pida auxilio a la fuerza pública o la emplee con este objeto", está considerando dos hipótesis, una la solicitud de auxilio de la fuerza pública, que no es empleada, y la otra, el empleo de la fuerza pública, que tiene como supuesto, desde luego, la disponibilidad de la misma.

En la fracción II se está en presencia de un delito de acción cuyo núcleo está constituido por hacer violencia a una persona, vejlarla o insultarla, actitudes característicamente activas, pero se requiere que semejante conducta se ejecute en el momento mismo de estar ejerciendo sus funciones o con motivo de ellas, es decir, en situación conexas.

En la fracción III se comprenden dos hipótesis negativas, puesto que retardar y negar son vocablos de significado claramente omisivo, no así la expresión impedir que requiere de la ejecución de actos materiales, y se trata en consecuencia de hipótesis activa.

Es en la fracción IV donde encontramos lo que se conoce como reenvío para los técnicos de Derecho Penal, ya que el tipo establece a la letra: "cuando ejecute cualquier otro acto arbitrario o atentatorio a los derechos garantizados en la Constitución". Debe opinarse que no cualquier violación constitucional constituye el delito de Abuso de Autoridad, sino únicamente aquella ejecutada por el funcionario en violación manifiesta de sus deberes específicos; es decir, si bien es cierto que en principio todo funcionario está obligado a respetar la Constitución y las leyes, el delito previsto en la fracción IV, lo cometerá aquel a quien en concreto le corresponda velar por el cumplimiento de una situación determinada. Una interpretación diferente llevaría a la conclusión de que toda violación de garantías constituye delito, lo que no puede admitirse por múltiples motivos.

Según dijimos, en la fracción V existe una hipótesis omisiva, mientras que el núcleo que constituye la expresión "que niegue a despachar negocios" pendiente ante él; y es también omisiva la hipótesis de la fracción VI, al consignar como núcleo la negativa a prestar auxilio por parte del encargado de la fuerza pública.

En la fracción VII se prevé una particular forma de disposición de los caudales públicos, forma necesariamente activa y que se diferencia del peculado; mientras que en este último quien recibió el bien, le da una aplicación ajena a cualquier finalidad pública; en la fracción que nos ocupa, se da al dinero una aplicación distinta a la ordenada conforme a la ley, **pero siempre dentro de los gastos públicos**. En lo que se refiere a la última hipótesis consignada en esta fracción, conforme de la cual el núcleo viene a ser "hiciera un pago ilegal", debe opinarse respecto a ella que no debe de entenderse por el hecho de que se hable de pago ilegal, de una distracción jurídicamente idéntica a la de peculado, sino que en el caso concreto, el pensamiento del legislador fue sancionar los pagos hechos sin los requisitos necesarios, como pagos que por un motivo determinado no deben ser hechos en el momento que lo son, y es precisamente esa falta de oportunidad, lo que la ley pune.

En la fracción VIII se contempla el caso del funcionario que, utilizando el poder de que dispone como medio, hace que se le entreguen fondos confiados a otra persona, y los distrae, ya sea mediante la apropiación o la indebida disposición de los mismos por un interés privado. No hay posibilidad alguna de confundir estas hipótesis con el peculado.

En la fracción IX se describe como punible la conducta del superior que obtiene de su inferior "parte de los sueldos, dádivas u otro servicio", pero según hacemos notar al principio de esta pequeña síntesis, se requiere para la integración del delito, que el activo utilice cualquier pretexto, pero siempre dentro de su esfera competencial, es decir, que se valga de su calidad de superior dentro de la escala de servicio público.

En la fracción X se sanciona la situación inversa a la prevista en el artículo 19 Constitucional, pues mientras que en el precepto de la ley fundamental se consigna que serán responsables de la infracción cometida contra la primera parte del precepto (ninguna detención podrá exceder del término de tres días sin que se justifique con un auto de formal prisión), "la autoridad que ordena la detención o la consienta y a los agentes, ministros, alcaides o carceleros que la ejecutan", en la frac-

ción que nos ocupa, se sanciona a quien "reciba como presa o detenida a una persona o la mantenga privada de la libertad y sin dar parte del hecho a la autoridad correspondiente". Se diría que en el Art. 19 Constitucional se establece los lineamientos para la creación del tipo y en la fracción X del 214 que es ley secundaria, se desarrolla el pensamiento del constituyente, pero sanciona una conducta distinta, pues mientras que en el mandato constitucional se afirma la responsabilidad de quien no haga cesar la detención, únicamente, en el precepto en estudio hay una mayor amplitud, e incluso se contempla la situación inversa cuando se prevé el caso de quien reciba presa a una persona sin los requisitos legales.

Por último, en la fracción XI, estamos nuevamente en presencia de un tipo de carácter omisivo, cuyo núcleo está constituido por no denunciar la privación ilegal de la libertad o no hacerla cesar cuando está dentro del ámbito de sus atribuciones.

El delito de Abuso de Autoridad, además de ser activo y omisivo, según se desprende del análisis anteriormente realizado, es también unisubsistente, ya que se consuma en un solo acto.

Ahora bien, en orden al resultado² el delito a estudio puede ser:

I.—Instantáneo porque se agota en el momento de su consumación, esto en las fracciones I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII y IX.

2 Clasificación del delito en orden al resultado.

Tomando en consideración la consumación del delito, el maestro Porte Petit clasifica los delitos en orden al resultado, de la siguiente manera:

- a) Instantáneo.
- b) Instantáneo con efectos permanentes o delito permanente impropio.
- c) Permanente.
- d) Necesariamente permanente.
- e) Eventualmente permanente.
- f) Alternativamente permanente.
- g) De simple conducta o formal y de resultado material.
- h) De daño o de peligro (3).

(3) *Ibidem*, pág. 239.

II.—Permanente.— Es permanente en la fracción X, y en el 2o. supuesto de la fracción XI, puesto que en estas fracciones el resultado persiste, manteniendo su actuación criminal el agente.

III.—De simple conducta o formal.—Este delito, en sus distintas fracciones, es de simple conducta o formal, ya que se agota el tipo con el movimiento corporal del agente, no siendo necesario un resultado material.

IV.—De peligro.— Es de peligro, en virtud de que el tipo sólo exige que se ponga en peligro el bien jurídico tutelado, a diferencia de los delitos de daño, que se exige la lesión del bien jurídico protegido por la norma penal.

Ausencia de Conducta ³.—Habiendo estudiado el aspecto positivo del primer elemento del delito, o sea la conducta o hecho derivados de una acción u omisión voluntaria, nos corresponde ahora, hacer el estudio del aspecto negativo de la conducta o hecho, comprendiendo tanto la ausencia de actividad, como la ausencia de inactividad.

De acuerdo con la doctrina dominante y aplicándolo al delito de Abuso de Autoridad, consideramos que en este delito no puede darse la ausencia de conducta, en virtud de la especial situación del sujeto activo del delito, y por requerirse una determinada actitud mental manifestada a través de una voluntad debidamente encauzada.

³ Ausencia de conducta.—Habiendo estudiado el aspecto positivo del primer elemento del delito, o sea la conducta o hecho derivados de una acción u omisión voluntaria, nos corresponde ahora, hacer el estudio del aspecto negativo de la conducta o hecho, comprendiendo tanto la ausencia de actividad, como la ausencia de inactividad.

Un gran número de autores consideran como hipótesis de ausencia de conducta, la fuerza mayor, la fuerza física irresistible y los actos reflejos; otros consideran, además, el sueño, la sugestión hipnótica, el sonambulismo, etc., sin haber concurrencia de opiniones, nosotros aceptamos los tres primeros mencionados, por considerar que los restantes son causas de inimputabilidad, en vista de que el sujeto actúa, pero lo hace sin capacidad de querer y de entender.

El Tipo ⁴.—

Observando la descripción hecha por el artículo 214 puede concluirse que se está en presencia de tipos anormales, puesto que en cada una de las hipótesis contenidas en cada una de las fracciones existen además de elementos objetivos, otros, cuales son los normativos.

Nos referiremos en forma sintética, sin agotar desde luego las hipótesis consignadas en la ley a los elementos objetivos que aparecen en las diversas hipótesis, señalando tan sólo uno, pues resulta innecesario el señalamiento exhaustivo.

Manifiestamente que en la fracción primera aparecen como elementos objetivos "el pedir y el emplear la fuerza pública"; en la segunda, "el hacer violencia a una persona"; en la

4 El Artículo 14 Constitucional consagra el principio "nullum crimen sine lege", el cual constituye el fundamento de los tipos penales.

