

879309



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE**

FACULTAD DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
CLAVE: 879309



**LA EXCESIVA PENALIDAD DEL DELITO DE PORTACION
DE ARMA DE FUEGO DE USO EXCLUSIVO DEL
EJERCITO, ARMADA Y FUERZA AEREA**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

CARLOS ERNESTO FARIAS FLORES

ASESOR:

LIC. ROGELIO LLAMAS ROJAS

CELAYA, GTO.

JUNIO DE 2000

282441



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 MI FAMILIA.

QUE CON SU DEDICACION,
ESFUERZO Y EJEMPLO,
ME HAN ENSEÑADO EL CAMINO
A SEGUIR.

GRACIAS.

INDICE GENERAL

CONTENIDO

PAG.

INTRODUCCION

CAPITULO I

NOCIONES DEL DELITO

1.1	GENERALIDADES	2
1.2	DEFINICIONES DOCTRINALES	2
1.3	CONCEPCION LEGAL	5
1.3.1	DE ACUERDO AL CODIGO PENAL FEDERAL	5
1.3.2	DE ACUERDO AL CODIGO PENAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO	6
1.4	CLASIFICACION DE LOS DELITOS	7
1.4.1	EN FUNCION DE SU GRAVEDAD	7
1.4.2	SEGÚN LA FORMA DE LA CONDUCTA DEL AGENTE	7
1.4.3	POR EL RESULTADO	8
1.4.4	POR EL DAÑO QUE CAUSAN	9
1.4.5	POR SU DURACION	9
1.4.6	POR EL ELEMENTO INTERNO O CULPABILIDAD	10
1.4.7	UNISUBSISTENTES Y PLURISUBSISTENTES	10
1.4.8	ATENDIENDO AL NUMERO DE SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA EJECUCION	11
1.4.9	POR LA FORMA DE SU PERSECUCION	11
1.4.10	POR LA MATERIA	11
1.4.11	CLASIFICACION LEGAL	12
1.5	NOCION DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO	14

CAPITULO II

ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO

2.1 LA CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA	17
2.1.1 NOCION DE LA CONDUCTA	17
2.1.2 SUJETO DE LA CONDUCTA	17
2.1.3 SUJETO PASIVO Y OFENDIDO	18
2.1.4 OBJETO DEL DELITO	18
2.1.5 LA ACCION Y SUS ELEMENTOS	18
2.1.6 LA OMISION Y SUS ELEMENTOS	22
2.1.7 AUSENCIA DE CONDUCTA	24
2.2 TIPICIDAD Y ATIPICIDAD	25
2.2.1 EL TIPO	26
2.2.2 TIPICIDAD	26
2.2.3 ELEMENTOS DEL TIPO	27
2.2.4 CLASIFICACION DE LOS TIPOS PENALES	28
2.2.5 ATIPICIDAD	29
2.3 ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION	30
2.3.1 NOCION DE ANTIJURIDICIDAD	30
2.3.2 CAUSAS DE JUSTIFICACION	31
2.3.3 LEGITIMA DEFENSA	32
2.3.4 ESTADO DE NECESIDAD	33
2.3.5 CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO	34
2.3.6 CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DEL BIEN JURIDICO	34

CAPITULO III

ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO

3.1 LA IMPUTABILIDAD Y LA INIMPUTABILIDAD	37
3.1.1 NOCION DE IMPUTABILIDAD	37
3.1.2 RESPONSABILIDAD	37

3.1.3	ACTIONES LIBERAE IN CAUSA -----	38
3.1.4	LA INIMPUTABILIDAD Y SUS CAUSAS -----	38
3.2	CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD -----	40
3.2.1	NOCION DE CULPABILIDAD -----	40
3.2.2	TEORIAS SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA CULPABILIDAD -----	41
3.2.3	EL DOLO Y SUS ELEMENTOS -----	42
3.2.4	LA CULPA Y SUS ELEMENTOS -----	43
3.2.5	LA PRETERINTENCION -----	44
3.2.6	INCULPABILIDAD -----	47
3.2.7	CAUSAS DE INCULPABILIDAD -----	47

CAPITULO IV

PUNIBILIDAD, PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

4.1	LA PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA -----	51
4.1.1	LA CONDICIONALIDAD OBJETIVA -----	51
4.1.2	EXCUSAS ABSOLUTORIAS -----	52
4.2	NOCION DE LA PENA -----	53
4.3	FUNDAMENTOS DE LA PENA -----	54
4.4	FINES Y CARACTERISTICAS DE LA PENA -----	55
4.5	CLASIFICACION DE LA PENA -----	56
4.6	MEDIDAS DE SEGURIDAD -----	59
4.7	INDIVIDUALIZACION DE LA PENA -----	61
4.8	LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION -----	64
4.9	LAS PENAS CORTAS DE PRISION -----	65
4.10	SUSTITUCION DE LA PENA -----	67
4.11	CONDENA CONDICIONAL -----	68

CAPITULO V

EL DELITO DE PORTACION DE ARMA DE FUEGO DE USO EXCLUSIVO DEL EJERCITO ARMADA Y FUERZA AEREA

5.1	NOCION LEGAL: DESCRIPCION DEL TIPO -----	72
5.2	ANALISIS JURIDICO DEL DELITO DE PORTACION DE ARMA DE FUEGO DEL USO EXCLUSIVO DEL EJERCITO ARMADA Y FUERZA AEREA -----	73
5.3	PENALIDAD DEL DELITO -----	78
5.4	CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA PENALIDAD -----	82
5.5	PENALIDAD PROPUESTA -----	87

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

El derecho no puede ni debe permanecer estable ya que es dinámico por naturaleza. Su movilidad dependerá, por lo tanto, de la agilidad, vigencia y renovación congruente de la ley, que es la que contiene al derecho en forma de derecho positivo. Sin embargo, si la ley se renueva con demasiada frecuencia, o bien, se reforma sin el debido cuidado y responsabilidad, entonces se altera irremediabilmente el orden jurídico, sin el que no son posibles ni la paz ni la tranquilidad también jurídicas.

La presente investigación, gira en torno precisamente a las reformas mas recientes realizadas a la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, ordenamiento legal que consideró de suma importancia, ya que tiene como objetivo inmediato el control de las armas que existen en el país y paralelamente el fin supremo de garantizar la seguridad y orden interno de la nación. En dichas reformas, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1998, el legislador se concentró principalmente en el aumento a la penalidad de algunos de los delitos contemplados en dicho ordenamiento legal. Lo anterior trajo como consecuencia que algunos de estos delitos, que inclusive no están considerados como graves, quedaran finalmente con una penalidad excesiva y desproporcionada en comparación con la penalidad contemplada anteriormente para los mismos ilícitos.

A lo largo de la presente investigación, se analizarán las graves consecuencias que la reforma multimencionada trajo consigo, sobre todo en el delito de portación de arma de fuego de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerzo Aérea, ilícito previsto y sancionado por el artículo 83 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, y mas específicamente en su fracción II, al cual se aumento la penalidad en un 500%, lo cual se considera incongruente y desproporcionado, mas aún, analizando las consecuencias jurídicas que implica dicha reforma.

Con este trabajo, no pretendo ser, desde luego, enemigo de las reformas legales o legislativas; pero sí dar más importancia y prioridad a que la ley se aplique, se respete, pues por más reformas que haya, cualquiera que sea su origen u objetivo, de nada valen si la ley sigue desobedeciéndose.

CAPITULO I

"NOCIONES DEL DELITO"

1.1 GENERALIDADES.

La palabra delito proviene del latín *delinquere*, que significa faltar, abandonar, actuar fuera de las disposiciones que marca la ley. Su concepto, ha sido analizado desde muy diversos puntos de vista, a variado a través del tiempo, según los países y en relación con las múltiples legislaciones vigentes, sus necesidades jurídicas y sociales. Así pues, el delito será siempre materia de estudio, en un claro afán de encontrar la definición que permita englobar todos y cada uno de sus elementos, así como su estudio y análisis exhaustivo.

De esta forma, a través de la historia, nos encontramos con las más variadas formas de conceptualizar el delito, influenciadas por la manera de ser de cada pueblo y las necesidades de cada época, e inclusive por las tendencias filosóficas de los autores que las producen.

1.2 DEFINICIONES DOCTRINALES.

Francisco Carrara, máximo escritor clásico de la dogmática penal italiana, define al delito como *la infracción de la ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.*

Carrara llama al delito infracción a la ley, sin embargo, cabe aclarar que no basta la infracción a una ley cualquiera, sino que esta debía ser una ley penal, únicamente cuando una acción choca contra ella se convierte en un delito, es decir, dicha ley debe ser promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos. Carrara sostenía que la diferencia específica que separa al delito de los demás actos es una oposición objetiva y una oposición subjetiva. La primera, por cuanto existe contraste o choque con las prevenciones de la ley penal y la segunda, por cuanto está presente el querer delictivo en la realización del hecho o cuando menos la imprudencia o la negligencia en su acontecer.¹

Carrara concebía al delito no como un simple hecho, sino como un ente jurídico, la idea de delito no es más que una idea de relación: la relación contradictoria entre el hecho del hombre y la ley, en esto consiste el ente jurídico al cual se da el nombre de delito.² Algunos autores consideran su definición como el antecedente principal del concepto de delito que incluye elementos implícitos, tales como; *acción típica, antijurídica y culpable*. Sin embargo, Ernesto Von Beling, es quien plasma claramente dichos elementos en su definición, estimando que el delito es la acción típica, antijurídica culpable, subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las sanciones de punibilidad.

Por otra parte, el escritor positivista Rafael Garófalo, define el delito natural como la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida media

¹ CARDONA ARIZMENDI ENRIQUE Y OTRO Código Penal Comentado, Ed. Cárdenas, ed 3°, pag. 94, México, 1996.

² CARRARA, FRANCESCO. Curso de Derecho Criminal, tomo I, Ed. Depalma, Argentina, pag.30, 1944

indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad. Sostenía que el elemento de inmoralidad necesaria para que un acto perjudicial se considere criminal por la opinión pública, es la lesión de aquella parte de sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales, además la lesión ha de ser no en la parte superior y más delicada de estos sentimientos, sino en la medida media en que son poseídos por una comunidad y que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad.³

Desde luego, no faltaron las críticas al delito natural de Garófalo. Sebastián Soler, considera que los sentimientos de piedad y probidad difieren radicalmente, esto es, existen términos que para algunas culturas significan una cosa y para otras culturas tienen un significado distinto, lo que nos llevaría a determinar la incriminación de los actos más diversos, según el tiempo y las circunstancias sociales imperantes en ese momento histórico.

Para Franz Von Liszt, el delito es un acto humano, antijurídico, culpable y sancionado con una pena.

Por su parte, Jiménez de Asúa, considera el delito como el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal, mientras que Edmundo Mezger, considera el delito como una acción típicamente antijurídica y culpable. Esta definición incluye de manera precisa elementos que conforman la esencial naturaleza del delito.

³ RODRIGUEZ MANZANERA, LUIS. Criminología. Ed. Porrúa, ed. 14ª, pag. 241, México, 1999.

1.3 CONCEPCION LEGAL.

1.3.1 De acuerdo al Código Penal Federal.

El artículo 7° del Código Penal de 1931 para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, establece en su primer párrafo: *Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.*

Sin embargo esta definición ha sido criticada. Estar sancionado un acto con una pena no conviene a todo lo definido; hay delitos que gozan de una excusa absolutoria y no por ello pierden su carácter delictuoso. No conviene sólo a lo definido ya que abundan las infracciones administrativas, disciplinarias o que revisten el carácter de meras faltas, las cuales se hallan sancionadas por la ley con una pena, sin ser delitos.

Una definición descriptiva, puede acumular datos o propiedades de la cosa definida, pero esos datos y propiedades han de ser tales que radiquen en el objeto que se define o se relacionen con él de manera que, a través del tiempo y del espacio, haya certeza de que acompañarán necesariamente a todos los individuos de la especie definida y, acumulados, sólo convendrán a ellos. Además, decir que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, sugiere de inmediato la cuestión de saber por qué lo sancionan o cuál es la naturaleza de ese acto para merecer los castigos o las sanciones penales.⁴

⁴ VILLALOBOS. IGNACIO. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa, ed. 2°, pag.192, México, 1960.

Es de gran trascendencia, precisar los elementos del delito que se obtienen de esta definición, sin embargo, es insuficiente por si sola, ya que a primera vista y sin mas indagaciones, se diría que de acuerdo con el contenido del artículo 7° del Código Penal en mención, se distinguen en primer término el acto u omisión, o sea el elemento objetivo que se manifiesta por medio de la voluntad, ya sea violando una prohibición penal, o bien absteniéndose de un acto cuya ejecución impone la ley. El siguiente elemento, es que el acto u omisión los sancionen las leyes penales y por lo mismo no puede haber delito si no hay una ley previa que califique el hecho relacionado como tal. Los elementos apuntados no proyectan la verdadera naturaleza del delito, lo que evidencia la insuficiencia de la definición en estudio.

1.3.2 De acuerdo al Código Penal del Estado de Guanajuato.

El Código Penal para el Estado de Guanajuato, específicamente en su artículo 11, establece que ***“Delito es la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible”***.

Esta definición de nuestro Código respecto del delito, es la definición dogmática del mismo, desarrollada por los grandes dogmáticos penalistas alemanes comprendidos dentro del sistema clásico o causalista, así como dentro del sistema neoclásico de la dogmática penal alemana.

Esta formula, da una idea clara y completa de lo que es el delito, y permite su estudio de una manera ordenada. Sin hacer un análisis muy profundo de la definición anterior, de ella se desprenden elementos como la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad.

1.4 CLASIFICACION DE LOS DELITOS.

1.4.1 En función de su gravedad.

- a) Crímenes.- Son aquellas violaciones a la Ley, que lesionan derechos naturales como la vida, la libertad, etc.
- b) Delitos.- Son aquellas violaciones a derechos derivados del contrato social.
- c) Faltas o Contravenciones.- Son aquellas infracciones cometidas a los reglamentos de policía y buen gobierno.

Cabe aclarar que dentro de nuestra legislación penal, esta clasificación tripartita carece de interés actual.

1.4.2 Según la forma de la conducta del agente.

- a) Acción.- Estos se cometen mediante un comportamiento positivo, y con ello se viola una Ley prohibitiva.

- b) Omisión.- Consiste en la no ejecución de algo ordenado por la Ley, es decir, la falta de observancia por parte del sujeto de un precepto obligatorio. Se viola una ley dispositiva.

A su vez, los delitos de omisión se dividen en delitos de simple omisión y de comisión por omisión.

Los delitos de simple omisión, consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con independencia del resultado material que produzcan, es decir, se sancionan por la omisión misma.

Los delitos de comisión por omisión, son aquellos en los que el agente decide no actuar y por esa inacción se produce el resultado material. En los delitos de simple omisión, hay una violación jurídica y un resultado puramente formal, mientras en los de comisión por omisión, además de la violación jurídica se produce un resultado material.

1.4.3 Por el resultado.

- a) Delitos formales.- En esta clase de delitos, la realización de la conducta agota integralmente el tipo legal, sin producir un resultado material externo, perceptible a los sentidos, se sanciona la acción en si misma.

- b) Delitos materiales.- Son aquellos que para su integración requieren la producción de un resultado material, es decir, causar un daño.

1.4.4 Por el daño que causan.

- a) De lesión o daño - Aquellos que causan un daño cierto y efectivo en el bien jurídico que la norma penal tutela. Tales como los delitos de homicidio o aborto.
- b) De peligro.- Aquellos que amenazan causar un daño efectivo al bien jurídicamente protegido, es decir lo ponen en peligro. Por ejemplo el delito de **Portación de arma de fuego**.

1.4.5 Por su duración.

- a) Instantáneos - Son aquellos que se consuman mediante la realización de una sola conducta y en forma momentánea, se produce en un solo instante.
- b) Permanentes.- Aquel en que la acción que lo consuma crea un estado delictivo que se prolonga en el tiempo mientras subsiste la lesión del bien jurídico afectado. Su característica esencial, es la persistencia de la acción y del resultado.

- c) Continuos.- En este delito, se dan varias acciones y una sola lesión jurídica. Es continuada en la conciencia y discontinuo en la ejecución.

1.4.6 Por el elemento interno o culpabilidad.

- a) Doloso.- Es cuando se dirige la voluntad consiente a la realización del hecho típico y antijurídico.
- b) Culposos.- En éste, no se quiere el resultado penalmente tipificado, más surge por el obrar sin las cautelas y precauciones exigidas por el Estado para asegurar la vida en común, como en el caso de un conductor vehicular, que manifiesta falta de precaución o de cuidado y produce un resultado no deseado.
- c) Preterintencional.- Aquí, el resultado va más allá de lo que el sujeto pretendía hacer. Es decir, el dolo existe solo hasta cierto punto, pero nunca se espera provocar el resultado final.

1.4.7 Unisubsistentes y plurisubsistentes.

- a) Unisubsistentes.- Son aquellos que se dan solo en un solo acto.
- b) Plurisubsistentes.- Es el resultado de la unificación de varios actos, naturalmente separados, bajo una sola figura.

1.4.8 Atendiendo al número de sujetos que intervienen en la ejecución del hecho.

- a) Unisubjetivos.- En estos, la actuación de un solo sujeto es suficiente para que el tipo penal se actualice.
- b) Plurisubjetivos.- En este tipo de delitos, se requiere la concurrencia de dos o más conductas para la integración del tipo.

1.4.9 Por la forma de su persecución.

- a) De querella.- Este tipo de delitos sólo pueden perseguirse, si así lo manifiesta el ofendido o sus legítimos representantes.
- b) De Oficio.- Son aquellos en las que la autoridad, previa denuncia, está obligada a actuar, por mandato legal, persiguiendo y castigando a los responsables, con independencia de la voluntad de los ofendidos.

1.4.10 Por la materia.

- a) Comunes.- Son aquellos que se encuentran previstos en leyes dictadas por las legislaturas locales.
- b) Federales.- Estos se establecen en las leyes expedidas por el Congreso de la Unión.

- c) **Oficiales.**- Son los que comete un empleado o funcionario público en el ejercicio de sus funciones, es decir, abusa de ellas.
- d) **De orden militar.**- Son los que afectan la disciplina del Ejército.
- e) **Políticos.**- Son aquellos que lesionan la organización del Estado en sí misma o en sus órganos o representantes.

1.4.11 Clasificación legal.

El Código Penal para el Distrito Federal en materia común, y para toda la república en materia de fuero federal, en su libro segundo, clasifica los delitos de la siguiente manera:

- Delitos contra la seguridad de la nación.
- Delitos contra el derecho internacional.
- Delitos contra la humanidad.
- Delitos contra la seguridad pública.
- Delitos en materia de vías de comunicación y de correspondencia.
- Delitos contra la autoridad.
- Delitos contra la salud.
- Delitos contra la moral pública y las buenas costumbres.
- Revelación de secretos.
- Delitos cometidos por servidores públicos.

- Delitos cometidos contra la administración de justicia.
- Responsabilidad profesional.
- Falsedad.
- Delitos contra la economía pública.
- Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual.
- Delitos contra el estado civil y bigamia.
- Delitos en materia de inhumaciones y exhumaciones.
- Delitos contra la paz y seguridad de las personas.
- Delitos contra la vida y la integridad corporal.
- Delitos contra el honor.
- Privación ilegal de la libertad y otras garantías.
- Delitos en contra de las personas en su patrimonio.
- Encubrimiento y operaciones con recursos de procedencia ilícita.
- Delitos electorales y en materia de registro nacional de ciudadanos.
- Delitos ambientales.
- Delitos en materia de derechos de autor.

Por otro lado, el Código Penal para el estado de Guanajuato, en su parte especial del libro segundo, clasifica a los delitos en las siguientes secciones:

- Delitos contra el estado.
- Delitos contra la sociedad

- Delitos contra la familia.
- Delitos contra las personas.
- Delitos en materia electoral
- Delitos contra la ecología

1.5 NOCION DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO.

Debemos entender por elemento la parte integrante de algo, lo necesario para que ese algo tenga existencia. Elemento del delito es todo componente *sine qua non*, indispensable para la existencia del delito en general.⁵ Hasta el momento, no existe uniformidad de criterios respecto a los elementos esenciales del delito, sin embargo existen elementos que integran la naturaleza jurídica de este, y en ausencia de cualquiera de ellos, el ilícito será inexistente.

Como hemos visto, nuestro Código Penal Vigente para el Estado de Guanajuato, ha definido el delito como la *conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible*, es decir, una conducta será punible siempre y cuando reúna la calidad para que se le imponga una pena, y para que esto suceda es necesario que dicha conducta sea típica, antijurídica, imputable y culpable. Así pues, tenemos una característica fundamental que es la conducta, misma que se considera como una manifestación de la voluntad hacia el exterior y que se puede traducir en una acción cuando se viola una norma

prohibitiva, o bien, en una omisión cuando se viola una norma dispositiva, naturalmente todo ello obedeciendo a la voluntad que se manifiesta.

Del análisis de la definición comentada, podemos desprender dos tipos de elementos: los *elementos objetivos*, como lo son la *conducta*, la *tipicidad* y la *antijuridicidad*; y los *elementos subjetivos*, tales como la *imputabilidad* y la *culpabilidad*.

Por lo que respecta a la *punibilidad*, existe una gran discusión dogmática, ya que algunos tratadistas la consideran como la consecuencia del delito, mientras que otros la consideran como elemento esencial del fenómeno jurídico penalmente relevante.

Estos elementos del delito son los aspectos positivos, a cada uno de los cuales corresponde uno negativo, que llega a ser la negación de aquel; lo cual significa que anula o deja sin existencia al positivo y, por tanto, al delito: (Aspectos positivos y negativos)

- Conducta; Ausencia de Conducta.
- Tipicidad; Ausencia de Tipo o Atipicidad.
- Antijuridicidad; Causas de Justificación.
- Imputabilidad; Causas de Inimputabilidad.
- Culpabilidad; Causas de Inculpabilidad.
- Punibilidad; Excusa Absolutorias.

⁵ PORTE PETIT, CELESTINO. La Parte General de Derecho Penal, Ed. Porrúa, ed. 4°, pag. 270, México, 1978.

CAPITULO II

"ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO"

2.1 LA CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA.

2.1.1 Noción de Conducta.

La conducta es el primero de los elementos que requiere el delito para existir. Para expresar este elemento del delito se han usado diversas denominaciones, es así como algunos autores le llaman acción, hecho o actividad.

La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.⁶ Dentro del concepto de conducta pueden comprenderse la acción y la omisión; es decir, el hacer positivo y el negativo; el actuar y el abstenerse de obrar.

2.1.2 Sujeto de la conducta

Sólo la conducta humana tiene relevancia para el Derecho Penal. Solo el ser humano es capaz de ubicarse en la hipótesis de constituirse en sujeto activo; por lo tanto, es inadmisibles afirmar que los animales o cosas carentes de voluntad y razón pueden ser considerados como sujetos de conducta.

El único sujeto activo de la conducta, es la persona física individual.

2.1.3 Sujeto Pasivo y Ofendido.

El sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. El ofendido es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal.⁷ Se debe de distinguir entre uno y otro, aunque por lo general, el sujeto pasivo y el ofendido coinciden, sin embargo, existen delitos como el homicidio en el que el sujeto pasivo es el occiso y los ofendidos resultan ser los familiares o deudos de este.

2.1.4 Objeto del Delito.

Se distingue entre *objeto material* y *objeto jurídico*. El objeto material lo constituye la persona o cosa sobre quien recae el daño, peligro u acción delictuosa. El objeto jurídico, es el bien jurídico tutelado por las leyes, que el hecho u omisión lesionan.

2.1.5 La acción y sus elementos.

La acción es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación.⁸ Consiste en un actuar o hacer, es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales, y comete la infracción a la ley por

⁶ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Lineamientos elementales de derecho penal, Ed. Porrúa, ed. 34°, pag. 149, México, 1994.

⁷ Op. Cit., pág. 152.

sí mismo o por medio de instrumentos, animales, mecanismos e incluso mediante personas.

Esta conducta se puede realizar mediante un comportamiento o varios.

Los elementos de la acción son: la voluntad, la actividad, el resultado y la relación de causalidad, llamado también nexos causal.

- a) *La Voluntad*: es el querer, por parte del sujeto activo, de cometer el delito. es decir, es propiamente la intención.
- b) *La Actividad*: consiste en el hacer o actuar. Es el hecho positivo o movimiento humano encaminado a producir el ilícito.
- c) *El Resultado*: es la consecuencia de la conducta, el fin deseado por el agente y previsto en la ley penal.
- d) *El Nexo de Causalidad*: es el ligamen o nexo que une a la conducta con el resultado, el cual debe ser material. Dicho nexo es lo que une a la causa con el efecto. sin el cual este último no puede atribuirse a la causa.

Es importante precisar que el nexo causal debe ser material, ya que es el único relevante para el derecho penal, las implicaciones morales, espirituales o psicológicas, pasan a segundo término. Lo anterior en virtud de que puede haber voluntad y resultado, pero no nexo causal.

⁸ Op. Cit., pág. 153.

Se han elaborado numerosas teorías respecto de cuales son las actividades humanas o acciones que deben ser tenidas como causas de un resultado, advirtiéndose dos corrientes: *la generalizadora y la individualizadora*. Según la corriente generalizadora, todas las condiciones productoras del resultado deben ser consideradas causa del mismo: por otro lado, de acuerdo con la corriente individualizadora, debe ser tomada en cuenta de entre todas las condiciones, una de ellas en atención a factores de tiempo, calidad o cantidad.

Teoría de la equivalencia de las condiciones, también conocida como de la *conditio sine qua non*. Según esta tesis generalizadora, todas las condiciones productoras del resultado son equivalentes y por ende todas son su causa. Esto es, antes de que una de las condiciones, sea cualquiera, se asocie a las demás, todas son ineficaces para la producción del resultado: éste surge por la suma de ellas; luego cada una es causa de toda la consecuencia y por ende con respecto a esta tienen el mismo valor.