El concepto de tipo no ha sido dado de una manera unánime por la doctrina, y como consecuencia nos encontramos con diversas definiciones del mismo, por lo que transcribiremos algunas de ellas.

Jiménez Huerta nos dice que, tipo es: "la descripción de conducta que a virtud del acto legislativo queda plasmada en la ley como garantía de libertad y seguridad y como expresión técnica del alcance y contenido de la conducta injusta del hombre, que se declara punible".(4)

Jiménez de Asúa, lo define como: "abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho, que se cataloga en la ley como delito". (5)

Castellanos Tena nos dice: "el tipo es la creación legislativa; es la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales". (6)

Para otros, el tipo es la: "descripción de una conducta como acreedora de pena".

Evolución del concepto de tipo. (7)

El concepto del tipo tuvo varias fases, siendo la primera: La Independencia, en esta fase el tipo era considerado como meramente descriptivo independientemente de la antijuricidad y de la culpabilidad; esta teoría fue sostenida por Beling.

(4) *La Tipicidad*, pág. 15, Editorial Porrúa, S. A. México, 1955.

(5) *Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito*, pág. 254, 2a. Edición Editorial Hermes, México

(6) *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, pág. 167, 1a. Edición, México, 1959.

(7) *Jiménez de Asúa, op. cit.*, pág. 256 y sigs.

tercera, "el retardo, la negativa o el impedir la presentación de una solicitud", debiendo hacerse notar que el retardo o la negativa a que se hace mérito tiene como contenido la protección o servicio al particular; en la fracción cuarta, "la ejecución de actos arbitrarios y atentatorios a los derechos constitucionales"; en la quinta, "la negativa a prestar auxilio"; en la sexta, "también negativo a prestar auxilio"; en la séptima, "dar aplicación distinta a los caudales"; en la octava, "hacer que se entreguen fondos"; en la novena, "la obtención de los sueldos del subalterno"; en la décima, "el recibir a una persona y no dar parte a la autoridad correspondiente"; por último en la undécima, "no denunciar la privación ilegal de la libertad y no hacerla cesar, dado el caso".

Como elementos normativos podemos encontrar en la fracción primera, las expresiones "impuesto y fuerza pública, así como resolución judicial"; en la segunda, la expresión "sin causa legítima"; en la tercera, "indebidamente"; en la cuarta, "acto arbitrario"; en la sexta, "legalmente" "indebidamente"; en la séptima, "aplicación pública distinta"; en la octava, "in-

Segunda: Indiciaria. En esta fase la tipicidad ya no es una mera descripción, sino se le atribuye un valor indiciario, se sigue manteniendo la Independencia entre la tipicidad y la antijuricidad; pero constituye un indicio de la antijuricidad, esta teoría fue sostenida por Mayer.

Tercera.—"Ratio essendi" de la antijuricidad.—En esta fase, sostenida por Mezger, el delito ya no es un conjunto de características independientes, sino que constituye una conducta típicamente antijurídica; la tipicidad no la estudia de una manera independiente, sino que por el contrario, la incluye en la antijuricidad, tratándola primero como "injusto objetivo" y luego como "injusto tipificado".

Cuarta.—De la "Ratió Essendi" del tipo: esta teoría es sostenida por Blasco y Fernández de Moreda, quien sostiene que la "ratio essendi" de la tipicidad hay que buscarla en la antijuricidad.

Quinta.—El tipo como elemento de concreción y de conocimiento: de concreción, porque delimita y encuadra la conducta antijurídica; de conocimiento, porque es necesario el tipo para conocer la antijuricidad.

Sexta.—Fase destructiva: esta fase está representada por George Dahm, quien aplica sus ideas para demoler el concepto de tipicidad sosteniendo que sólo debe apreciarse el acto individual en sus relaciones con la comunidad de raza, dice el citado autor, el Derecho es el orden concreto; el delito, desorden; el hecho delictuoso sólo será castigado si la comunidad ha sufrido o está en riesgo de sufrir un perjuicio por ese hecho; y que todos los demás criterios que supongan la noción de valor, deben ser rechazados.

debidamente"; en la décima, "sin los requisitos legales"; y en la undécima, la expresión, "ilegal".

Independientemente de lo anterior, y teniendo en cuenta que el sujeto activo del Abuso de Autoridad es siempre un funcionario público, agente del Gobierno o sus comisionados, y como la parte primera del artículo 214 rige para todas las fracciones en cuanto a la calidad del sujeto activo, y como las expresiones anteriormente citadas entrañan una valoración característicamente jurídica debe decirse que se trata de elementos normativos que forman parte de cada uno de los tipos.

A propósito de los elementos subjetivos, partiendo de la base de que existiendo ellos se describe un estado anímico del agente o un propósito determinado, puede pensarse y aún afirmarse que las expresiones "para pedir" contenida en la fracción primera y "teniendo conocimiento" de la undécima, en particular esta última, son elementos subjetivos y las expresiones "insultare" de la fracción segunda, y "bajo cualquier pretexto" que comprenden las fracciones V y XI, pueden ser catalogadas como elementos subjetivos, si es que se admite que

Tipos normales y tipos anormales.—Los tipos se clasifican en tipos normales y tipos anormales; son tipos normales aquéllos que están constituidos por la mera descripción objetiva; y son tipos anormales aquéllos que contienen elementos normativos o elementos típicos subjetivos del injusto.

Elementos de los Tipos.—El tipo legal está compuesto de varios elementos; objetivos, elementos subjetivos y normativos.

Los elementos objetivos son los que fija la Ley en forma meramente descriptiva, tomando en consideración un movimiento corporal o un resultado material. Son estados y procesos externos susceptibles de ser determinado espacial y temporalmente, perceptibles por los sentidos fijados en la Ley en forma descriptiva, y que sólo requieren una simple actividad de conocimiento para ser apreciados por el juzgador.

Los elementos subjetivos del injusto son los que se refieren a estados anímicos del autor en orden al injusto, por lo que se requiere la comprobación por el juzgador.

Los elementos normativos, son aquellos presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de las situaciones reales, esta valoración puede ser de índole jurídica o cultural.

Los tipos, de acuerdo con sus características, pueden clasificarse de la siguiente manera:

I.—En orden a sus fundamentos:

toda descripción que entrañe cualquier motivación del sujeto es elemento subjetivo.

Del análisis que realizamos de las distintas fracciones del artículo 214, se desprende que el delito de Abuso de Autoridad en orden a los tipos es: "fundamental", porque cualquier lesión que se infiera al bien jurídico protegido, integra el delito; "básico", en cuanto su existencia no está condicionada a otro delito; "alternativo", en sus fracciones I, VII, VIII y XI.

Este delito es también de formulación alternativa, en vista de que supone varias hipótesis y puede darse una u otra siendo equivalentes en cuanto a su valor.

a) Fundamentales.—En los que cualquier lesión del bien jurídico, basta por sí sola para integrar un delito. (8) y 9).

b) Cualificados.—Derivados del fundamental; pero agravados.

c) Privilegiados.—También derivados del fundamental; pero atenuados.

II.—En cuanto a la autonomía, en:

a) Básicos.—De índole fundamental y con plena independencia.

b) Especial.—Supone el mantenimiento de los caracteres del tipo básico; pero añadiéndoles alguna otra peculiaridad, cuya nueva existencia excluye la aplicación del tipo básico y subsume los hechos bajo el tipo especial.

c) Complementario.—Presupone la aplicación del tipo básico, al que se incorporará la suplementaria circunstancia o peculiaridad.

III.—En cuanto a su naturaleza casuística en:

a) Acumulativos.—En éstos aparecen diferentes núcleos que es necesario que se cumplan para integrar el tipo delictivo.

b) Alternativos.—Son aquéllos en que basta que se dé una sola de las conductas previstas, o uno de los medios de acción, para que la modalidad típica sea cumplida.

(8) Jiménez Huerta, *ob. cit.*, pág. 97, Editorial Porrúa, S. A. México, 1955.

(9) Jiménez de Asúa, *op. cit.*, pág. 280 y 281.

Tipicidad.—⁵

La conducta desarrollada por el sujeto que revista las características de un tipo, debe subsumirse o encuadrar en la figura abstracta descrita en el tipo penal, para que se pueda configurar el delito, siendo necesario que se den los demás elementos, es decir, que la conducta típica sea también antijurídica y culpable, y que no concurran en la total consumación exterior del acto injusto, una causa de justificación, o excluyente de la culpabilidad. Por lo que podemos afirmar que para que el funcionario público, agente del Gobierno o sus comisionados cometan el delito de Abuso de Autoridad, su conducta debe adecuarse concretamente a los tipos legales descritos por el Artículo 214 del Código Penal.