Ahora bien, la concepción de la teoría de la equivalencia o de la *conditio sine qua non*, es intachable desde el punto de vista lógico; sin embargo, ha sido criticada en el campo netamente jurídico, considerándose indispensable restringirla para su aplicación. Para Carlos Binding, si la teoría tuviera tal importancia en el orden penal, debían castigarse como coautores en el delito de adulterio, no sólo a la mujer casada que cohabita con varón que no es su marido y a quien yace con ella, sino al carpintero constructor de la cama. Lo anterior se resuelve con el solo hecho de tener presente que para la configuración de un delito, no basta la aparición de un resultado típico, sino que se requieren los demás

elementos esenciales del ilícito penal, entre ellos, la culpabilidad. Así, algunos autores, como Antolisei, buscan en la culpabilidad el correctivo de la teoría de la equivalencia de las condiciones, pues para ser un sujeto responsable, no basta la comprobación del nexo de causalidad, sino que se precisa verificar si actuó con dolo o culpa.⁹

Por su parte, respecto de la corriente individualizadora se presentan diversos aspectos, resaltando diferentes teorías

Teoría de la última condición, de la causa próxima, o de la causa inmediata.

Esta teoría sostiene que entre las causas productoras del resultado, sólo es relevante la última, es decir, la más cercana al resultado. Esta tendencia se considera inadmisibles, habida cuenta de que niega valor a las demás concausas y los especialistas están de acuerdo en que el Derecho también atribuye el resultado típico a quien puso en movimiento un antecedente que no es ni el último factor ni el inmediato a la producción del evento.

Teoría de la condición más eficaz. Para esta teoría, creada por Birkmeyer, sólo es causa del resultado aquella condición que en la pugna de las diversas fuerzas antagonicas tenga una eficacia preponderante; constituye una limitación a la de la equivalencia de las condiciones, pero se considera inaceptable ya que niega la eficacia de las concausas y por ende la participación en el delito.

⁹ Op. Cit. Cuzco, p. 133, 163

Teoría de la adecuación o de la causalidad adecuada. Esta teoría, considera únicamente como verdadera causa del resultado la condición normalmente adecuada para producirlo (criterio cualitativo). La causa es normalmente adecuada cuando dicho resultado surge según lo normal y corriente de la vida, es decir, si el resultado se aparta de lo común no hay relación de causalidad entre él y la conducta.

Como se puede apreciar, la relación de causalidad o nexo causal ha sido objeto de diferentes criterios por parte de los autores, sin embargo, de las teorías examinadas anteriormente, la de la equivalencia de las condiciones esta considerada como la más acertada, por su carácter general, al reconocer a las concausas la naturaleza de condiciones y resolver satisfactoriamente el problema de la participación.

2.1.6 La Omisión y sus elementos.

La omisión consiste en realizar la conducta típica con abstención de actuar, esto es, no hacer o dejar de hacer. Constituye la forma negativa del comportamiento o de la acción. La omisión puede ser *simple* o *comisión por omisión*.

- a) *La omisión simple* - También conocida como omisión propia, consiste en no hacer lo que se debe de hacer, ya sea voluntaria o imprudencialmente, con lo cual se produce un delito, aunque no haya un resultado. Es decir, el

tipo se colma con la falta de una actividad jurídicamente ordenada, sin requerir de resultado material alguno.

- b) *La comisión por omisión.*- También conocida como omisión impropia, en esta hay una doble violación de deberes: de obrar y de abstenerse. Para su existencia se requiere primeramente una omisión, un no hacer que traiga consigo un quebrantamiento de una norma dispositiva. lo cual debe tener una consecuencia mediata querida, admitida o consentida por el agente, misma que implique la violación de una norma penal prohibitiva.¹⁰ Por ejemplo, el abandono de la obligación de alimentar a los hijos, con lo que se causa la muerte de estos.

Los elementos de la omisión son la voluntad, la actividad, el resultado y el nexo causal. Es decir, son los mismos elementos que se tomaron en cuenta para la acción en este capítulo, sin embargo, se deben hacer algunas precisiones.

En este caso, la voluntad se traduce en un *no actuar*. La actividad, en una inactividad, es decir, la voluntad encaminada a no efectuar la acción ordenada por el Derecho. Hay que recordar que en los delitos de simple omisión, no cabe hablar de nexo causal, pues no se produce ningún resultado. sin embargo, en la comisión por omisión, en la cual se produce un resultado a causa de la inactividad, se debe dar sin lugar a dudas el nexo causal.

2.1.7 Ausencia de Conducta. (Aspecto Negativo)

Si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias. Cuando surge el aspecto negativo de la conducta, es decir, la ausencia de conducta, da lugar a la inexistencia del delito.

Se considera que hay ausencia de conducta en los casos siguientes: *vis absoluta*, *vis maior*, actos reflejos, sueño y sonambulismo, e hipnosis.

La *vis absoluta* consiste en que una fuerza humana exterior e irresistible se ejerce contra la voluntad de alguien, quien en apariencia comete la conducta delictiva. La aparente conducta, desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana en el sentido valorativo del Derecho, por no existir la manifestación de voluntad, en consecuencia, no puede cometer el delito quien es violentado materialmente.

La *vis maior* conocida comúnmente como la fuerza mayor, a diferencia de la *vis absoluta*, proviene de la naturaleza. Cuando un sujeto comete un delito a causa de una fuerza mayor emerge el aspecto negativo de la conducta, pues no existe voluntad, de ahí que la ley penal no le considere responsable.

Los *actos reflejos*, son aquellos que obedecen a excitaciones no percibidas por la conciencia por transmisión nerviosa a un centro y de éste a un nervio.¹¹ Como el sujeto está impedido para controlarlos, se considera que no existe la conducta responsable y voluntaria, pero si el sujeto puede controlarlos o por lo menos retardarlos, ya no funcionan como factores negativos de la conducta.

El *sueño y sonambulismo*, son estados de inconsciencia temporal de la persona. Otra de las formas de inconsciencia temporal es *la hipnosis*, por lo que también se considera una forma de incurrir en la ausencia de conducta.

Cabe aclarar que respecto de los tres supuestos anteriormente comentados, existe un importante debate doctrinario sobre si estamos ante casos de ausencia de conducta por falta de voluntad o si por el contrario existe voluntad y solo hallamos una causa de inimputabilidad. Ante esta problemática, nuestros códigos penales dejan en manos del juzgador la determinación correspondiente en cada caso concreto.

2.2 TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.

Como ya comentamos, para la existencia del delito se requiere una conducta humana, pero no toda conducta o hecho es delictuosa, se requiere entre otras cosas, que

¹¹ Diccionario Enciclopédico Ilustrado Sopena, T. IV, Barcelona, 1977, pág. 3606.

sea una conducta *típica*. Para poder entender este elemento esencial del delito es indispensable entrar al estudio del tipo penal.

2.2.1 El Tipo.

El tipo es la descripción legal de un delito, o bien, la abstracción plasmada en la ley de la figura delictiva. De no existir el tipo, aun cuando en la realidad alguien cometa una conducta que afecte a otra persona, no se podrá decir que aquél cometió un delito, porque no lo es y, sobre todo, no se le podrá castigar. Por lo tanto, podremos estar en presencia de conductas asociales o antisociales, pero no de delitos.

Lo anterior basado en el principio de derecho penal; *Nullum crimen sine tipo*, es decir, no hay delito sin tipo.

2.2.2 Tipicidad.

La Tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo penal, es decir, el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal. Así pues, habrá tipicidad cuando la conducta de alguien encaje exactamente en la abstracción plasmada en la ley.

En consecuencia, la tipicidad es un elemento esencial del delito, sin el cual no se configura este. Además nuestra Carta Magna, en su artículo 14 establece: "En los juicios

del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”, de donde se desprende que no existe delito sin tipicidad.

2.2.3 Elementos del tipo.

Es necesario mencionar que el tipo penal, en su descripción particular de la conducta en abstracto, señala elementos que necesariamente se tienen que reafirmar en la conducta dada en la realidad, de lo contrario, esta no encuadraría en la conducta descrita en el tipo.

De esta manera, los tipos penales establecen *elementos objetivos*, los mismos elementos objetivos del tipo penal de Beling de 1906; *elementos subjetivos*, descubiertos por Mayer en 1915; dentro de estos elementos subjetivos, existen los llamados *normativos*, que constituyen juicios de valor, y que fueron mencionados por Edmundo Mezger en su tratado de Derecho Penal.

Los elementos objetivos, son aquellos que se perciben por un simple acto de cognición, podemos considerar los siguientes: conducta, resultado, nexo causal, especiales formas de ejecución, sujetos, que son activo y pasivo, en los que hay que

considerar calidad y número y finalmente objeto material, elementos que ya han sido tratados con anterioridad.¹²

Dentro de los subjetivos, la conducta del actor solamente cobra relevancia típica cuando está enderezada en determinado sentido finalista. Es decir, los tipos que requieren entre otros de intención, propósito, ánimos, fines, conocimientos, saberes o sabiendas, etc.

Por otro lado, los elementos normativos, solo se captan mediante un proceso intelectual, que nos conduce a la valoración del concepto en especial. Por ejemplo, castidad, honestidad, deshonra, pudor, su significación tiene una valoración ético-social.

2.2.4 Clasificación de lo Tipos Penales.

Existen numerosas clasificaciones de los tipos penales, atendiendo a diferentes criterios, sin embargo, tomaremos en cuenta lo que al respecto ha dicho la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación. En relación con la autonomía de los tipos, éstos se han clasificado en: *básicos, especiales y complementarios*.

Los básicos se estiman tales en razón de su índole fundamental y por tener plena independencia, es aquél que no deriva de tipo alguno, y cuya existencia es totalmente

¹² ARANA OVIEDO, Horacio. Bienes Jurídicos a Disposición del Sujeto Pasivo, ULSAB, pag. 17, 1999.

independiente de cualquier otro tipo. Los especiales, suponen el mantenimiento de los caracteres de tipo básico, pero añadiéndole alguna otra peculiaridad, cuya nueva existencia excluye la aplicación del tipo básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial, de tal manera que este elimina al básico; por último los tipos complementarios presuponen la aplicación del tipo básico al que se incorporan. Como ejemplos, para apreciar el alcance de la clasificación anterior, podemos señalar, dentro de nuestra legislación federal, el homicidio como un tipo básico; el homicidio calificado como tipo complementario y el infanticidio como tipo especial.¹³

2.2.5 Atipicidad. (Aspecto Negativo)

La atipicidad es la falta de adecuación de la conducta al tipo penal, por lo cual da lugar a la no existencia del delito. esto es, la conducta del agente, no se adecua al tipo, por faltar alguno de los requisitos o elementos que el tipo exige, por lo tanto, como ya se ha mencionado, si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa.

Suele distinguirse entre ausencia de tipo y de tipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de delitos. Por otro lado, la ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada.

¹³ Op Cit Supra (5) pag 447

Las causas de atipicidad, se contienen en los siguientes puntos:¹⁴

- a) Ausencia de calidad o del número exigido por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo.
- b) Falta del objeto material o del objeto jurídico.
- c) Cuando no se dan las referencias temporales o especiales requeridas en el tipo.
- d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la Ley.
- e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos.
- f) Por no darse, en su caso, la antijuricidad especial.

2.3 ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION.

2.3.1 Noción de Antijuridicidad.

Toda conducta para ser estimada válidamente como delictuosa, debe revestir entre otras, una característica fundamental, la de ser antijurídica. Comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario a derecho.

La teoría de la antijuridicidad adquirió seriedad e importancia con los estudios del jurista alemán Carlos Binding. Previamente, Carrara había sostenido que el delito era "lo

¹⁴ Op Cit Supra (6) Pag 175

contrario a la ley", pero Binding rechazó esta tendencia y puntualizó que el delincuente no viola la ley penal, sino que se ajusta perfectamente a ella. El delincuente quebranta la norma que está por encima de la ley, violando la norma prohibitiva que se encuentra implícita en el tipo penal. Estas normas ético-prohibitivas son las que transgrede el delincuente al adecuar su conducta a la descrita en el precepto legal.

2.3.2 Causas de Justificación. (Aspecto Negativo)

Puede ocurrir que la conducta típica esté en aparente oposición al derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación. Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. es decir, constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad.

En principio, la ley penal castiga a todo aquello que la contraria (antijuridicidad), pero, excepcionalmente, la propia ley establece casos en que justifica la conducta típica (causas de justificación), con lo cual desaparece la antijuridicidad por existir una causa de justificación.

A pesar de las diversas tendencias y opiniones al respecto, la naturaleza de las causas de justificación es eminentemente objetiva, pues derivan de la conducta y no de algún elemento interno. Las causas de justificación son:

- a) Legítima Defensa
- b) Estado de necesidad
- c) Cumplimiento de un deber
- d) Ejercicio de un derecho
- e) Consentimiento del titular del bien Jurídico afectado.

2.3.3 Legítima Defensa.

La legítima defensa, es quizá la más importante de las causas de justificación, consiste en repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, cuando existe necesidad racional de la defensa empleada y siempre que no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.¹⁵

Por repeler, debe entenderse el rechazar, evitar o impedir algo. Por agresión, la conducta de un ser que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos, además, la agresión ha de ser real, es decir, que sea algo cierto, no imaginado, que no se trate de una simple suposición o presentimiento; actual, que ocurra en el mismo instante de repelerla; o inminente, que sea próxima o cercana.

¹⁵ AMUCHATEGUI REQUENA Irma Derecho Penal. Ed Harla, pag. 69, México, 1998.

La agresión que se repele, debe carecer de derecho, y la acción realizada para defender los bienes jurídicos debe ser la necesaria, proporcional al posible daño que se pretendía causar con la agresión injusta

La legítima defensa ampara cualquier bien jurídico, sin embargo, la ley no precisa ni excluye ninguno. Así al amparo del principio que dice "donde la ley no distingue no se debe distinguir" se entiende que todos los bienes jurídicos son susceptibles de protección por legítima defensa. Cabe destacar que se trata no solo de bienes propios, sino también de ajenos, pues la propia ley así lo establece.

2.3.4 Estado de necesidad.

El estado de necesidad es el peligro actual e inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que solo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados pertenecientes a otra persona.

En relación con la jerarquía de los bienes (salvado y sacrificado), existe desigualdad de opinión entre los autores. Para unos el bien sacrificado debe ser de menor valor que el bien salvado, mientras que para otros puede tener la misma jerarquía.

Los elementos del estado de necesidad son: una situación de peligro real, actual o inminente, que ese peligro no haya sido ocasionado intencionalmente por el agente;

que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno); un ataque por parte de quien se encuentra en un estado de necesidad; y, que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.

2.3.5 Cumplimiento de un Deber y Ejercicio de un Derecho.

El cumplimiento de un deber consiste en causar un daño obrando en forma legítima en cumplimiento de un deber jurídico. siempre que exista necesidad racional del medio empleado. Ejercer un derecho, es también causar algún daño cuando se obra de forma legítima, el daño se causa en virtud de ejercitar un derecho derivado de una norma jurídica o de otra situación, como el ejercicio de una profesión, de una relación familiar, etc.

Dentro de estas hipótesis pueden comprenderse, como formas específicas, las lesiones y el homicidio cometidos en los deportes o como consecuencia de tratamientos médicos quirúrgicos y un tipo de lesiones inferidas con motivo del ejercicio del derecho de corregir

2.3.6 Consentimiento del titular del bien jurídico.

Esta causa de justificación, existe cuando se actúa con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos: Que el bien jurídico sea disponible, que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer

libremente del mismo; y que el consentimiento sea expreso o tácito, sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.

CAPITULO III

"ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO"

3.1 LA IMPUTABILIDAD Y LA INIMPUTABILIDAD.

3.1.1 Noción de Imputabilidad.

Podemos definir la imputabilidad como la capacidad de entender y de querer en el campo del derecho. La imputabilidad implica salud mental, aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal precisamente al cometer el delito, es decir, son imputables aquellos sujetos que por reunir las condiciones psíquicas de madurez y salud mental que la ley reclama, se encuentran capacitados para entender, querer y de esta manera responder ante el Estado y la sociedad de sus acciones contrarias al ordenamiento jurídico penal.

Por otra parte, el sujeto primero tiene que ser imputable para luego ser culpable; así, no puede haber culpabilidad si previamente no se es imputable. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener, como ya se ha explicado, capacidad de *entender* y *querer*, de determinarse en función de aquello que conoce; es por eso que muchos autores consideran esta aptitud intelectual y volitiva como un presupuesto necesario de la *culpabilidad*, elemento que se estudiara mas adelante.¹⁶

3.1.2 Responsabilidad.

Se define como la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado.

Se usa el término responsabilidad para significar la situación jurídica en que se coloca el autor de un acto contrario a derecho. así, los fallos judiciales suelen concluir teniendo al acusado como penalmente *responsable* del delito que motivó el proceso y señalan la pena que le corresponde

3.1.3 Acciones Liberae In Causa.

Las acciones *liberae in causa*. consisten en que el sujeto, antes de cometer el delito, realiza actos de manera voluntaria o culposa que lo colocan en un estado en el cual no es imputable y comete un acto criminal, por tanto, la ley lo considera responsable del delito, por ejemplo, quien bebe inmoderadamente y después lesiona o mata, en el momento del ilícito no es imputable, pero antes sí, entre el acto voluntario y su resultado, hay un enlace causal. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que aun cuando se pruebe que el sujeto se hallaba, al realizar la conducta, en un estado de inconsciencia de sus actos, si este fue voluntariamente procurado, esta circunstancia de ninguna manera elimina la responsabilidad

3.1.4 La Inimputabilidad y sus causas.

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad y consiste en la ausencia de capacidad para querer y entender en el ámbito del derecho penal.

Las causas de inimputabilidad son todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad. Concretamente puede decirse que las causas de inimputabilidad son las siguientes: trastorno mental, desarrollo intelectual retardado, miedo grave y minoría de edad.

El *trastorno mental*, incluye cualquier alteración o mal funcionamiento de las facultades psíquicas, siempre y cuando impidan al agente comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse acorde con esa comprensión. Este puede ser transitorio o permanente, por ingestión de alguna sustancia nociva o por un proceso patológico interno. Solo se excluye el caso en que el propio sujeto haya provocado esa incapacidad, ya sea intencional o imprudencialmente.

El *desarrollo intelectual retardado*, se refiere a un proceso tardío de la inteligencia, el cual también provoca incapacidad para entender y querer.¹⁷

En el *miedo grave*, se presenta la inimputabilidad porque en función de ese miedo el sujeto queda momentáneamente perturbado en sus facultades de juicio y decisión, razón por la cual no podrá optar por otro medio practicable y menos perjudicial. El miedo grave, obedece a procesos causales psicológicos, es algo de naturaleza interna, a diferencia del temor, que encuentra su origen en procesos materiales. En el temor, el proceso de

reacción es consciente, por lo que puede originar una causa de inculpabilidad, mientras que en el miedo grave, puede producirse la inconsciencia, y por ello constituye una causa de inimputabilidad.

La *minoría de edad* es otra de las causas de inimputabilidad, ya que se considera que los menores de edad, carecen de madurez, y por tanto, de capacidad para entender y querer. Cabe mencionar que para la legislación penal federal, son inimputables los menores de 18 años, sin embargo, cada entidad federativa señala la edad que considera adecuada, esto conforme a la libertad y soberanía de sus respectivas legislaturas, así pues, el Código Penal para el Estado de Guanajuato específicamente en su *artículo 39*, señala: *"No es imputable quien en el momento del hecho sea menor de dieciséis años."*

Se ha pretendido unificar el criterio en tal aspecto, pero a la fecha no ha sido posible, por lo pronto, los menores de edad, quedan al margen de la ley penal, de manera que es aplicable para ellos una medida de seguridad en vez de una pena, es decir, se les recluye en el Consejo Tutelar para Menores, en lugar de enviárseles a un reclusorio.

3.2 CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD

3.2.1 Noción de Culpabilidad.

¹¹ Op Cit Supra (14) pag 79

Una conducta será delictuosa no sólo cuando sea típica y antijurídica, sino además culpable. La culpabilidad, es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho, es decir, el nexo causal y emocional que liga al sujeto con su acto.

3.2.2 Teorías sobre la naturaleza jurídica de la Culpabilidad.

La culpabilidad ha sido estudiada por la dogmática penal en base a dos teorías: la *Teoría Psicologista*, desarrollada en la escuela clásica cuyo iniciador fue Franz Von Liszt; y la *Teoría Normativista*, desarrollada dentro de la escuela neoclásica y aludida a Reinhart Von Frank.

Dentro de la Teoría Psicológica, Liszt señalaba al delito como acción antijurídica y culpable, y distingue en esta definición del delito una parte objetiva y otra subjetiva, donde a la antijuridicidad la consideraba objetiva (factor externo) y la culpabilidad como subjetiva. Así pues, indicaba que la culpabilidad era la relación subjetiva entre el autor y su hecho, señalando que dicha relación subjetiva, solo puede ser de manera psicológica.¹⁸

Dentro de esta doctrina clásica o Psicológica de la culpabilidad, se tienen como elementos a la imputabilidad como presupuesto y, el dolo y la culpa como especies de culpabilidad.

Por otro lado, dentro de la concepción Normativa o Teoría Normativista, cuyo iniciador fue Reinhart Von Frank, la culpabilidad se establece o reside en una relación de contradicción entre la voluntad del sujeto y una norma jurídica, es decir, que el sujeto además de relacionarse psicológicamente con el resultado, también se relaciona con la norma jurídica. En consecuencia, el sujeto al relacionarse con la norma y al no observar la conducta que esta le exige, se le finca un juicio de reproche, este juicio de reprochabilidad es el fundamento de la culpabilidad, y surge por una parte, de una conducta que pudo haber sido evitada y, por otro lado de un elemento normativo que exigía el comportamiento conforme a derecho.

Ahora bien, la culpabilidad dentro de la Teoría Normativista se estructura con la Imputabilidad, Dolo, Culpa y la Exigibilidad, todos como elementos.

3.2.3 El dolo y sus elementos.

Los grados o tipos de culpabilidad son: Dolo, Culpa y Preterintención.

El dolo consiste en causar intencionalmente el resultado típico, con conocimiento y conciencia de la antijuridicidad del hecho. Es un actuar consiente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

¹⁸ Op. Cit. Supra (11). Pag 46.

Los *elementos* del dolo son: el *ético*, que consiste en el saber que se infringe la norma, y el *volitivo*, que es la voluntad de realizar la conducta antijurídica.

El dolo puede ser directo, indirecto, indeterminado y específico. Es *Directo*, cuando el sujeto activo tiene intención de causar un daño determinado y lo hace, de manera que el resultado coincide con el propósito del agente, existe identidad entre la intención y el resultado típico. *Indirecto*, cuando el sujeto desea un resultado típico, a sabiendas de que hay posibilidades de que surjan otros diferentes, (quien coloca una bomba en un avión para matar a un individuo, sabe que perderán la vida otras personas). *Indeterminado*, consiste en la intención de delinquir de manera imprecisa, sin que el agente desee causar un delito determinado, (colocar una bomba para protestar por alguna causa política, el sujeto sabe que causara varios daños, sin intención de causar alguno en especial). *Específico*, es la intención de causar un daño con una especial voluntad que la propia norma exige en cada caso.

3.2.4 La culpa y sus elementos.

La culpa es el segundo grado de la culpabilidad y ocurre cuando se causa un resultado típico sin intención de producirlo, pero se ocasiona solo por imprudencia o falta de cuidado o de precaución, debiendo ser previsible y evitable.

Los *elementos* de la culpa, o bien las partes esenciales que la integran son: Una conducta (acción u omisión); la carencia de cuidado, cautela o precaución que exige la ley; un resultado previsible y evitable; una tipificación del resultado y el nexa o relación de causalidad.

Existen dos clase de culpa: *la consciente y la inconsciente*. La culpa consciente, también llamada con previsión o con representación, existe cuando el activo prevé como posible el resultado típico, pero no lo quiere y tiene la esperanza de que no se producirá.

La culpa inconsciente, conocida también como culpa sin previsión o sin representación, existe cuando el agente no prevé el resultado típico, realiza la conducta sin pensar que puede ocurrir dicho resultado. Este tipo de culpa puede ser: lata, leve o levísima. La culpa es lata cuando el resultado hubiera podido ser previsto por cualquier persona; es leve si tan solo pudo haber sido previsto por alguien cuidadoso, y levísima, cuando únicamente pudo haber sido previsto por los mas diligentes.

3.2.5 La preterintención.

La preterintención, consiste en producir un resultado de mayor gravedad que el deseado, es decir, existe intención de causar un daño menor, pero se produce otro de mayor entidad, por actuar con imprudencia. Esto quiere decir, que la preterintención no es

solo dolo, ni únicamente culpa, sino una suma de ambas especies, que se inicia en forma dolosa y termina culposamente en su adecuación típica, atribuyéndole autonomía y una especial sanción.

Los elementos de la preterintención, son los siguientes:

- a) *Intención o dolo* de causar un resultado típico, de manera que el sujeto solo desea lesionar, por ejemplo;
- b) *Imprudencia en la conducta*, por no prever ni tener cuidado, la acción para lesionar ocasiona un resultado distinto;
- c) *Resultado mayor que el querido*, la consecuencia de la intención y de la imprudencia ocasiona la muerte, de modo que se produciría un homicidio preterintencional.

Cabe mencionar, que esta tercer forma de culpabilidad estuvo contemplada en el Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia de Fuero Federal en la fracción III del artículo 8º de este ordenamiento, y se definía en el tercer párrafo del 9º: "Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia"; sin embargo, con las reformas publicadas el 10 de enero de 1994, se eliminó la preterintencionalidad.

Existen numerosas críticas respecto de la preterintención, así pues, Carrara afirma: "Si sería inicu imputar como dolosa también la consecuencia culposa, no sería

menos absurdo que, en razón de la culposidad de la consecuencia se cancelase la dolosidad del antecedente. Una vez entrado el hecho en la esfera de los delitos dolosos, no puede salir más de ella y mucho menos a causa de un evento más grave y culposo que de ella ha derivado." A este modo de pensar se adhieren muchos autores y por ende para ellos la preterintención es una especie de dolo indirecto, en el que se sanciona como delito doloso el resultado preterintencional.¹⁹

Por su parte, Ignacio Villalobos sostiene que si se admite que los delitos son dolosos, culposos y *preterintencionales* porque el resultado va más allá de la intención, tendría que aceptarse un cuarto miembro: la tentativa, en que el resultado se queda "más acá" de la intención y ni uno ni otro de estos casos realiza una nueva forma de culpabilidad. Al no reconocer más especie de culpabilidad que las de dolo y culpa, considera que las reglas para uno y otra siguen siendo las únicas aplicables y habrá solo que tener presente que el llamado delito preterintencional es simplemente aquel en que se realiza una tipicidad más allá de la intención; que ese resultado puede producirse con dolo indirecto o eventual, con culpa o sin una ni otra especie de culpabilidad.²⁰

No obstante las anteriores críticas, el Código Penal para el Estado de Guanajuato, aún contempla la preterintención como una de las formas de culpabilidad en su artículo 43: "Obra con preterintención quien causa un resultado mayor al querido o aceptado, si el mismo se produce culposamente."