5 Tipicidad.—Habiendo hecho el análisis del tipo, pasaremos a estudiar la tipicidad, entendiéndose por tal la "adecuación de la conducta al tipo"; existiendo otras definiciones al respecto, las cuales expondremos para su mejor comprensión.

Para Jiménez de Asúa (10): "es la exigida correspondencia entre el hecho real, y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de la infracción".

Castellanos Tena (11) considera: "que es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; es la coincidencia de una conducta con la que describe el legislador".

Jiménez Huerta, nos dice: "la conducta antijurídica ha de ser típica; esto es, ser adecuada y subsumible en el tipo legal". (12)

Atipicidad.—El aspecto negativo de la tipicidad es la ausencia de tipicidad o atipicidad, que consiste en la no adecuación de la conducta al tipo.

Al respecto, Jiménez de Asúa, (13) considera como casos específicos de atipicidad: por falta de sujeto activo, por falta de sujeto pasivo, por falta de objeto, por falta de referencias temporales, por falta de referencias espaciales, por falta del medio previsto, por carencia de elementos subjetivos del injusto.

(10) *Op. cit.*, pág. 255.

(11) *Lineamientos Elementales de Derecho Penal, ob. cit.*, pág. 167 y 168.

(12) Jiménez Huerta, *op. cit.*, pág. 12.

(13) Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal, Tomo III*, pág. 903 y sigs. 2a. Edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1958.

Atipicidad.—

En el delito que estudiamos, se puede dar el caso de atipicidad por falta de calidad en el sujeto activo; pues el tipo requiere una determinada calidad del sujeto activo, que sea funcionario público, agente del Gobierno o sus comisionados. En cuanto al sujeto pasivo, que es el Estado y el particular, no se da la atipicidad, puesto que la existencia del sujeto activo, que es el funcionario público, presupone la existencia del Estado y no podría darse el caso de ausencia de éste; en lo que concierne al particular, tampoco se da la atipicidad, puesto que, como persona humana sólo sobre él puede recaer la acción ejercitada por el funcionario público, no requiriendo el tipo, ninguna calidad en tal sujeto. Tampoco hay ausencia de tipicidad por falta de objeto jurídico por las razones anteriormente expuestas. Ni la falta de referencias temporales, ni espaciales en el delito a estudio, pueden traer como consecuencia un caso de atipicidad ya que no se exige ninguna en el tipo legal.

Antijuricidad de la Conducta.—⁶

Es bien sabido que la antijuricidad es una de las características del delito, pero en ocasiones a virtud de la estructura

6 *Antijuricidad*.—En torno a este elemento del delito, se han elaborado diversas teorías, no existiendo acuerdo unánime acerca de él; algunos discrepan en cuanto a la terminología considerando unas veces "injusto" y "antijuricidad" (1), como conceptos de significado diferentes, otras como sinónimos. También hay desacuerdo por lo que respecta a su naturaleza, opinando que es objetiva, subjetiva, material, formal, etc. (2)

Teoría objetiva.—La teoría objetiva de la antijuricidad conceptúa antijurídico, al acto u omisión objetivamente considerado, en cuanto ofende las normas de valoración recogidas en el ordenamiento jurídico, sin que la determinación de lo antijurídico requiera de referencia alguna al autor del acto.

Teoría subjetiva.—Los autores que determinan la antijuricidad en forma subjetiva expresan que no basta que la conducta externa contradiga al derecho, para afirmar con ello que

(1) Mezger, *Tratado de Derecho Penal, Tomo I, pág. 338 y sig. Nueva Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.*

(2) Mariano Jiménez Huerta, *La Antijuricidad, pág. 29 y sigs., México, Imprenta Universitaria, 1952.*

de los tipos, manifiestamente se observa que la conducta descrita es necesariamente antijurídica e integrado el tipo no habrá causa de justificación posible.

En el delito que nos ocupa, encontramos que claramente la conducta será antijurídica al integrarse el tipo de la fracción primera puesto que se ejecuta la acción "para impedir la ejecución de una ley, decreto o reglamento, el cobro de un impuesto o el cumplimiento de una resolución judicial"; en cualquiera de las hipótesis aparece en forma palmaria la contradicción entre la conducta y el deber jurídico del funcionario público. En el caso de la fracción segunda, también de la contextura del tipo, aparece la necesaria ilicitud de la acción cuando en el caso de la hipótesis primera se requiere hacer violencia "sin causa legítima"; por otra parte, también en la propia fracción segunda, al exigirse en las otras dos hipótesis como contenido del tipo la vejación "injustamente" o el insulto, y tratándose en esta última expresión de un término que entraña un estado anímico específico, es también notorio que la conducta será antijurídica.

En la fracción tercera, se desprende también del tipo la ilicitud de la acción o de la omisión al establecerse matizando las diversas hipótesis que habrá el delito, cuando "indebidamente" se ejecute cualquiera de las hipótesis previstas.

En la fracción cuarta, al expresarse que se cometerá delito por la ejecución de cualquier otro acto "arbitrario o atentatorio a los derechos garantizados en la Constitución" es manifiesta la ilicitud de la conducta.

tal conducta sea antijurídica; sino que es preciso que la referida conducta le sea reprochable a su autor, porque con ello viola las normas subjetivas de determinación que le son impuestas por el orden jurídico.

Existe también una teoría intermedia, que trata de complementar la teoría objetiva, la cual es la llamada doctrina de los "elementos subjetivos de la antijuricidad", en la que se afirma la presencia en el tipo de determinados estados anímicos en la persona del agente.

Antijuricidad formal y material.—

Para Franz Von Liszt (3), la reprobación jurídica que recae sobre el acto es doble; primero, el acto es formalmente contrario al derecho, en tanto que es transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico; y segundo, el acto es materialmente antijurídico en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad.

(3) Citado por Jiménez de Asúa, *La Ley y el Delito*, pág. 299 y sig. 2a. Edición, 1954.

A propósito de la fracción quinta, debe decirse que la ilicitud de la conducta no se desprende necesariamente de la estructura del tipo, a menos que se entienda que el funcionario no está impedido, pues de estarlo puede legítimamente negarse a despachar el negocio, solamente que en ese caso deberá excusarse del conocimiento; pero fuera de esa hipótesis en todas las demás, la conducta será necesariamente antijurídica.

A propósito del contenido de la fracción séptima consignando la disposición citada como contenido del tipo dar una aplicación pública distinta a los caudales del erario, distinta a aquéllos a que estuvieren destinados o hiciere un pago ilegal, es obvio que la ilicitud de la conducta se desprende necesariamente de la estructura del tipo, en forma diáfana en la última hipótesis (pago ilegal) e implícitamente en la primera al hablarse de aplicación pública distinta, puesto que se está cambiando el destino de los caudales y el deber del funcionario público es darle aquélla para los que están destinados.

En la fracción octava, se desprende la antijuricidad de la acción al estar dentro del tipo la expresión "abusando de su poder" y es del común conocimiento que todo abuso es antijurídico; además, en la última hipótesis al comprenderse el término "indebidamente" también resulta palmario el carácter antijurídico de la acción.

En la fracción novena, se encuentra implícita la ilicitud de la conducta, por que estando el funcionario limitado en sus atribuciones, será contra derecho la obtención de sueldo, dá-

Las causas de justificación contenidas en el artículo 15, que constituyen, el aspecto negativo de la antijuricidad, son las siguientes: a) legítima defensa, b) estado de necesidad, c) cumplimiento de un deber, d) ejercicio de un derecho, e) impedimento legítimo.

Legítima defensa.—La legítima defensa es definida (4) como la repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa, y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla". De esta definición, se desprenden los siguientes elementos:

1o. Una agresión.—Que es el ataque a intereses jurídicamente protegidos, la cual tiene que ser:

(4) *Jiménez de Asúa, op. cit., pág. 311 y sigs.*

divas o servicios de los subordinados; en este caso la contextura del tipo presupone la ilicitud de la acción, pero para afirmarla hay que hacer un juicio con apoyo en elementos extratípicos.

En la fracción décima, también del propio tipo, se desprende la ilicitud de la conducta, al consignarse la expresión "sin los requisitos legales"; por último, en el caso de la fracción onceava la ilicitud de la conducta se afirma a base de elementos extratípicos mediante el razonamiento relativo, puesto que si el funcionario tiene conocimiento de una privación ilegal de la libertad, debe denunciarlo o hacerla cesar; el quebrantamiento de ese deber genera la ilicitud.