¹⁹ Op. Cit., Supra (1), pág. 217

3.2.6 Inculpabilidad. (Aspecto Negativo)

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad, significa la falta de reprochabilidad ante el derecho penal, por faltar la voluntad o el conocimiento del hecho, es decir, los elementos esenciales de la culpabilidad.

3.2.7 Causas de Inculpabilidad.

Las causas de inculpabilidad, son pues, las circunstancias que anulan la voluntad o el conocimiento, y se pueden distinguir las siguientes: Error esencial de hecho invencible, eximentes putativas, no exigibilidad de otra conducta, temor fundado y caso fortuito.

Para poder comprender el *error esencial de hecho invencible*, primeramente, se tiene que entrar al estudio del error. El *error*, es la falsa concepción de la realidad, no es la ausencia de conocimiento, sino un conocimiento deformado o incorrecto; por otro lado, *la ignorancia*, es el desconocimiento absoluto de la realidad, o bien, la ausencia de conocimiento.

El error de hecho, es aquél que recae en condiciones fácticas, y puede ser esencial o accidental. Es esencial, cuando el error se da sobre un elemento de hecho, cuyo

²⁰ Op. Cit. Supra (4), pág. 312.

desconocimiento afecta al factor intelectual del dolo, a su vez, el error esencial puede ser vencible o invencible; vencible, cuando subsiste la culpa a pesar del error; invencible, cuando no hay culpabilidad. Este tipo de error constituye una causa de inculpabilidad.

El error es accidental, cuando recae sobre circunstancias accesorias y secundarias del hecho. Este a su vez, puede ser *aberratio ictus* o error en el golpe; *aberratio in persona* o error sobre el pasivo del delito; *aberratio in delicti* o error en el delito.

Por *eximentes putativas* se entienden las situaciones en las cuales el agente, por un error esencial de hecho insuperable, cree, fundadamente, al realizar un hecho típico del Derecho Penal, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica, permitida, lícita, sin serlo.

La *no exigibilidad de otra conducta*, es cuando se produce una consecuencia típica y que por las circunstancias, condiciones, características, relaciones o parentesco de la persona, no puede esperarse y menos exigirse otro comportamiento.

El *temor fundado*, consiste en causar un daño por que el sujeto cree fundamentalmente que se encuentra amenazado de un mal grave y actúa por ese temor, de modo que se origina una causa de inculpabilidad, pues se coacciona la voluntad.

El *caso fortuito*, consiste en causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, al realizar un hecho lícito con todas las precauciones debidas. El caso fortuito queda entonces fuera de la culpabilidad, ya que si una conducta es cautelosa y lícita, pero se une a ella una causa extraña y por ello se produce el resultado coincidente con la descripción legal de un delito, no puede atribuírsele al sujeto porque no lo quiso, ni omitió deber alguno de cuidado y diligencia.

CAPITULO IV

"PUNIBILIDAD, PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD"

4.1 LA PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA.

Aún se discute si la punibilidad posee o no el rango de elemento esencial del delito. Tal y como se ha mencionado, existe una gran discusión dogmática al respecto, es así como algunos autores y tratadistas la consideran como la consecuencia del delito, mientras que otros la consideran como elemento esencial del mismo.

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta, se puede decir, que constituye una amenaza de privación o restricción de bienes, que queda plasmada en la ley para los casos de desobediencia al deber jurídico penal. La punibilidad es por lo tanto, la posibilidad de sancionar al sujeto que realiza algo prohibido o que deja de hacer algo ordenado por la ley penal. ²¹ En otros términos: es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada; se engendra entonces la conminación estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas (ejercicio del jus puniendi). En resumen, punibilidad es: a) Merecimiento de penas; b) Conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales; y, c) Aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley.²²

4.1.1 La condicionalidad objetiva.

²¹ RODRIGUEZ MANZANERA, LUIS. Penología, Ed. Porrúa, pag. 88, México, 1998.

²² Op. Cit. Supra (6). Pág. 275

La condicionalidad objetiva está constituida por requisitos que la ley señala eventualmente para que se pueda perseguir el delito. Algunos autores dicen que son requisitos de procedibilidad, mientras que para otros son simples circunstancias o hechos adicionales, exigibles, y para otros más constituyen un auténtico elemento del delito. Generalmente, son también definidas como aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación. Como ejemplo suele señalarse la previa declaración judicial de quiebra para proceder por el delito de quiebra fraudulenta.

4.1.2 Excusas Absolutorias.

Las excusas absolutorias constituyen el factor negativo de la punibilidad, estas, son las razones o fundamentos que el legislador consideró para que un delito, a pesar de haberse integrado en su totalidad carezca de punibilidad, es decir, son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena.

El estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. Algunas de las excusas absolutorias más comunes son:

- a) Excusa por estado de necesidad; aquí la ausencia de punibilidad se presenta en función de que el sujeto activo se encuentra ante un estado de necesidad, como en el robo de famélico y en el aborto terapéutico.
- b) Excusa por temibilidad mínima; en función de la poca peligrosidad que representa el sujeto activo, tal excusa puede existir en el robo por arrepentimiento.
- c) Excusa por imprudencia; un ejemplo de este tipo de excusa es el aborto causado por imprudencia de la mujer embarazada.
- d) Excusa por no-exigibilidad de otra conducta; uno de los ejemplos más comunes es el encubrimiento de determinados parientes.
- e) Excusa por graves consecuencias sufridas; esta excusa es aquella en la cual el sujeto activo sufrió consecuencias graves en su persona y se hace notoriamente innecesaria e irracional la aplicación de la pena.

4.2 NOCION DE LA PENA

La consecuencia última del delito es la pena. La pena es el castigo que el estado impone, con fundamento en la ley, al sujeto responsable de un delito, para conservar el orden jurídico.

La pena nace como venganza y con el tiempo se transforma y adquiere diversos caracteres y propósitos, más acordes con las necesidades sociales y con la evolución del pensamiento de la época. En la antigüedad importaba castigar con el fin de

reprimir, eliminar al delincuente y provocar una reacción de escarmiento dirigido a los demás. Se creía que cuanto más cruel fuere una pena, más eficaz sería. La pena fundamentalmente era la capital o pena de muerte, porque eliminaba al delincuente, y era seguro que ese sujeto no volvería a delinquir. Luego surgieron otras penas, como los trabajos forzados, las corporales que causaban dolor físico y afectación psicológica y las infamantes, que causaban descrédito social, desprecio y deshonor frente a los demás. Hoy en día, la pena se encuentra en un período científico, ahora se intenta castigar no solo para causar afectación al sujeto, sino también con el fin de readaptarlo y proteger a la sociedad, es así como en la pena se ve también un medio de tratamiento.

4.3 FUNDAMENTOS DE LA PENA.

Respecto a la justificación y objeto de la pena, se han elaborado numerosas doctrinas, las cuales se resumen en: Teorías absolutas, Teorías relativas y Teorías Mixtas.

Para las *Teorías absolutas*, la pena carece de una finalidad práctica, se aplica por exigencia de la justicia absoluta, es decir, si el bien merece el bien, el mal merece el mal. La pena es entonces la justa consecuencia del delito cometido y el delincuente la debe de sufrir, ya sea a título de reparación o de retribución por el hecho ejecutado.

Para las *Teoría relativas*, a diferencia de las doctrinas absolutas que consideran la pena como fin, toman a esta como un medio necesario para asegurar la vida

en sociedad. Esto es, asignan a la pena una finalidad en donde encuentra su fundamento, encuentran la razón de la pena en el fin de impedir futuros delitos.

La *Teorías mixtas*, estas teorías, tal y como su nombre lo indica, intentan la conciliación de la justicia absoluta, con una finalidad. Reconocen que la pena es consecuencia del delito cometido, sin embargo, le asignan el fin de impedir futuros delitos. También reconocen que al lado de la necesidad debe considerarse la utilidad.

4.4 FINES Y CARACTERISTICAS DE LA PENA.

La pena debe cumplir con determinados fines, estos son: *de corrección*, la pena antes que todo, debe lograr corregir al sujeto, actualmente se hable de readaptación social; *de protección*, debe proteger a la sociedad, al mantener el orden social y jurídico; *de intimidación*, debe atemorizar y funcionar de modo que inhiba a las personas para no delinquir; *ejemplar*, debe ser una advertencia y amenaza dirigida a la colectividad, pero indudablemente, el fin último de la pena es la salvaguarda de la sociedad.²³

Para conseguir los fines que han quedado establecidos, la pena tiene las características siguientes:

²³ Op. Cit. Supra (14). Pág. 110

- a) Intimidatoria; significa que debe preocupar o causar temor al sujeto para que no delinca.
- b) Aflictiva; debe causar cierta afectación o aflicción al delincuente, para evitar futuros delitos.
- c) Ejemplar; debe ser un ejemplo a nivel individual y general para prevenir otros delitos.
- d) Legal; siempre debe provenir de una norma legal, previamente debe existir la ley que a su vez le da existencia. En esto se traduce el principio de legalidad.
- e) Correctiva; toda pena debe tender a corregir al sujeto que comete un delito.
- f) Justa; La pena no debe ser mayor ni menor, sino exactamente la correspondiente en medida al caso de que se trata.

4.5 CLASIFICACION DE LA PENA.

Existen diversos criterios bajo los cuales se clasifica a la pena: por sus consecuencias, por su aplicación, por la finalidad que persigue y por el bien jurídico que afectan.

Por sus consecuencias se clasifican en *reversibles* e *irreversibles*. La reversible es aquella en que la afectación dura el tiempo que dura la pena, pero después el

sujeto recobra su situación anterior, y las cosas vuelven al estado en que se encontraban, por ejemplo, la pena pecuniaria; la irreversible, se da cuando la afectación derivada de la pena impide que las cosas vuelvan al estado anterior, por ejemplo, pena corporal o de muerte.

Por su aplicación la pena puede ser: *principal, accesoria y complementaria*. La principal es la que impone el juzgador a causa de la sentencia, es decir, la pena fundamental; la accesoria es la que llega a ser consecuencia directa y necesaria de la principal; mientras que la complementaria es adicional a la principal y deriva también de la propia ley.

Por la finalidad que persigue puede ser: *correctiva, intimidatoria o preventiva y eliminatoria*. La correctiva, es aquella que procura un tratamiento readaptador para el sujeto; la intimidatoria, es aquella con la cual se trata de intimidar a inhibir al sujeto para que no vuelva a delinquir, funciona como prevención; y la eliminatoria, es la que tiene como finalidad eliminar al sujeto ya sea de manera temporal (prisión) o definitiva (capital).

Por el bien jurídico que afecta, la pena puede ser: *capital, corporal, pecuniaria, laboral, infamante y privativa de libertad*. La pena capital afecta directamente a la vida del delincuente y se conoce como pena de muerte, antiguamente era la pena por excelencia, pues como ya se vio, importaba más eliminar al sujeto que pensar en corregirlo. La corporal, es la pena que causa una afectación directa al cuerpo del delincuente, además

de ser rudimentaria y dolorosa. Comúnmente se dice que la prisión es una pena corporal, pero no lo es, sino que se trata de una pena privativa de libertad, mas no corporal. Actualmente, este tipo de penas las prohíbe el artículo 22 constitucional. La pena pecuniaria, implica el menoscabo patrimonial del delincuente, por ejemplo, la multa y decomiso. La laboral, consiste en castigar al sujeto mediante la imposición obligatoria de trabajos, antiguamente estaba constituida por los trabajos forzados, hoy prohibidos en el sistema jurídico mexicano. Por otro lado, las penas infamantes son las que causan descrédito, deshonor y afectación a la dignidad de la persona, también prohibidas por la carta magna, y finalmente, las privativas de libertad, estas afectan directamente al bien jurídico de la libertad, el ejemplo por excelencia es la prisión.

Cabe mencionar que el artículo 24 del Código Penal Federal, establece como penas y medidas de seguridad las siguientes: "1. Prisión, 2. Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo a favor de la comunidad, 3. Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, 4. Confinamiento, 5. Prohibición de ir a lugar determinado, 6. Sanción pecuniaria, 7. Derogado, 8. Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito, 9. Amonestación, 10. Apercibimiento, 11. Caución de no ofender, 12. Suspensión o privación de derechos, 13. Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos, 14. Publicación especial de sentencia, 15. Vigilancia de la autoridad, 16. Suspensión o disolución de sociedades, 17. Medidas tutelares para menores, 18. Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito."

4.6 MEDIDAS DE SEGURIDAD.

A la comisión de un delito corresponde la aplicación de una pena, pero en algunos casos, además o en lugar de ella, se aplica una medida de seguridad.

Las *medidas de seguridad*, son el medio con el cual el Estado trata de evitar la comisión de delitos, por lo que impone al sujeto medidas adecuadas al caso concreto con base en su peligrosidad. Son pues, medidas de tutela, si bien posterior al delito, no constituyen una reacción del mismo, es decir, se aplican después de cometido el delito, pero no porque se cometió, sino para que no se realicen otros; tienen como fin, no la reparación, sino la defensa; no se pretende eliminar los efectos de los delitos, sino sus causas; son medidas de utilidad, de oportunidad o de conveniencia social.²⁴ Propiamente deben considerarse como penas la prisión y la multa, y medidas de seguridad los demás medios de que se vale el Estado para sancionar.