Causas de Justificación.—Las causas de justificación contenidas en el Artículo 15 del Código Penal, que constituyen el aspecto negativo de la antijuricidad, son las siguientes:

- a) Legítima Defensa.
- b) Estado de Necesidad.
- c) Cumplimiento de un Deber.
- d) Ejercicio de un Derecho.
- e) Impedimento Legítimo.

a) Ilegítima.—Contraria al derecho, que viola las normas objetivas del derecho y a las normas de cultura.

b) Actual o Inminente.—Es la probable alteración de un estado de paz inmediatamente próximo.

2o. La agresión debe recaer sobre bienes jurídicos del atacado o de un tercero; pudiendo ser la persona, el honor, los bienes, y en general todos los derechos susceptibles de defensa.

3o. En la reacción contra el ataque, debe existir el ánimo de defensa; además, ésta debe ser necesaria, es decir, que no haya otro medio de evitar el mal, y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirlo o repelerlo.

El estado de necesidad.—Von Liszt la define como "una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos" (5).

El estado de necesidad es una colisión de intereses, basada en el principio del "interés preponderante" (6), en el que se sacrifica el bien de menor valor, para salvaguardar el de mayor entidad.

(5) Citado por Castellanos Tena, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, pág. 203.

(6) Mezger, *op. cit.*, pág. 409.

Legítima Defensa.—

En el delito que estudiamos, el funcionario público, agente del Gobierno o sus comisionados no podrían invocar la legítima defensa en virtud de que la esencia de este delito supone la extralimitación de las funciones de los mismos; en consecuencia tienen que obrar antijurídicamente al realizar la conducta exigida por el tipo. El particular si podría invocar a su favor la legítima defensa; en el caso de que el funcionario público, agente del Gobierno o sus comisionados trataran de ejercer actos arbitrarios, abusando del poder inherente a sus funciones, en su persona, honor o en sus bienes; ahora bien, el particular sólo podría invocarla en los casos previstos en las fracciones segunda y décima.

Estado de Necesidad.—

Este aspecto negativo del delito no podría favorecer al funcionario público, agente del Gobierno o sus comisionados por la especial naturaleza del mismo.

En la fracción IV, segunda parte del Artículo 15 de nuestro Código Penal, está contenida esta causa de justificación en los siguientes términos: "la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes, o la persona o bienes de otro de un peligro real, grave, inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial".

De lo anteriormente expuesto se desprende que para que pueda operar el estado de necesidad, se requiere que se den las condiciones siguientes:

1o. Una necesidad.—La destrucción o lesión del bien jurídico ajeno tiene que ser necesario, inevitable.

2o. La existencia de un peligro real, grave e inminente.—Es decir, que tenga realidad objetiva y no sea producto de la imaginación; no cualquier peligro basta sino se requiere que sea grave, de consideración importante, valorado objetivamente; inminente, aquí es aplicable lo que dijimos cuando tratamos la legítima defensa.

3o. Que el peligro recaiga sobre su persona o sus bienes, o los de un tercero y sus bienes.

4o.—Que le sea imposible utilizar otro medio u otro menos perjudicial.

5o. Que el agente no tenga por su empleo o cargo, el deber legal de sufrir el peligro.

Cumplimiento de un Deber.—La fracción V del Artículo 15 consigna la causa de justificación "obrar en cumplimiento de un deber", la cual opera siempre que sea un deber jurídico, impuesto por la ley, tanto en su aspecto formal como material.

Ejercicio de un derecho.—Esta causa de justificación comprendida en la fracción V citada anteriormente, consiste en la facultad o poder de ejercer un derecho, previa su existen-

Cumplimiento de un Deber.—

Esta causa de justificación, tampoco puede presentarse en el delito que estudiamos, ya que del examen de los tipos contenidos en las diversas fracciones del Artículo 214, se desprende que estos requieren una actitud siempre ilegítima, arbitraria, abusiva de los funcionarios, agentes del Gobierno, o sus comisionados, para que se consume el delito de Abuso de Autoridad.

Ejercicio de un Derecho.—

En el delito que contemplamos, no funciona esta causa de licitud, por las mismas razones expuestas al tratar el cumplimiento de un deber. El maestro Mariano Jiménez Huerta en su tratado de la Antijuricidad, al hacer el estudio del "Ejercicio de un Derecho", nos ejemplifica diciendo que no comete el delito de Abuso de Autoridad" el jefe de policía que, en calidad de arresto, detiene durante ocho días en cuartel en donde presta sus servicios al comandante del mismo cuerpo, a quien encuentra en la vía pública escandalizando y en estado de ebriedad, pues conforme a los Artículos 120, 124 y 125 del reglamento de la policía preventiva para el Distrito Federal, el jefe de dicha Institución tiene facultades para imponer dichas medidas disciplinarias"; nosotros pensamos que efectivamente no se comete el delito de Abuso de Autoridad en el caso citado; pero no por la aplicación de la causa de justificación "Ejercicio de un Derecho", pues la privación de la libertad ejecutada a virtud de la aplicación de una medida disciplinaria por el jefe de la policía, no implica una lesión al bien jurídico "libertad", sino constituye una sanción necesaria en esta clase de institucio-

cia en el orden jurídico vigente; resumiendo, el ejercicio de un derecho es la conducta concretamente autorizada por la ley.

Impedimento Legítimo.—El impedimento legítimo se encuentra contenido en la fracción VIII del Artículo 15, de la siguiente manera: "contravenir lo dispuesto en una ley penal, dejando de hacer lo que manda por un impedimento legítimo". Esta causa de justificación sólo nace en los delitos omisivos.

(7) *Mariano Jiménez Huerta, op. cit. pág. 235.*

nes, cuya organización requiere de esas medidas para el buen funcionamiento de la misma; y además, este delito contempla solamente la extralimitación de los deberes inherentes al cargo, por lo que en la situación antes expuesta resultaría inoperante la aplicación del ejercicio de un derecho.

Impedimento Legítimo.—

En el delito de Abuso de Autoridad, no encuentra cabida esta causa de licitud, con la excepción hecha de la fracción quinta que analizamos anteriormente.

Imputabilidad.—⁷

La imputabilidad es el presupuesto indispensable de la culpabilidad; no puede el sujeto ser culpable, si no es imputable, pues si la culpabilidad implica actos de conocimiento y de voluntad, el sujeto activo ha de tener plena capacidad de querer y de entender.

7. Imputabilidad.—La imputabilidad es el presupuesto indispensable de la culpabilidad, no puede el sujeto ser culpable, si no es imputable, pues si la culpabilidad implica actos de conocimiento y de voluntad, el sujeto activo ha de tener plena capacidad de querer y de entender.

El objeto de la imputación es siempre una conducta típica y antijurídica, y aquélla no surte sus efectos hasta que se comprueba la tipicidad y la antijuricidad.

Carrancá y Trujillo (8) nos dice: "es imputable, aquél que posea al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente, por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente".

Para que el sujeto activo sea imputable se requiere un completo "desarrollo mental" y un "estado de salud mental" y la falta de ellos dá como resultado el aspecto negativo de la imputabilidad.

Inimputabilidad.—El aspecto negativo de la imputabilidad está constituido por las causas de inimputabilidad, siendo estas las que anulan la facultad que tiene el individuo de querer y de entender; y las que nuestro Código Penal son las que a continuación se enumeran: 1o. Falta de desarrollo mental; 2o. Falta de salud mental; 3o. Trastorno mental transitorio.

En el primer caso "falta de desarrollo mental" puede tener dos causas: primero, la incompleta madurez mental del individuo (menores de 18 años) que en nuestra legislación encuentra su fundamento en el Artículo 119 del Código Penal al estatuir "que los menores

(8) Carrancá y Trujillo Raúl, *Derecho Penal Mexicano, Parte General, Tomo I, pág. 237, 2a. Edición, Antigua Librería Robredo de José Porrúa e Hijo, México, 1941.*

luntad, el sujeto activo ha de tener plena capacidad de querer y de entender.

Inimputabilidad.—

En virtud de que el delito de Abuso de Autoridad sólo puede ser cometido por los funcionarios públicos, agentes del Gobierno o sus comisionados, los cuales para desempeñar el cargo que se les asigne deben tener capacidad legal para ello, entendida ésta como la aptitud o idoneidad que se requiere para ejercer el cargo público que se les confiere; por tal motivo, las dos primeras excluyentes de responsabilidad, "falta de desarrollo mental" y "falta de salud mental", no pueden ser aplicadas en este delito; en cambio, la otra excluyente "trastorno mental transitorio" sí podría invocarse en el caso de que el funcionario público, agente del Gobierno o sus comisionados, en el ejercicio de sus funciones les sobreviniera cualquiera de las causas que les provoque el estado mental antes citado.

de 18 años que cometan infracciones a las leyes penales, serán internados por el tiempo que sea necesario para su corrección educativa"; segundo, la sordomudez por considerarse que tales individuos por la afectación que tienen, se encuentran aislados de la sociedad y les impide la correcta interpretación de sus percepciones visuales y sensitivas, impidiendo en tal forma la cabal comprensión de las normas éticas, culturales y jurídicas de una sociedad; esta excluyente encuentra su base en el Artículo 67 que a la letra dice: "a los sordomudos que contravengan los preceptos de una ley penal, se les recluirá en escuela o establecimiento especial para sordomudos, por todo el tiempo que fuere necesario para su educación o instrucción".

En el segundo caso: "falta de salud mental", el individuo carece de sus facultades psíquicas e intelectuales, que provoca que en determinadas ocasiones actúe de una manera ilícita por el desconocimiento absoluto de la realidad y por no poder controlar las acciones que realiza. El Artículo 68 del Código Penal establece: "los locos, idiotas, imbeciles, o los que sufran cualquier otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales, y que hayan ejecutado hechos o incurrido en omisiones definidos como delitos, serán recluidos en manicomios o en departamentos especiales, por todo el tiempo necesario para su curación y sometidos, con autorización del facultativo a un régimen de trabajo". Como podemos apreciar, por lo antes expuesto, vemos que si el sujeto que comete el delito se haya en estado de anormalidad mental permanente, no es sujeto del régimen represivo, sino que se le aplica el régimen curativo hasta que sane.

El tercer caso contempla el "trastorno mental transitorio", que es toda perturbación mental pasajera, accidental o involuntaria, que impide que el sujeto pueda discriminar la naturaleza ética de sus acciones o inhibirse de sus impulsos delictivos. Esto encuentra su base

Culpabilidad.—⁸

El delito de Abuso de Autoridad es eminentemente doloso. Del análisis de las diversas fracciones del Artículo 214 del

Código Penal, se desprende que necesariamente el sujeto activo, esto es, el funcionario público, agente del Gobierno o sus comisionados han de actuar con plena conciencia de la ilicitud de su conducta y dirigir su voluntad a la realización del resultado jurídico, contenido de los tipos.

No es posible concebir que pueda el funcionario público, agente del Gobierno o sus comisionados actuar culposamente, toda vez que de la esencia misma del Artículo 214 se desprende la imposibilidad de reprochársele al sujeto activo a título de culpa la mutación jurídica, característica del delito a estudio. El fundamento de la reprochabilidad culposa radica esencialmente en la causación de un resultado material producido sin

en el Artículo 15 fracción 2a. del Código Penal, que al efecto dice: "hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes, o por un estado toxinfecioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio". De lo anterior se desprende que el trastorno mental tiene que ser pasajero, accidental o involuntario, pues si el sujeto se lo produce voluntariamente no lo ampara la excluyente y su acción se considera libre en su causa.

8 *Culpabilidad*.— El estudio de la culpabilidad es de suma importancia y trascendental dentro de la teoría del delito. Hasta ahora hemos visto el elemento naturalístico con independencia de toda valoración, que es la conducta; la adecuación de ésta con lo descrito con la Ley, (tipicidad); luego la valoración objetiva con la norma (antijuricidad), después la facultad del individuo de querer y de entender para determinarse espontáneamente (imputabilidad).

Jiménez de Asúa (1) define la culpabilidad como: "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".

Para Mezger (2) la culpabilidad es el "conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan frente al sujeto la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".

Para determinar la naturaleza jurídica de la culpabilidad, han surgido dos corrientes doctrinales; la teoría psicológica y la teoría normativa.

Los partidarios de la teoría psicológica encuentran el fundamento de la culpabilidad, en el nexo psíquico entre el sujeto y el resultado, dejando toda valoración jurídica para la

(1) Jiménez de Asúa, *La Ley y el Delito*, pág. 379.

(2) Mezger, *Tratado de Derecho Penal, Tomo II*, pág. 9 y 10. Traducción a la 2a. Edición Alemana (1933) y notas de Derecho Español, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1957.

la intervención directa de la voluntad del autor; y en nuestro delito, la voluntad ha de referirse indudablemente al hacer o dejar de hacer.

antijuricidad; este nexa contiene dos elementos: uno volitivo o emocional y otro intelectual; el primero, está integrado por dos querer, de la conducta y del resultado; y el segundo se hace consistir en la antijuricidad de la conducta. (3).

Los normativistas consideran que la culpabilidad no es sólo un nexa psicológico entre el autor y el hecho, sino que es la valoración en un juicio de reproche; el contenido psicológico es el objeto sobre el que recae el reproche contra el autor (4), aquí se exige que el sujeto actúe conforme a lo ordenado por la norma.

Formas de la Culpabilidad:

La culpabilidad se manifiesta en dos formas: dolo y culpa; en el primero, el agente dirige su voluntad consciente a la realización de un hecho tipificado en la ley como delito, y con representación del resultado a producirse; en el segundo, el agente produce un resultado típico y antijurídico pero sin la voluntad del mismo, el cual se lleva a cabo, por impericia, negligencia, imprudencia, imprevisión, ineptitud o falta de cuidado.

También se habla de una tercera forma de la culpabilidad, que es la preterintencional, que consiste en causar un resultado mayor que el querido.

En nuestro Código Penal, estas formas encuentran su fundamento en los Artículos 80. y 90. fracción II.

Ahora pasaremos a estudiar en particular cada una de estas formas.

Dolo.— Sobre esta forma de la culpabilidad, se han elaborado diversas teorías, de las cuales sólo expondremos la de Jiménez de Asúa, por considerar que es una de las más acertadas, comprensible de la teoría dominante.

El citado autor nos dice, que: "el dolo existe cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias del hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica".(5)

Sobre el concepto del "dolo" no hay uniformidad de criterios entre los tratadistas, existiendo diversas teorías al respecto:

a) De la voluntad.—Esta teoría trató de fundar el dolo en la voluntad de realizar un acto ilícito, independientemente de la intención del agente de producir un resultado.

b) De la representación.— Los autores que sostienen esta teoría afirman que es necesario que el agente conozca y se represente el resultado para que la conducta desarrollada por él, sea considerada como dolosa.

c) De los móviles.— Esta teoría sostenida por la escuela positiva italiana pretende construir el dolo con independencia de las doctrinas de la voluntad y de la representación; pero esta teoría llega a consecuencias absurdas y por lo tanto inaceptables.

(3) *Importancia de la Dogmática Jurídica Penal*, pág. 49, México, 1954.

(4) *Jiménez de Asúa, op. cit.*, pág. 382.

(5) *Jiménez de Asúa, op. cit.*, pág. 392 y sig.

No podrá hablarse de otra especie de dolo diverso al directo, si como hemos señalado, en los tipos acogidos por el Ar-

Nosotros nos unimos al criterio que fusiona la teoría de la voluntad y de la representación, para explicar el contenido del dolo, por estimar que llena las exigencias del mismo.

Del estudio hecho anteriormente, se desprende que el dolo tiene los siguientes elementos:

- a) El conocimiento pleno de la antijuricidad del hecho, no siendo necesario que sea un conocimiento técnico, sino que basta que sea de una manera profana.
- b) La voluntad de ejecutar ese hecho, y
- c) La representación del resultado que se requiere o ratifica.

Clases de Dolo:

Respecto al dolo, se han elaborado diversas clasificaciones, y entre ellas podemos citar las siguientes:

a) Dolo directo.— Existe dolo directo, cuando el agente se propone causar un resultado típico con plena conciencia de la antijuricidad de su conducta, y con representación del resultado a producir.

b) Dolo indirecto.— El dolo indirecto o eventual existe cuando el sujeto agente sin querer directamente el resultado típico, no obstante, acepta el resultado de producirse éste.

c) Dolo de consecuencias necesarias.— Esta forma de dolo se da cuando el agente al realizar una conducta delictiva produce otros resultados no queridos, pero que van unidos de manera inexorable al fin perseguido por él.

d) Dolo determinado.— Se habla de esta clase de dolo, cuando el agente dirige su voluntad a producir un resultado determinado.

e) Dolo indeterminado.— Existe el dolo indeterminado cuando el agente no se propone causar un daño determinado, sino que es indiferente el resultado que se produzca.

f) Dolo con intención ulterior.— Este dolo se da cuando la voluntad del agente va dirigida a la realización de una determinada finalidad, la cual es necesaria para la configuración del delito, es decir, lleva una intención calificada.

La culpa.— Hecho el estudio de la primera forma de la culpabilidad o sea el dolo, corresponde ahora la exposición de la culpa, segunda forma de la culpabilidad.