Algunas de las diferencias principales entre pena y medida de seguridad son las siguientes:

1) En la medida de seguridad no hay reproche moral, la pena, por el contrario, lleva en sí un juicio de reproche, descalifica pública y solemnemente el hecho delictuoso.

²⁴ REYNOSO DAVILA, Roberto. Teoría General de la Sanciones Penales, Ed. Porrúa, pag. 49, México, 1996.

2) La diversidad de fines perseguidos determina la diferente naturaleza, la pena tiene como su fin la restauración del orden jurídico, las medidas de seguridad tienden a la protección de la sociedad.

3) La medida de seguridad por lo general atiende exclusivamente a la peligrosidad del sujeto, y es proporcional a ella, mientras que la pena ve al delito cometido y al daño causado, sancionando de acuerdo a ello.

4) La medida de seguridad no persigue la intimidación, la pena sí. Principalmente en inimputables es comprensible este punto.

5) La medida de seguridad no constituye retribución, su función se dirige hacia la prevención especial.

6) La medida de seguridad no persigue una prevención general, ni puede concebirse como inhibitorio a la tendencia criminal, como se expuso en el punto anterior, va dirigida a la prevención especial, al tratamiento del delincuente individual.

7) La medida de seguridad no busca restablecer el orden jurídico roto, su finalidad es proteger la tranquilidad y el orden público.

8) La medida de seguridad es generalmente indeterminada en su duración, y debe permanecer en cuanto persista la peligrosidad.

9) Varias medidas de seguridad pueden ser aplicadas por autoridad diversa a la judicial, la pena debe conservar el principio de juridicidad.

10) La medida de seguridad puede ser aplicada tanto a inimputables como a imputables.²⁵

4.7 INDIVIDUALIZACION DE LA PENA.

La individualización de la pena consiste en imponer y aplicar la pena según las características y peculiaridades del sujeto, para que la pena se ajuste al individuo y realmente sea eficaz. También se entiende como el adaptar la ejecución de una pena a las características personales del delincuente, pena que ha sido determinada por el juez tomando en cuenta, principalmente, el delito cometido, el daño causado y otras circunstancias del infractor y de su víctima, y de acuerdo a la enunciación de la legislación correspondiente.²⁶

La individualización es un fenómeno único, pero que no se da en un solo momento, pudiendo distinguir tres fases o momentos: *el legislativo, el judicial y el ejecutivo*. Cada uno de estos momentos tiene características y problemas propios, y deben entrelazarse para lograr una verdadera individualización de la reacción penal.

La *individualización legislativa*, es la etapa en la que la amenaza es enunciada; el legislador no sólo criminaliza determinada conducta, sino que la valora y la califica por medio de una punibilidad; si considera que la conducta es grave, que el daño o

²⁵ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Penología, Ed. Porrúa, pag. 119, México, 1998.

el peligro que causan a la sociedad es superlativo, dará una punibilidad mayor que si la conducta es considerada menos peligrosa, en cuyo caso la punibilidad será de menor magnitud. La ley da a cada delito su propia punibilidad, es decir enuncia una amenaza de pena individual, pero debe tener cuidado en hacerlo de manera elástica, para dar lugar a la individualización judicial.

El legislador al momento de establecer la punibilidad debe tomar en cuenta varios aspectos, entre los cuales podemos mencionar: a) la jerarquía del bien jurídico que es objeto de tutela a través de la norma; b) los elementos integrativos del tipo que da lugar a la calificación de delitos; c) las diferentes clases de penas existentes a fin de seleccionar aquella que sea acorde al daño jurídico que produce la conducta desvalorada; d) la conjugación de la o las penas principales y accesorias que permitan obtener el fin de prevención general y específica que el Estado se propone, al igual que la readaptación social del sujeto que delinque; e) *el “quantum” de la pena en forma tal que no sea inoperante e injusta*, etc.²⁷

La *individualización judicial*, es el verdadero momento de la individualización de la pena, es el momento en el que el juez escoge entre la variedad de penas que la ley le proporciona para el delito en cuestión, la que sea más adecuada tomado en cuenta tanto al delito y sus circunstancias como la personalidad y las características del delincuente. De ahí pues, la trascendental importancia de la labor que desarrolla el juez en la individualización de

²⁶ Ibidem, pag. 99.

la pena, puesto que su decisión es la que declara cuál es la pena justa y equitativa que le corresponde a cada delincuente, en particular, en los casos concretos sometidos a su conocimiento.

De esta manera, si el legislativo fue injusto al hacer la norma, si el legislativo se equivocó al dar características de ilicitud a cierta conducta que no es suficientemente antisocial, o dio una punición desproporcionadamente elevada, el juez debe remediar en parte esa injusticia, el juez puede aplicar los mínimos que van a marcar la ley, pudiendo entonces hacer un contrapeso a los errores del Poder Legislativo. Sin embargo, existen casos de delitos con penas tan elevadas, que aún y cuando el juzgador pretenda aplicar la pena mínima considerada por la ley, esta continua siendo excesiva para la conducta delictiva descrita en el tipo, tal es el caso del delito de Portación de Arma de Fuego de Uso Exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, el cual será analizado posteriormente.

Cabe mencionar, que el Código Penal Federal vigente, en sus artículos 51 y 52, fija las bases al juez para graduar la sanción en cada caso. El primero de esos preceptos establece que para la aplicación de las sanciones se tendrá en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente.; mientras que el segundo de los dispositivos invocados, ordena que el juez fijará las penas y medidas de seguridad, con base en la gravedad del delito y el grado de culpabilidad del agente, tomando en cuenta la magnitud del daño causado o del peligro corrido; la naturaleza de la acción u omisión y de

²⁷ Op. Cit. Supra (21), pag. 40.

los medios empleados para la ejecución; las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado; la forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima; la edad, educación, ilustración, costumbres, condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Indica el precepto que cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta además, sus usos y costumbres; el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido, y las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

Por último, la *individualización ejecutiva*, es la fase de aplicación real de la pena. Así como los jueces deben tener un gran arbitrio para determinar la punición, los encargados de la aplicación deben gozar de gran libertad para aplicar las modalidades de ejecución, de acuerdo a las peculiaridades del reo.

4.8 LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION.

Es la liberación dispuesta facultativamente por el juez, en beneficio del acusado de un delito, en tanto se lleva a cabo la tramitación del proceso, siempre que el delito no sea grave, ni se tema la ocultación o rebeldía del encausado, y se presten las cauciones o fianzas señaladas.

Anteriormente, para la procedencia o improcedencia del beneficio de la libertad provisional bajo caución, se manejaba la regla de que dicho beneficio sólo se concedería durante el proceso a quien se le imputara un delito cuya penalidad, en su término medio aritmético, no excediera de cinco años de prisión, en la actualidad, dicho beneficio liberatorio, se concede aún durante la averiguación previa, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado y no se trate de delitos en que *por su gravedad* la ley expresamente prohíba conceder este beneficio.

El monto y la forma de caución que se fije deberán ser asequibles para el inculpado, sin perder de vista que el juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso. Cabe mencionar, que el Código Federal de Procedimientos Penales, contempla este beneficio en su artículo 399.

4.9 LAS PENAS CORTAS DE PRISION.

La prisión es una de las formas mas dramáticas de la reacción penal, por lo que se debe tener especial cuidado al fijar sus funciones y cuidar mucho que clase de gente se envía a ellas.

Se consideran como penas cortas de prisión las que no permiten, por su breve duración, límite de tiempo y aplicación, lograr la intimidación individual, la enmienda y readaptación, o en su caso la eliminación del delincuente. Los reproches lanzados contra las penas cortas de prisión son muy numerosos, estos son algunos de ellos:

- a) *no corrigen, son incapaces para ejercer un influjo educativo sobre el penado;*
- b) *no intimidan, en particular a los delincuentes endurecidos;*
- c) *hacen perder al condenado su empleo;*
- d) *separan al condenado de su familia y la exponen a la miseria;*
- e) *pervierten, son un formidable agente de corrupción por el contacto con criminales habituales profundamente pervertidos;*
- f) *son caras en exceso;*
- g) *son inútilmente perjudiciales para la dignidad y los intereses de los afectados por ellas y representan fuentes de delincuencia por contagio.*

Como se puede apreciar, los resultados que se obtienen de la aplicación de las penas carcelarias de corta duración son funestos, pues influyen en degradar y corromper a los delincuentes primarios, contribuyendo a convertirlos en habituales o profesionales por lo que desde hace tiempo se sabe que las prisiones, si no se cuida de mirar que clase de gente se envía a ellas, son escuelas y centros de propaganda del delito.

De la misma manera, los resultados que se obtienen de la aplicación de una pena de prisión desproporcionada al delito cometido, no pueden ser diferentes.²⁸

4.10 SUSTITUCION DE LA PENA.

La sustitución de la pena, consiste en la libertad del juez de sustituir una sanción por otra, siempre y cuando se cumplan los requisitos que la propia ley señala. La prisión podrá ser sustituida, a juicio del juez, únicamente al tiempo de dictarse la sentencia, tomando en cuenta la duración de la misma, ya sea por multa o por tratamiento en libertad, semilibertad o trabajo a favor de la comunidad. *Dicho beneficio, esta contemplado por el Código Penal Federal en su artículo 70, el cual establece que la prisión podrá ser sustituida a juicio del juzgador, por trabajo a favor de la comunidad o semilibertad, cuando la pena impuesta no exceda de cuatro años; por tratamiento en libertad, si la prisión no excede de tres años; o por multa, si la prisión no excede de dos años.*

Generalmente para los efectos de la sustitución se requiere que el sentenciado satisfaga las siguientes condiciones: que sea la primera vez que delinque y que el delito por el que se le procesó no sea de los calificados por la ley como grave; que haya observado buena conducta, antes y después del hecho punible; que tenga modo honesto de vivir y que se presuma que por sus antecedentes, el sentenciado no volverá a delinquir; que haya cubierto la reparación de daños y perjuicios o garantizado efectivamente su pago; y que

²⁸ Op. Cit. Supra (21), pag. 119

se obligue a residir en determinado lugar, del que no podrá ausentarse sin permiso de la autoridad que ejerza sobre él cuidado y vigilancia, así como abstenerse del abuso de bebidas embriagantes y del empleo de estupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias que produzcan efectos similares.

El juzgador dejará sin efecto la sustitución y ordenará la reaprehensión del sentenciado, a fin de que se ejecute la pena de prisión impuesta, cuando el mismo no cumpla las condiciones que le fueron señaladas para tal efecto, salvo que el juzgador estime conveniente apercibirlo de que si incurre en nueva falta, se hará efectiva la sanción sustituida.

4.11 CONDENA CONDICIONAL.

La condena condicional, tiene por objeto evitar la ejecución o cumplimiento de las penas cortas de privación de libertad en ciertas condiciones, evitando en lo posible la contaminación moral que produce la prisión en los delincuentes de escasa peligrosidad, a los que se supone corregibles mediante el empleo de determinados estímulos. Mediante la condena condicional se suspenden las penas cortas privativas de libertad, a condición de que el sentenciado no vuelva a delinquir en un tiempo determinado, de lo contrario se le hace cumplir la sanción señalada.

En la condena condicional la pena impuesta no se aplica al culpable, ni éste la cumple. El sentido de la condena condicional consiste en someter al condenado a una prueba por el período de tiempo indicado en la sentencia, al término del cual el culpable que haya cumplido con las condiciones de la prueba queda exonerado incondicionalmente de la pena.

Fundamentalmente son tres las consideraciones que se han hecho para explicar y fundamentar la institución que nos ocupa:

En primer término, la inconveniencia que presentan las penas cortas privativas de libertad, dado que como ya se analizó, se corre el riesgo de resultar contraproducente debido a que el sujeto revela una mínima peligrosidad.

Por otra parte, en esos casos, existe la posibilidad de obtener mayor provecho procediendo con indulgencia, despertando el arrepentimiento o propiciando la enmienda del agente; que obrando con severidad extrema, cuando en realidad no hay verdadera perversidad o temibilidad que lo amerite. A mayor abundamiento y por si las anteriores argumentaciones no fueran suficientes, se agrega el arraigado anhelo por encontrar nuevos caminos para llegar a los objetivos que persigue nuestra rama del derecho, sin recurrir por sistema al castigo, sobre todo en aquellos casos en que se pueda y convenga evitarlo.²⁹

Cabe mencionar que el Código Penal Federal, regula el beneficio de la condena condicional, en su artículo 90, el cual establece que el juez otorgara dicho beneficio a petición de parte o de oficio, si concurren las siguientes condiciones: *que la condena se refiera a pena de prisión que no exceda de cuatro años*; que el sentenciado no sea reincidente por delito doloso y, además, que haya evidenciado buena conducta positiva, antes y después del hecho punible; que por sus antecedentes personales o modo honesto de vivir, así como por la naturaleza, modalidades y móviles del delito, se presuma que el sentenciado no volverá a delinquir. Esto además de reparar el daño causado; obligarse a residir en lugar determinado; otorgar garantía o sujetarse a las medidas que se le fijen, para asegurar su presentación ante la autoridad siempre que fuere requerido; desempeñar en el plazo que se le fije, profesión, arte, oficio u ocupación lícitos; y, abstenerse del abuso de bebidas embriagantes u otras sustancias que produzcan efectos similares.