Carrara definió la culpa como la omisión voluntaria de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles de un hecho propio. (6)

Jiménez de Asúa afirma que existe culpa: "cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo". (7).

Mezger nos dice: "actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado". (8).

Maggiore nos dice que la culpa puede definirse: "como una conducta voluntaria (ac-

(6) Citado por Maggiore, pág. 600.

(7) Jiménez de Asúa, op. cit., pág. 399 y sig.

(8) Mezger, op. cit., Tomo II pág. 184.

título 214, la mera conducta del agente agota el tipo, por tanto, el funcionario público, agente del Gobierno o sus comisionados

ción u omisión) que ocasiona un resultado antijurídico, no querido, pero si previsible, o excepcionalmente previsto, y tal que hubiera podido evitarse con la atención debida". (9)

Respecto a la culpa existen varias teorías que tratan de determinar la naturaleza de la misma, exponiendo a continuación algunas de ellas:

a) De la previsibilidad.— Esta teoría fue sostenida por Carrara, afirmando que el elemento esencial de la culpa es la previsibilidad y la razón de su criminalidad se basa en que por un vicio de la voluntad se ha omitido voluntariamente la diligencia que debía prever lo previsible. (10).

b) De la Voluntad, Previsibilidad y Evitabilidad.— Esta teoría es sostenida por Binding, este autor afirma que todo delito "es obra de la voluntad" y que dicha voluntad se dirige a un acto claramente previsto en su efecto causal, pero que puede ser evitado.

c) Teoría de Mezger.— Este autor, en cierta forma, trata de unificar el dolo y la culpa, diciendo que para que el delito culposo sea también culpabilidad necesita llevar "en sí" un momento de querer conciente contrario al deber, y que tanto en el dolo y la culpa existe una "referencia anímica" al resultado.

Nuestro Código Penal reconoce esta forma de culpabilidad en su Artículo 80., al establecer que los delitos pueden ser:

I.—Intencionales, y

II.—No intencionales o de Imprudencia.

Entendiéndose por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional.

También incluye nuestro Código en el Artículo 60 diferentes grados de culpa: lata, cuando el evento es previsible por cualquier persona normalmente; leve, cuando su previsión sólo fuere posible en personas cuidadosas o diligentes; y levísima, cuando sólo hubiere podido preverse por personas muy diligentes.

Elementos.—

- a) Una acción u omisión voluntaria no intencional.
- b) Que ocasiona un resultado típico.
- c) Como consecuencia de la imprevisibilidad, negligencia, impericia, falta de previsión o de cuidado del agente, y
- d) La relación de causalidad entre la conducta desarrollada por el agente y el resultado típico.

Clases de Culpa:

a) Culpa consciente o con representación, la cual existe cuando el agente prevé el resultado pero tiene la esperanza de que no se produzca, teniendo consciencia de la antijuricidad del hecho y la voluntad de la actividad causante del evento.

(9) *Maggiore, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, pág. 609.*

(10) *Citado por Jiménez de Asúa, en La Ley y el Delito, pág. 400.*

al querer la conducta prevista, lógicamente está dirigiendo su voluntad a la íntegra realización típica y no cabe hablar de aceptación de un resultado previsto, si el resultado no es otro que la violación del objeto jurídico, al que se lesiona con la mera realización de la conducta típica.

Causas de Inculpabilidad.—⁹

Aplicando las causas de inculpabilidad acogidas por la doctrina al delito de Abuso de Autoridad nos encontramos que el error de hecho esencial e invencible, puede presentarse solamente en la fracción VII que a la letra dice: "... cuando teniendo a su cargo caudales del erario, les dé una aplicación pública distinta a aquélla a que estuvieren destinados o hiciere un pago ilegal", en la primera de las hipótesis que consigna la fracción transcrita, puede imaginarse el caso de un error invencible, cuando el funcionario tiene a su cargo una cantidad de dinero aplicable a una finalidad genérica, hipótesis frecuente en materia contable, pues existen partidas bajo el rubro "varios" o bien "pagos anticipados", en esos casos puede darse el error inculpable si el funcionario aplica los caudales públicos amparados bajo esos renglones para el pago de gastos específicos que tienen una partida concreta. En esta hipótesis es muy factible imaginarse la posibilidad de que un funcionario no competente a virtud precisamente de su falta de conocimiento y por

b) Culpa inconsciente o sin representación, esta se manifiesta cuando el agente no prevé el resultado siendo éste previsible.

9 Aspecto Negativo de la Culpabilidad.— El aspecto negativo de la culpabilidad son las causas de inculpabilidad, entendidas éstas como las que absuelven al sujeto, en el juicio de reproche". (11).

Mezger (12) nos dice que: "no actúa culpablemente el que pueda alegar en su favor una causa de exclusión de la culpabilidad" y posteriormente agrega que: "cuando existe una causa de exclusión de la culpabilidad, lo que realmente sucede no es que el autor "en sí" culpable sea tan sólo exculpado sino que aparece "excluída" de antemano su culpabilidad;

(11) *Jiménez de Asúa, op. cit., pág. 418.*

(12) *Mezger, op. cit., Tomo II, pág. 204 y sig.*

no ser perito en el contenido de los renglones presupuestales, dé una aplicación distinta a la destinada para los caudales públicos; creemos que la solución simplista afirmando que se estaría en presencia de un delito por culpa, debe rechazarse y sostenerse por el contrario que debe existir la conciencia de la ilicitud de la conducta partiendo de la base de que todo funcionario conoce cuales son sus atribuciones y cual es su deber específico.

significado con esto que las citadas causas de inculpabilidad, no distinguen ni reducen la culpabilidad, sino que imposibilitan su nacimiento.

Ahora bien, estas causas operan cuando no exista alguno de los elementos de la culpabilidad, o sea "conocimiento y voluntad".

La doctrina acoge dos causas de inculpabilidad, a saber:

- a) Error, y
- b) La no exigibilidad de otra conducta.

En relación al error, nos dice Fernández Doblado (13): "la palabra error, tomada en consideración desde un punto de vista genérico, referida bien sea a la actitud cognoscitiva de un sujeto, como a su conducta general o a la actividad técnica que él mismo desarrolla (tener un concepto erróneo, obrar erradamente o cometer un error manual) expresa siempre una actitud equivocada, falsa y apartada de la rectitud, de la verdad, o de la mayor o menor perfección de algo. Por lo tanto, una definición del error, desde un punto de vista genérico, lato, tendría que comprender todas esas circunstancias".

El error se subdivide en: error de hecho y error de derecho; el error de hecho, en error esencial y error accidental; el error esencial, en vencible o superable e invencible; el error accidental; en aberratio ictus, aberratio in persona y aberratio delicti.

El error de hecho es la falsa representación o conocimiento que tiene el agente sobre la realidad de las cosas. El error de hecho es esencial cuando recae sobre los elementos del tipo, desapareciendo la posibilidad del reproche a título de dolo, cuando es vencible o superable subsistiendo el reproche a título de culpa; ahora, cuando además de ser esencial es invencible o insuperable desaparece, incluso, el reproche a título de culpa.

Se consideran como causas de inculpabilidad por error de hecho esencial invencible: las eximentes putativas y la obediencia jerárquica.

Eximentes putativas.— Son las que por un error de hecho esencial o invencible, el agente actúa típicamente, creyéndose amparado por una causa de justificación. Por lo tanto, son eximentes putativas: la defensa putativa y el estado de necesidad putativo.

Defensa Putativa.— Existe cuando el agente actúa erróneamente en legítima defensa, por creer que se dan los presupuestos de la misma, es decir, la conducta desarrollada por el sujeto, debe ser exactamente igual a la que prevé la ley.

Estado de Necesidad Putativa.— Esta eximente opera en la misma forma que la ante-

(13) *Fernández Doblado Luis, Anales de Jurisprudencia, Tesis "Culpabilidad y Error"*, pág. 230, Enero - Marzo, 1951.

Las eximentes putativas no pueden presentarse en este delito por las mismas razones que dimos al tratar las causas de justificación.

La obediencia jerárquica si podría invocarse en el delito a estudio, dado que en la organización de los poderes del Estado, existe una gradación jerárquica, y en el delito de Abuso de Autoridad, el sujeto activo es el funcionario público, agente del Gobierno o sus comisionados, los cuales en un momento dado representan al Estado, y bien podría darse la situación de que un subalterno cumpliera determinada orden de su superior, creyendo que esa orden sea lícita.

rior, el sujeto cree erróneamente encontrarse ante un estado real de necesidad.

Error Accidental.— Este error recae sobre circunstancias del tipo, pero no afecta a la culpabilidad, existiendo solamente una variación de grado de la misma. El error accidental se divide:

- a) "Aberratio Ictus" llamado también error en el golpe.
- b) "Aberratio in Persona"
- c) "Aberratio Delicti"

Error de Derecho.— Este error no excluye la culpabilidad, pues es consecuencia del principio "ignorantia legis no excusat", al respecto nuestro Código Penal establece en las fracciones III y IV del Artículo 9o.:

...III que crea que la ley era injusta o moralmente lícito violarla... IV que crea que era legítimo el fin que se propuso.

Obediencia Jerárquica.— Existe cuando el sujeto a virtud de un mandato de su superior jerárquico realiza una conducta considerada como delictiva. Para que el inferior jerárquico pueda ampararse con esta causa de inculpabilidad, tienen que darse las siguientes condiciones:

- a) Que exista dependencia jerárquica entre el superior y el subordinado.
- b) Que la orden se refiera a las relaciones habituales del servicio existentes entre el que manda y el que obedece.
- c) Que el superior obre dentro del límite de sus atribuciones oficiales.
- d) Que la orden reúna los requisitos legales exigidos por la ley.

No Exigibilidad de Otra Conducta.— Nos encontramos frente a la no exigibilidad de otra conducta, cuando el agente desarrolla una conducta típica y antijurídica, de tal manera que no se le puede exigir otra distinta de la que realizó. Son causas de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta: la vis compulsiva o violencia moral (fracción IV del Artículo 15 temor fundado y miedo grave); el estado de necesidad cuando los bienes en conflicto son de igual entidad; y el encubrimiento entre parientes (fracción XI Artículo 15).

Capítulo V

EL ITER CRIMINIS.— TENTATIVA.—
TENTATIVA EN EL DELITO DE ABUSO
DE AUTORIDAD.— PARTICIPACION.—
FORMAS DE APARICION:— CONCURSO
IDEAL.— CONCURSO REAL.

El Iter Criminis.— El Iter Criminis o vida del delito, es el trayecto que recorre el delito desde que nace como idea criminal hasta su total agotamiento.

Jiménez de Asúa ¹ nos dice: "El Iter Criminis supone la investigación de las fases por las que pasa el delito, desde la ideación hasta el agotamiento. Todo lo que ocurre desde que la idea nace en la mente del criminal, hasta el agotamiento del delito, esto es, todo lo que pasa desde que la idea entra en él hasta que consigue el logro de sus afanes".

Durante la trayectoria por la que atraviesa el delito se contemplan dos fases: "una interna" y "otra externa".

La fase interna o subjetiva consta de tres momentos:

- a) Concepción o idea.
- b) Deliberación.
- c) Resolución.

El primer momento o sea la concepción o idea, se presenta cuando aparece en la mente del sujeto agente la idea criminal, como consecuencia de un estímulo.

El segundo momento o sea la deliberación, es el proceso psíquico en el cual el sujeto valora su idea criminal.

El tercer momento o sea la resolución, es el momento en que el sujeto agente resuelve llevar a la práctica su idea criminal. Según Jiménez de Asúa ² este momento puede sufrir dos procesos: quedar anulado en el sujeto o exteriorizarse, para dar así comienzo a la fase externa.

1 Jiménez de Asúa, *La Ley y el Delito*, pág. 469. Edición, 1959.

2 Jiménez de Asúa, *op. cit.*, pág. 460, Edición 1959.

En esta primera fase sólo puede interesar a la conciencia moral y religiosa, no cayendo bajo la acción de la justicia penal, que sólo pune las resoluciones criminales manifestadas exteriormente.

La fase externa u objetiva está integrada por cuatro momentos:

- a) Resolución manifestada.
- b) Actos preparatorios
- c) Ejecución
- d) Consumación.

La resolución manifestada es la exteriorización del propósito criminal que tiende a realizarse objetivamente en el mundo de la cultura. Esta exteriorización de propósito excepcionalmente se castiga, como el delito de amenazas, en el cual la sola manifestación ideológica agota el tipo, consumándose el delito.

Los actos preparatorios son aquellas actividades que por sí mismas son insuficientes para mostrar su vinculación con el propósito de ejecutar un delito determinado para poner en peligro efectivo un bien jurídico tutelado³. Se trata de actividades equívocas ya que no se puede determinar de una manera exacta la intención que tiene el sujeto activo de llevar a cabo su plan delictuoso, y por lo tanto, no se le puede incriminar; sin embargo, esto sufre sus excepciones como en los casos previstos en el Código Penal en los Artículo 132, "Conspiración" y 235 Fracción V (falsificación de moneda... Fracción V "el que mande construir, compre o construya máquinas, instrumentos o útiles para la fabricación de moneda, si únicamente pudiese servir para ese objeto"). En la disposición transcrita y otras como en el caso de la asociación delictuosa, es indudable que el legislador consideró a tal grado peligrosas dichas conductas, que decidió erigirlas en tipo; aún cuando considerando la finalidad perseguida por quien las ejecuta, se trataría de tentativas o actos preparatorios de otros delitos.

3 Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Tomo II, pág. 216, 2a. Reimpresión, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1953.

Ejecución.— Los actos de ejecución son la manifestación externa próxima a la realización de un delito.⁴

Se dice que hay comienzo de ejecución, “cuando se penetra en el núcleo del tipo o se inician las referencias a los medios de acción de una conducta, de otro modo legítima, o que diferencian unos tipos de otros, viéndonos precisados a recurrir a la lesión del bien jurídico o su riesgo eficaz cuando la práctica lo exija.”⁵

Tentativa.— El proceso de ejecución da lugar a la **tentativa**, la cual es un acto de ejecución en la que no hay consumación por causas ajenas a la voluntad del sujeto, pero en el que se pone en peligro el bien jurídico tutelado. El acto de tentativa es objetiva y subjetivamente unívoco, es decir, no puede interpretarse sino como dirigido a la consumación típica, la que es la cabal realización de la hipótesis delictiva.

La tentativa abarca dos formas: acabada e inacabada.

Estamos en presencia de “tentativa acabada” cuando el sujeto emplea todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecuta los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad.

La tentativa inacabada se presenta cuando se ejecutan actos encaminados a la producción del delito propuesto, pero el cual no se perfecciona porque el agente omite alguno de ellos.

En el Artículo 12 de nuestro Ordenamiento Penal se prevé la tentativa abarcando sus dos formas y expresándolo de la siguiente manera:

Artículo 12: “la tentativa es 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”.

Tentativa en el Delito de Abuso de Autoridad.— Conforme hemos apuntado en el capítulo respectivo, los diversos ti-

4 Sebastián Soler, op. cit., pág. 218.

5 Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, pág. 514. Edición 1954.

pos previstos en el Artículo 214 del Código Penal son de mera conducta, esto es, que se caracteriza porque se agota el tipo con la realización de la conducta prevista hipotéticamente en el mismo. Por otra parte, del análisis realizado de estas fracciones hemos concluído que las conductas típicas se integran con un solo acto, siendo característicamente delitos unisubsistentes. En tal sentido, no es posible hablar de tentativa en las diversas fracciones, objeto de nuestro estudio, en cuanto a que la mera realización de la conducta abusiva implica la total realización del tipo. No se puede concebir que se inicie un proceso ejecutivo si al realizarse el acto u omisión típica la conducta se habrá integrado plenamente, en consecuencia no es admisible la tentativa en el delito de Abuso de Autoridad y no cabe por tanto establecer distinciones en relación con tentativa acabada e inacabada.

Consumación.— Cuando la conducta del agente ha integrado todos los elementos constitutivos del tipo legal, se dice que el delito se ha consumado; en este sentido, el sujeto activo ha ejecutado todos los actos necesarios realizadores del ilícito penal, perfeccionándose objetivamente el delito *in specie* y alcanzando la lesión jurídica que se propuso.

Participación.— La realización del delito no es siempre el producto de la actividad de un solo hombre, a veces concurre a su comisión la actividad de varios sujetos, y es cuando hablamos de participación, siempre y cuando el tipo no requiera la pluralidad de sujetos para la comisión del delito, pues estaremos en presencia de la "participación necesaria" la cual no está comprendida dentro de la teoría de la participación, en virtud de que ésta tiene por objeto señalar los principios aplicables a la producción de un delito *in specie* por más de una persona.

La participación admite ciertas formas o grados según la intervención que se haya tenido en el delito. Se distingue entre autor, coautor, cómplice y encubridor.

La autoría puede presentarse en dos formas: inmediata y mediata.