²⁹ Op. Cit. Supra (1), pag. 328

CAPITULO V

**"EL DELITO DE PORTACION DE ARMA DE
FUEGO DE USO EXCLUSIVO DEL
EJERCITO, ARMADA Y FUERZA AEREA"**

5.1 NOCION LEGAL: Descripción del Tipo.

El delito de portación de armas del uso exclusivo del Ejército Armada y Fuerza Aérea está contemplado en el artículo 83 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, el cual establece:

Artículo 83.- Al que sin el permiso correspondiente porte un arma de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, se le sancionará:

I.- Con prisión de tres meses a un año y de uno a diez días multa, cuando se trate de las armas comprendidas en el inciso i) del artículo 11 de esta Ley;

II.- Con prisión de cinco a diez años y de cincuenta a doscientos días multa cuando se trate de las armas comprendidas en los incisos a) y b) del artículo 11 de esta Ley, y

III.- Con prisión de diez a quince años y de cien a quinientos días multa cuando se trate de cualquiera de las otras armas comprendidas en el artículo 11 de esta Ley.

Tal y como se advierte de la lectura del dispositivo legal transcrito con anterioridad, en este, se hace alusión al diverso artículo 11 del mismo ordenamiento legal, por lo que se considera igualmente necesaria su transcripción para la presente investigación; nos limitaremos a la mención de los incisos a) y b) del citado artículo 11 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, ya que son estos dos incisos los que comprende la fracción

segunda del artículo 83 de dicha ley, fracción que constituye la materia de la presente investigación, por lo que resultaría ocioso la transcripción de los demás incisos que contempla dicho artículo.

Artículo 11.- Las armas, municiones y material para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, son las siguientes:

- a) Revólveres calibre .357" Magnum y los superiores a 38" Especial;
- b) Pistolas calibre 9mm. Parabellum, Luger y similares, las .38" Super y Comando, y las de calibres superiores;
- c)

5.2 ANÁLISIS JURÍDICO DEL DELITO DE PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO ARMADA Y FUERZA AÉREA.

Según el diccionario de la Lengua Española se entiende por *portar*, el llevar o traer. Por portación de arma debemos comprender: el llevar consigo un arma, esto es en la cintura o en cualquier otra parte del cuerpo o adherida a él, cabe mencionar que el llevar un arma en el vehículo, también es una portación.

En alguna época se estimó que el vehículo era una extensión del domicilio, y por lo tanto tal acto estaba amparado por la ley, ya que el artículo 10 de la Constitución

permite la posesión en el domicilio de armas de fuego que no sean de las prohibidas o de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea; en la actualidad es claro que el Derecho no considera a los vehículos como una extensión del domicilio para los efectos de la portación de las armas, sin embargo encontramos un criterio interesante en el sentido de que no hay portación, sino posesión de armas, si se lleva en la cajuela, es decir en la parte posterior del automóvil, ya que no está al alcance de la persona, el arma en cuestión.

En virtud de lo anterior, cobra especial relevancia el diferenciar la posesión, de lo que propiamente es la portación. Por posesión entendemos el acto de tener una cosa con animo de conservarla para sí. En esas condiciones, se estima que el animo del legislador al referirse a la posesión de armas en el domicilio, fue el que podía poseerlas y portarlas, pues es la defensa de los bienes que se encuentran en el domicilio, el objeto de tal posesión y para ello se tiene que portar el arma.

Ahora bien, aún cuando el arma se lleve descargada y cubierta, se comete el delito de portación de armas, puesto que con tal conducta se pone en peligro la seguridad pública, que como se verá más adelante, es el bien jurídico tutelado en el delito en estudio.

En conclusión, podemos determinar que la conducta de portar un arma comprende la posibilidad o riesgo para la seguridad y paz social, de que el sujeto utilice con

fácil acceso y de inmediato el arma de fuego, en razón de su cercana disponibilidad, aún cuando no la traiga consigo.

Con el objeto de ser aún mas claros en los conceptos que hemos venido analizando, citaremos algunas tesis que al respecto han sostenido nuestros Tribunales Federales, y que sirven como criterio orientador:

ARMA PROHIBIDA O DE INDISPENSABLE REGISTRO, PORTACION DE.

La figura delictiva de portación de armas prohibidas o de indispensable registro, se integra no sólo cuando se lleva el arma sobre el cuerpo, sino también cuando se la tiene dentro del alcance material, de manera que pueda hacerse uso inmediato de la misma, como sucede en el caso de que se la lleve en un portafolio, pues siendo dicho delito uno de peligro característico, se da la posibilidad de daño por la inmediata disponibilidad. PRIMERA SALA 1976.

ARMAS, PORTACION DE. NO SE CONFIGURA EL ILICITO DE, CUANDO EL SUJETO ACTIVO NO LA PUEDE UTILIZAR DE INMEDIATO. Para que se configure el delito de portación de arma de fuego sin licencia, es necesario que el individuo la lleve consigo de manera tal que pueda utilizarla de inmediato, por lo que si el arma se encontró escondida en el lugar en donde habita, en todo caso ello configuraría una "posesión" de arma de fuego y no la "portación" de la misma. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO QUINTO CIRCUITO. 24 DE OCTUBRE DE 1994.

AMAS DE FUEGO, PORTACION DE, SIN LICENCIA. Para que se integre el delito de portación de arma de fuego sin licencia, no es necesario que el que la porta la traiga en la cintura o de manera visible, pues lo que interesa es que la traiga a su alcance en determinado momento, como en el caso en que el acusado trae una pistola dentro de una bolsa o maleta de mano. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL TERCER CIRCUITO. 8 DE JULIO DE 1994.

Por otro lado, por arma debe entenderse el instrumento fabricado para el ataque o la defensa; mientras que las **armas de fuego**, son aquellas que funcionan mediante un mecanismo en el que interviene un compuesto químico, denominado "pólvora", que al combustionar produce gases cuya expansión violenta provoca la expulsión de un proyectil.³⁰

Ahora bien, el delito de portación en estudio, de acuerdo con la clasificación de los delitos expuesta en capítulos anteriores, *es un delito de acción*, recordando que respecto de la conducta el delito se puede clasificar en acción y omisión; en la acción hay un movimiento corporal; en cambio en la omisión existe una inactividad.

Por el daño que causan los delitos se dividen en: de lesión y de peligro. Los de lesión, provocan un daño directo y efectivo en los bienes jurídicamente tutelados por la norma; los de peligro no causan un daño directo, pero los ponen en peligro, por tanto, *el*

delito de portación de arma es un delito de peligro. Cabe mencionar que en el delito de portación de arma de fuego, en cualquiera de sus modalidades, el bien jurídico tutelado es la Seguridad Pública.

Por su duración, los delitos se clasifican en instantáneos, permanentes y continuados. *La portación es un delito permanente*, pues permanece no el mero efecto del delito, sino el estado mismo de la consumación.

Los delitos pueden ser simples y complejos. Los primeros son aquellos en los que la lesión es única, en los complejos hay dos o más bienes protegidos. En el delito de portación de arma hay un solo bien protegido que es la Seguridad y orden interno de la Nación, por lo tanto *es un delito simple*.

Atendiendo al número de actos que integran la acción típica, los delitos pueden ser: plurisubsistentes y unisubsistentes. En los primeros, hay dos o más actos que se tienen que verificar para que se integre el tipo, en los unisubsistentes, sólo con un acto se lleva a cabo la totalización de la descripción normativa. *El delito en estudio es unisubsistente*.

En cuanto al resultado que produce este ilícito, lo podemos clasificar como formal, ya que no hay un daño material, sino formal, se pone en peligro la paz pública. A los

³⁰ GARCIA RAMIREZ, EFRAIN. Armas Análisis Jurídico, Ed. Sista, ed. 4ª., pág. 5, México, 2000.

delitos formales se les denomina delitos de simple actividad o de acción. En estos delitos se agota el tipo penal en el movimiento corporal, son delitos de mero peligro abstracto, tal y como lo es el delito en estudio.

Así mismo, los delitos pueden perseguirse de oficio o por querrela, el delito de portación de arma en estudio, *se persigue de oficio*. Es además un *delito doloso*, ya que al realizar la portación se advierte la intención del sujeto de realizar tal comportamiento.

5.3 PENALIDAD DEL DELITO DE PORTACIÓN DE ARMAS DE FUEGO DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO ARMADA Y FUERZA AÉREA.

En párrafos precedentes, se ha puntualizado la penalidad que se encuentra contemplada actualmente para el delito de portación de arma de fuego del uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, delito contemplado en el artículo 83 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, sin embargo dicho dispositivo se encuentra en esos términos desde el 24 de Marzo de 1999, fecha en que entraron en vigor las reformas más recientes al ordenamiento legal mencionado. Cobra relevante importancia el recordar cual era antes de esa reforma, la penalidad contemplada para dicho delito, sobre todo en su fracción II, que es donde se centra la presente investigación. Para tal efecto, el artículo 83 de la Ley Federal de Arma de Fuego y Explosivos, antes del 24 de Marzo de 1999, disponía:

ESTA
TESIS
NO
DEBE
SALIR
DE
BIBLIOTECA

Artículo 83.- Al que sin el permiso correspondiente porte un arma de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, se le sancionará:

I.-....

II.- Con prisión de uno a cinco años y de cinco a veinte días multa cuando se trate de las armas comprendidas en los incisos a) y b) del artículo 11 de esta ley;

III.-....

Como se puede apreciar, antes de reformarse el dispositivo legal en comento, se sancionaba la portación respectiva con una penalidad mucho menor para el sujeto que incurriera en la conducta por ese numeral descrita, sin embargo, a raíz de las reformas mencionadas, el legislador aumento desproporcionadamente la pena impuesta, al grado de que ahora la penalidad mínima de este delito en el supuesto que establece la fracción II del artículo 83 es de 5 años, cuando con anterioridad a la reforma era de 1 año.

Del análisis de la reforma multicitada, se desprende que el legislador no valoró de manera adecuada e integral las consecuencias jurídicas que acarrearía un aumento tan desproporcionado a la penalidad del delito en estudio, lo anterior se puede concluir, de la simple lectura de la demagoga Exposición de Motivos a las Reformas Publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 24 de Diciembre de 1998, que posteriormente entraron en vigor el 24 de Marzo de 1999, la cual, en lo que nos interesa establece:

"Dentro de la prioridades de mi administración están, como lo he expresado desde el inicio de mi mandato, el respeto irrestricto al Estado de Derecho y la promoción del bienestar de los mexicanos. La delincuencia es un fenómeno que vulnera de una forma muy importante las mencionadas prioridades. Además, agravia directamente a sus personas, familias y bienes. Nos encontramos en un momento en que la inseguridad ha alcanzado niveles alarmantes, por lo que es impostergable establecer sin titubeos los mecanismos adecuados que restituyan a nuestras familias la seguridad y tranquilidad que nos debemos como entes sociales, atemperando las circunstancias que originan el delito y desmotivando su comisión con el establecimiento de penas rigurosas. Los altos índices de criminalidad que se han presentado en el país durante los últimos años, son consecuencia entre otras razones, de la proliferación de las armas de fuego, así como de su posesión, portación, acopio y tráfico ilícitos. Con objeto de recobrar los niveles de seguridad pública que demandan y merecen los mexicanos, debe llevarse a cabo, tanto por las autoridades como por la población, un esfuerzo más serio, riguroso, prolongado y decidido para combatir a la delincuencia. Como parte fundamental de este esfuerzo se hace necesario dotar a las autoridades encargadas de la procuración e impartición de justicia de instrumentos jurídicos idóneos que les permitan lograr una mayor eficacia en el combate a la delincuencia, por lo que se propone reformar y adicionar la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos. Las reformas tiene como objetivo directo inhibir las conductas sancionadas por la propia ley, pero lo que resulta de mayor trascendencia es que su objetivo indirecto es disminuir la incidencia de delitos que se cometen de forma violenta con la utilización de armas de fuego. Para lograr esos objetivos, se propone, por un lado, describir con toda claridad las conductas típicas

correspondientes al tráfico, posesión, portación y acopio ilícitos de armas de fuego y, por el otro, hacer más severas las penas aplicables a los mencionados delitos."³¹

Bien cierto resulta que la delincuencia actualmente flagela gravemente a la sociedad mexicana, como lo es que esa delincuencia en muchas ocasiones, se encuentra armada con armas, cartuchos e instrumentos más sofisticados que aquéllos con los que cuentan las autoridades encargadas de la seguridad pública.

No obstante lo anterior, los instrumentos jurídicos idóneos que requieren las autoridades encargadas de la Procuración y Administración de Justicia, no son aquéllos que les permitan imponer penas más grandes a los delincuentes, sino que les permitan el poder sancionarlos con eficacia. El combate a la delincuencia y la impunidad no logrará ser más eficaz, cuanto más grandes sean las penas aplicables a los delitos, sino dotando a dichas autoridades de la debida instrucción y preparación para ello. Por otro lado, ha quedado bien demostrado en todos los países del mundo que por el solo hecho de aumentar la penalidad aplicable, no se abate la comisión del delito. ³²

³¹ Diario Oficial de la Federación. 24 de Diciembre de 1998.

³² MADRIGAL PEREYRA, Luis. Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos Comentada, Ed. Sista, pág. 165, México. 1999.