Hay autoría inmediata cuando el sujeto agente ejecuta la acción expresada por el verbo núcleo de la figura delictiva.

Estamos en presencia de la autoría mediata, cuando se ejecuta la acción valiéndose de otro sujeto que no es autor, o no es culpable o no es imputable, utilizándolo como instrumento para cometer el delito. En el delito de Abuso de Autoridad, atendiendo a la especial calidad del sujeto activo, solamente puede hablarse de autoría inmediata en cuanto el núcleo del tipo exige que el sujeto agente se extralimite en el ejercicio de sus funciones especialmente reglamentadas.

No puede hablarse de autoría mediata, en cuanto a que la autoría mediata supone que el sujeto que se utiliza como medio para la realización de la figura delictiva, no sea autor, o no sea culpable o no sea imputable; y en el delito de Abuso de Autoridad se exige que el sujeto activo tenga una especial calidad, la de funcionario, agente del Gobierno o comisionados, los que por las especiales delimitaciones previstas en la ley que regula sus funciones exigen en el sujeto una especial preparación que supone su capacidad.

Es coautor, quien en unión de otros autores responsables participan en igualdad de circunstancias a la realización del ilícito penal. Se caracteriza porque su acción y responsabilidad no dependen de la acción o responsabilidad de otro sujeto.

Desde este punto de vista creemos que si dos o más funcionarios realizan conjuntamente alguna de las conductas típicas ya analizadas, serán coautores del delito a estudio. Es claro, que depende del análisis concreto de cada una de las hipótesis el reconocer la posibilidad de realización conjunta. Si la hipótesis prevé estrictamente una conducta específica que sólo admite que se realice por un sujeto en especial, no podría hablarse de coautoría.

Es cómplice el que coopera con el autor a la producción de un delito, pero de una manera secundaria e indirecta, realizando algunos actos previos y accesorios.

En el delito que analizamos, si el auxiliador es un particular no responde del delito de Abuso de Autoridad, en cuanto al

no tener la especial calidad del sujeto activo exigida por el tipo, se está en presencia de una atipicidad.

No obstante, si algún sujeto que a su vez tenga la calidad exigida en el tipo, auxilia con una acción accesoria al autor del abuso, será responsable como cómplice en los términos de la Fracción III del Artículo 13 del Código Penal.

Del estudio de las diversas hipótesis del Artículo 214 suponemos que es en la Fracción II en la que se aprecia con mayor claridad la posibilidad de realización de una acción auxiliadora por parte de otro funcionario, agente de Gobierno o comisionado, que con su conducta facilita la realización de la acción típica. Así, si dos agentes de la policía al hacer violencia injusta en la persona de un particular se valen de un tercer agente, quien colocado en un lugar adecuado está pronto para avisarles la presencia de un superior; los dos agentes que realizan directamente la violencia serán responsables como coautores y el tercer agente responderá como cómplice del delito de Abuso de Autoridad realizado por los anteriores.

Si el funcionario, agente del Gobierno o comisionados al realizar una conducta accesoria auxilia a otro funcionario para la realización de una conducta típica, pero a su vez, dicha conducta accesoria encuadra en hipótesis diversas de Abuso de Autoridad, evidentemente responderá no con el carácter de cómplice sino como autor.

En términos del Artículo 13 habrá "encubrimiento" si la acción auxiliadora del sujeto con la calidad exigida de funcionario, agente del Gobierno o comisionado, se realiza con posterioridad a la consumación del Abuso de Autoridad y media un acuerdo previo entre el autor y el partícipe. De no mediar un acuerdo previo, la acción auxiliadora encuadraría en la hipótesis autónoma de encubrimiento prevista en la Fracción IV del Artículo 400 del Código Penal.

Formas de Aparición:— Concurso de Delitos.— Castellanos Tena ⁶ nos dice: "en ocasiones un mismo sujeto es autor de

⁶ Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 307. 1a. Edición, Editorial Jurídica Mexicana, 1959.

varias infracciones penales; a tal situación se le da el nombre de concurso, sin duda porque en la misma persona concurre varias autorías delictivas”.

El concurso de delitos puede dividirse en: concurso real o material y concurso ideal o formal.

El concurso real o material aparece cuando con varias actuaciones independientes entre sí, se cometen varios delitos sin que haya recaído sentencia en alguno de ellos.

El concurso ideal o formal aparece cuando con una sola acción se violan varias disposiciones penales.

El concurso real o material produce la acumulación de sanciones: al respecto el Artículo 18 del Código Penal estatuye: “hay acumulación siempre que alguno es juzgado a la vez por varios delitos, ejecutados en actos distintos, si no se ha pronunciado antes sentencia irrevocable y la acción para perseguirlo no está prescrita”. Existen sistemas diversos para la punición del concurso real, los cuales son: acumulación material, absorción y acumulación jurídica. El Artículo 64 del Código Penal recepta estos tres sistemas.

En el delito de Abuso de Autoridad, puede darse el concurso real o material cuando el sujeto a quien se le imputa el abuso, a su vez, por conducta diversa, comete otro delito. Igualmente podrá realizarse el concurso ideal o formal si por el propio acto abusivo el funcionario, agente de Gobierno o comisionado, lesiona otro bien jurídico diverso al tutelado por el Abuso de Autoridad, v. gr. en el supuesto del funcionario que al ejercer violencia injusta sobre una persona le causa lesiones. En el primer caso de concurso se le aplicará la pena conforme a lo previsto en el Artículo 64. En el segundo caso, se aplicará el Artículo 58 del Código Penal.

BIBLIOGRAFIA

- Alba Muñoz Javier.*—Apuntes de clase de la parte general de Derecho Penal, Campeche 1959.
- Bielsa Rafael.*—Derecho Administrativo tomo III, Buenos Aires, 1956
- Castellanos Tena Fernando.*—Lineamientos Elementales de Derecho Penal, México, 1959.
- Carrancá y Trujillo Raúl.*—Derecho Penal Mexicano, México, 1956.
- Fernández Doblado Luis.*—Culpabilidad y Error, Tesis, Anales de Jurisprudencia, México Enero-Marzo 1951.
- Gastón Jeze.*—Les principes Generaux du Droit Administratif Tomo III, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1949.
- H. Berthélemy.*—Traite Elementaire du Droit Administratif, París, 1923.
- Jiménez de Asúa Luis.*—Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, 1951.
- Jiménez de Asúa Luis.*—La Ley y el Delito, México-Buenos Aires, 1954.
- Jiménez Huerta Mariano.*—La Tipicidad, México, 1955.
- Jiménez Huerta Mariano.*—La Antijuricidad, México, 1952.
- Leon Duguít.*—Traité du Droit Constitutionnel Tomo III, París, (1930).
- Mezger Edmundo.*—Tratado de Derecho Penal, Tomo I Madrid, 1955.
- Mezger Edmundo.*—Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Madrid, 1957.
- Mezger Edmundo.*—Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1959.
- Maggiore Giuseppe.*—Derecho Penal, Bogotá, 1954.
- Manzini Vincenzo.*—Trattato di Diritto Penale, Italiano, Tomo V. Torino, 1936.
- Porte Petit Celestino.*—Apuntes de la Parte General de Derecho Penal, México, 1960.
- Porte Petit Celestino.*—Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, México, 1954.
- Porte Petit Celestino.*—Programa de la Parte General del Derecho Penal, México, 1958.
- Soler Sebastian.*—Derecho Penal Argentino, Tomo V. Buenos Aires, 1956.
- Villegas Basavillbaso Benjamín.*—Derecho Administrativo, Tomo III, Buenos Aires, 1951.

I N D I C E

CAPITULO I

	Pág.
<i>Concepto de Funcionario Público</i>	9
a) Doctrina Francesa	11
b) Doctrina Argentina	15
c) Criterio Aceptado por la doctrina Mexicana	18

CAPITULO II

<i>El Abuso de Autoridad</i>	19
a) Antecedentes históricos y legislativos de este delito	21
b) Ubicación de este delito en los códigos penales	25
c) Especial referencia del bien jurídico que se tutela (objeto jurídico del delito)	27

CAPITULO III

<i>El delito de Abuso de Autoridad</i>	29
--	----

CAPITULO IV

<i>Análisis dogmático del Abuso de Autoridad</i>	37
a) El Elemento objetivo	39
b) El Tipo	45
c) La Tipicidad	49
d) La Antijuricidad	50
e) La Culpabilidad	58

CAPITULO V

<i>El iter criminis</i>	65
a) Tentativa	69
b) Tentativa en el delito de Abuso de Autoridad	69
c) Participación	70
d) Formas de aparición:- Concurso Ideal.- Concurso Real	72
BIBLIOGRAFIA	75