5.4 CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA PENALIDAD DEL DELITO DE PORTACIÓN DE ARMAS DE FUEGO DEL USO EXCLUSIVO DEL EJERCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA.

Tal y como ha quedado establecido en párrafos precedentes, actualmente la penalidad mínima contemplada para el delito de portación de arma de fuego de uso exclusivo del Ejército Armada y Fuerza Aérea, prevista por el artículo 83 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, específicamente en su fracción II, es de 5 años.

En esas condiciones, se considera que el establecer una penalidad mínima de 5 años para el sujeto que incurra en la conducta prevista por el delito en estudio, trae como consecuencias lógicas y jurídicas las siguientes:

Primeramente, cabe mencionar que el Código Penal Federal, contempla en sus artículos 70 y 90 respectivamente, la Sustitución de la Pena y la Condena Condicional, beneficios que fueron tratados en el capítulo IV de la presente investigación. Dichos beneficios, tienen como principal objetivo el evitar la ejecución o cumplimiento de las penas privativas de libertad en ciertas condiciones, sobre todo en los delincuentes de baja peligrosidad, evitando en lo posible la contaminación moral que produce la prisión en este tipo de delincuentes.

Ahora bien, la Sustitución de la Pena, beneficio contemplado en el artículo 70 del Código Penal Federal, establece:

Artículo 70. La prisión podrá ser sustituida, a juicio del juzgador, apreciando lo dispuesto en los artículos 51 y 52 en los términos siguientes:

I.- Por trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, cuando la pena impuesta **no exceda de cuatro años**;

II.- Por tratamiento en libertad, si la prisión no excede de tres años; o

III.- Por multa, si la prisión no excede de dos años.

De la simple lectura del dispositivo transcrito anteriormente, se advierte que con independencia de lo establecido en los artículos 51 y 52 del mismo ordenamiento, el hecho de que la penalidad mínima del delito de portación de arma de fuego en la modalidad en que se estudia sea de 5 años, limita la aplicación del beneficio de Sustitución de la Pena en favor de un sujeto condenado por dicho delito, aún y cuando cumpla con todos los demás requisitos exigidos por la ley, como por ejemplo ser primodelincuente. Es decir, aún y cuando el juzgador imponga la pena mínima para el delito en comento, esta será de cinco años, lo cual impide al órgano jurisdiccional la aplicación del beneficio de Sustitución de la pena.

Por otro lado, el Código Penal Federal, contempla el diverso beneficio de la Condena Condicional en su artículo 90, el cual, en lo que nos interesa, establece:

Artículo 90. El otorgamiento y disfrute de la condena condicional, se sujetarán a las siguientes normas:

I. El juez o tribunal, en su caso, al dictar sentencia de condena o en la hipótesis que establece la fracción X de este artículo, suspenderán motivadamente la ejecución de las penas, a petición de parte o de oficio, si concurren estas condiciones:

a) Que la condena se refiera a pena de prisión que ***no exceda de cuatro años;***

b) Que el sentenciado no sea reincidente por delito doloso y, además, que haya evidenciado buena conducta positiva, antes y después del hecho punible;

c) Que por sus antecedentes personales o modo honesto de vivir, así como por la naturaleza, modalidades y móviles del delito, se presuma que el sentenciado no volverá a delinquir.

Así pues, en el caso del beneficio de la Condena Condicional, nos encontramos con la misma problemática, es decir, al ser uno de los requisitos para la aplicación de dicho beneficio el que la condena no exceda de cuatro años de prisión, es evidente que aún y cuando el juzgador considere la penalidad mínima para el sujeto que cometa el delito de portación en la modalidad estudiada, no será posible conceder el beneficio aludido.

En conclusión, en el supuesto de que un sujeto sea condenado por el delito de portación de arma de fuego de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, previsto por el artículo 83, fracción II, de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, irremediablemente ira a la cárcel por un mínimo de 5 años. Esto será así aún y cuando se demuestre su primodelincuencia, su modo honesto de vivir, su buena conducta antes y después del ilícito, su bajo nivel cultural, en general su mínima peligrosidad, condiciones estas en las que generalmente se encuentran los condenados por este delito.

Cabe recordar, que las consecuencias de la descuidada aplicación de la pena de prisión a una persona de una mínima peligrosidad, son desastrosas y contraproducentes para la resocialización del delincuente, contribuyendo únicamente a la contaminación moral que produce la permanencia en prisión.

Por lo anteriormente expuesto, debemos concluir que la pena señalada para el multicitado delito resulta excesiva, sobre todo tomando en consideración la situación en que se encuentra la gran mayoría de la población en nuestro país. Es un hecho innegable, que las armas comprendidas en los incisos a) y b) del artículo 11 de la Ley de la materia, en muchas ocasiones han sido heredadas de generación en generación de familias campesinas, y que estas armas son portadas por la misma naturaleza de las actividades del campo y no para cometer ilícitos.

Por otro lado, para aquellos que van a trabajar a los EEUU, compran un arma y regresen a México, son detenidos y acusados de este ilícito, cuando en nuestro vecino país del Norte, las armas se venden solo mostrando una identificación, comprobante de lugar de residencia y llenar una forma. Luego entonces si el arma la adquirió legalmente esa persona que por lo general resulta ser un trabajador del campo y la trae a México donde piensa volver a residir, parece fuera de contexto sancionarlo con una pena tan grave.

Pero eso no es todo, es importante mencionar que durante la tramitación del proceso instaurado a una persona por la comisión de este ilícito, el sujeto cuenta con el derecho a la libertad provisional bajo caución, beneficio estudiado en el capítulo precedente. Ante dicha situación nos encontramos con la siguiente incongruencia: el delito de portación de arma de fuego en la modalidad en que se estudia, no se encuentra considerado como un delito grave, esto de conformidad con lo dispuesto por el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, es por eso que durante el proceso, el procesado goza de la libertad provisional bajo caución, sin embargo, al momento de dictar la sentencia que conforme a derecho corresponda y en el caso de que está resulte condenatoria, nos encontramos con que la pena mínima de prisión impuesta será de 5 años, lo cual hace imposible la obtención de algún beneficio por las consideraciones ya expuestas, es decir, después de permitir la libertad del sujeto durante el proceso, una vez que se dicta la sentencia hay que informarle que tendrá que **permanecer 5 años en prisión**, esto en el mejor de los casos.

5.5 PENALIDAD PROPUESTA.

A lo largo de la presente investigación, ha quedado de manifiesto que en el caso que nos ocupa, el legislador ha abusado en el aumento de las sanciones, lo cual trae como consecuencia que estas resulten exageradas. Recordemos que César Bonnesana, Marqués de Beccaria, en su libro "Del delito y de la pena", dentro de las características de las penas señala: Que sean proporcionales al delito y las mínimas posibles; nunca deben ser atroces; el fin de la pena es evitar que el autor cometa nuevos delitos, así como la ejemplaridad respecto de los demás hombres.³³

Es por eso, que después de analizar detenidamente la penalidad del delito de Portación de Arma de Fuego de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, previsto en el artículo 83 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, específicamente, en su fracción II, se propone una disminución de dicha penalidad, es decir, que la penalidad que contemple dicho delito permita la obtención de alguno de los beneficios estudiados con anterioridad. Con esta medida, se lograría que el sujeto que cometa dicho ilícito y que además cumpla con los requisitos exigidos por la Ley, este en posibilidades de conservar su libertad, evitando así su aislamiento social, que irremediablemente conlleva a la desintegración y miseria de su familia.

Así pues, si el mencionado delito en la fracción en estudio, en lugar de establecer una penalidad mínima de cinco años, esta fuera de cuatro, aún cuando seguiría siendo elevada, el juzgador estaría en posibilidad de otorgar por lo menos uno de los beneficios de ley al sujeto que incurriera en dicho delito. Lo anterior, desde luego, únicamente cuando el procesado demostrara al juez su primodelincuencia, su buena conducta y su modo honesto de vivir, situaciones que en conjunto presumen la mínima peligrosidad del delincuente, y en consecuencia la innecesaria aplicación de la pena carcelaria por las razones expuestas a lo largo de la presente investigación.

³³ Op. Cit. Supra (27), pag. 223.

CONCLUSIONES

1.- Después del análisis de las diferentes definiciones existentes del delito, se considera que la definición dogmática de este, desarrollada por los penalistas alemanes y utilizada por el Código Penal para el Estado de Guanajuato, es la que permite un estudio sistemático del mismo, dicha definición establece: Delito es la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible.

2.- La acción y la omisión son las dos únicas formas en las que puede manifestarse la conducta humana que pudiera constituir delito. El acto consiste en una actividad positiva, en un hacer lo que no se debe hacer; la omisión en una actividad negativa, en un dejar de hacer lo que se debe hacer. Para que dicha conducta constituya un delito debe de ser típica, es decir, que se adecue al tipo legal o hipótesis consagrada en la ley; antijurídica, que se oponga a la norma cultural subsumida en la ley penal; imputable, atribuida a un sujeto en vista de su capacidad penal; culpable, además de que el sujeto sea imputable, que sea responsable, es decir, reprochable al sujeto; punible, que dicha conducta este sancionada con una pena.

3.- La consecuencia última de la conducta delictuosa es la pena, castigo que el estado impone al sujeto responsable de un delito. Dicha pena, antes de ser aplicada debe de ser individualizada, es decir, aplicarla según las características y peculiaridades del sujeto con la finalidad de que esta se ajuste al individuo y sea más eficaz. Una de las penas que se

aplican con mayor frecuencia es la pena de prisión, con la que se debe de tener especial cuidado, ya que su aplicación irracional e injusta, puede resultar contraproducente, contribuyendo a la perversión muchas veces innecesaria de individuos corregibles mediante otros medios.

4.- La Sustitución de la Pena y la Condena Condicional, son dos beneficios contemplados por la ley, los cuales tienen como objetivo principal el evitar la ejecución o cumplimiento de penas cortas de prisión, evitando la contaminación moral que producen las cárceles en los delincuentes de mínima peligrosidad. Dichos beneficios, se otorgan a los condenados por algún delito cuando cumplen con ciertos requisitos como primodelincuencia, buena conducta y circunstancias que lleven presumir la mínima peligrosidad del sujeto. Durante la presente investigación en la que se estudiaron los beneficios ya mencionados, se concluye que la Sustitución de la Pena y la Condena Condicional, deben ser aplicados siempre que la ley así lo permita, ya que los resultados de recluir en una prisión a un sujeto que demuestra mínima peligrosidad, son desastrosos para el individuo y su familia, logrando únicamente hacer de las cárceles verdaderas escuelas del delito.

5.- El delito de portación de arma de fuego de uso exclusivo del Ejército Armada y Fuerza Aérea, contemplado en el artículo 83 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, específicamente su fracción segunda, es un delito de peligro, en el que el bien jurídico tutelado es la seguridad pública, teniendo como penalidad actualmente de cinco a diez años de prisión y de cincuenta a doscientos días multa.

6.- La penalidad contemplada para el delito de portación de arma de fuego de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea en la modalidad en que se estudia, resulta excesiva. Lo anterior se concluye del análisis realizado a través de la presente investigación, en la que se evidencia que el sujeto que comete la conducta descrita en el dispositivo legal comentado, aún y cuando sea primodelincuente y demuestre una mínima peligrosidad tendrá que ir a la cárcel por un mínimo de cinco años, con todas las consecuencias jurídicas y sociales que esto trae consigo.

7.- Se propone la reforma del dispositivo legal en comento, es decir, la disminución de la penalidad por lo menos a un mínimo de cuatro años de prisión, con esto se permitiría la aplicación de al menos alguno de los beneficios contemplados por la ley, evitando el ingreso al centro de reclusión del individuo que tipifique la conducta delictiva en estudio.

CARLOS ERNESTO FARIAS FLORES

BIBLIOGRAFIA

AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Derecho Penal, Ed. Harla, México, 1998.

ARANA OVIEDO, Horacio. Bienes Jurídicos a Disposición del Sujeto Pasivo, ULSAB, 1999.

CARDONA ARIZMENDI ENRIQUE Y OTRO. Código Penal Comentado del Estado de Guanajuato , Ed. Cárdenas, 3ª ed., México, 1996.

CARRARA, Francesco. Curso de Derecho Criminal, tomo I, Ed. Depalma, Argentina, 1944.

CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal, Ed. Porrúa, 34ª ed., México, 1994.

GARCIA RAMIREZ, Efraín. Armas Análisis Jurídico, Ed. Sista, 4ª ed., México, 2000.

MADRIGAL PEREYRA, Luis. Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos Comentada, Ed. Sista, México. 1999.

PORTE PETIT, Celestino. La Parte General de Derecho Penal, Ed. Porrúa, 4ª ed., México, 1978.

RODRIGUEZ MANZANERA, LUIS. Criminología, Ed. Porrúa, 14ª ed., México, 1999

RODRIGUEZ MANZANERA, LUIS. Penología, Ed. Porrúa, México, 1998.

REYNOSO DAVILA, Roberto. Teoría General de la Sanciones Penales, Ed. Porrúa, México, 1996.

VILLALOBOS, IGNACIO. Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, 2ª ed., México, 1960.

LEGISLACION

Código Penal para el Estado de Guanajuato.

Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.

OTRAS FUENTES

Diario Oficial de la Federación. 24 de Diciembre de 1998.

Diccionario Enciclopédico Ilustrado Sopena, T. IV, Barcelona, 1977.