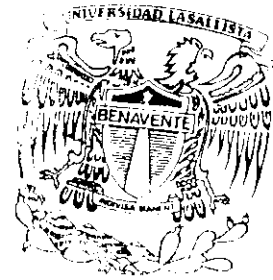


UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE



FACULTAD DE DERECHO

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

**RESPONSABILIDAD PENAL PARA LOS
GARANTES DE MENORES E INCAPACES**

T E S I S

QUE PARA RECIBIR EL TÍTULO DE :

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

Verónica Valdivia Vera

ASESOR :

LIC. ROGELIO LLAMAS ROJAS

CELAYA, GTO.

NOVIEMBRE 2000



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

Handwritten scribbles and faint marks in the top right corner.

DEDICATORIAS.

A TI MAMA:

Por el gran esfuerzo realizado a mi lado durante esos 5 años llenos de desmañanadas y desveladas; así como de preocupaciones y angustias que viviste conmigo en los días de exámenes.

A TI PAPA:

Por tus sabios consejos y porque siempre hiciste hasta lo imposible por darme todo lo necesario para lograr nuestra meta.

A USTEDES PAPAS:

Por su amor y confianza...este trabajo les pertenece.

TO YOU JEFF:

For all the love you give to me and the joy have brought to my life, wich are the energy that I use in all the things I do.

Thank you baby, for been the light in my life.

Por todo el amor que me das y la felicidad que has traído a mi vida, los cuales son la energía que utilizo en todas las cosas que hago.

Gracias mi amor, por ser la luz en mi vida.

INDICE.

INDICE.

PAG.

INTRODUCCION.

CAPITULO PRIMERO

EL DELITO EN GENERAL

I.1.- GENERALIDADES DEL DELITO.....	1.
I.2.- CONCEPTO DEL DELITO.....	3.
I.2.1.- Noción formal y noción real del delito.....	3.
I.2.2.- Noción sociológica del delito.....	7.
I.2.3.- Noción jurídico formal del delito.....	9.
I.2.4.- Noción jurídico sustancial del delito.....	9.
I.3.- CONCEPCIONES TOTALIZADORA Y ANALITICA DEL DELITO.....	12.
I.4.- DIVERSAS DEFINICIONES SOBRE EL DELITO.....	12.
I.5.- ELEMENTOS POSITIVOS Y ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO.....	13.

CAPITULO SEGUNDO

ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO Y SUS ASPECTOS NEGATIVOS

II.1- LA CONDUCTA.....	18.
II.1.1.- Noción y concepto de la conducta.....	18.
II.1.2.- El sujeto de la conducta.....	20.
II.1.3.- Sujeto Pasivo.....	21.
II.1.4.- Objetos del Delito.....	21.
II.1.5.- Elementos de la acción.....	22.
II.1.6.- Elementos de la omisión.	23.
II.1.7.- Causas de falta o ausencia de conducta.....	23.
II.2.- LA TIPICIDAD.....	24.
II.2.1.- Ideas generales del tipo y la tipicidad.....	24.
II.2.2.- Elementos del tipo.....	25.
II.2.3.- Clasificación de los tipos.....	27.
II.2.4.- Ausencia de tipo y de tipicidad.....	28.
II.3- ANTIJURIDICIDAD.....	29.
II.3.1.- Definición.....	29.
II.3.2.- Antijuridicidad formal y material.....	31.
II.3.3.- Ausencia de Antijuridicidad.....	32.
II.3.4.- Causas de Justificación.....	32.
II. 4.- IMPUTABILIDAD.....	36.

II.4.1.- Imputabilidad como presupuesto de la Culpabilidad.....	36.
II.4.2.- La Responsabilidad.....	38.
II.4.3.- " <i>Actiones Leberae in Causa</i> "	39.
II.4.4.- La Inimputabilidad.....	39.
II.5.- LA CULPABILIDAD.....	41.
II.5.1.- Noción de la Culpabilidad.....	41.
II.5.2.- Formas de la Culpabilidad.....	42.
II.5.3.- El Dolo y sus elementos.....	42.
II.5.3.1.- Tipos de dolo.....	47.
II.5.4.- La Culpa y las clases de Culpa.....	48.
II.5.5.- La Preterintención.....	49.
II.5.6.- La Inculpabilidad.....	49.
II.6.- LA PUNIBILIDAD.....	50.
II.6.1.- Noción de la Punibilidad.....	50.
II.6.2.- Ausencia de Punibilidad.....	51.

CAPITULO TERCERO

CLASIFICACION DE LOS DELITOS

III.1.- EN FUNCION DE SU GRAVEDAD.....	53.
III.2.- SEGUN LA FORMA DE LA CONDUCTA DEL AGENTE.....	54.
III.3.- POR EL RESULTADO.....	55.
III.4.- POR EL DAÑO QUE CAUSAN.....	57.
III.5.- POR SU DURACION.....	58.
III.6.- POR EL ELEMENTO INTERNO O CULPABILIDAD.....	59.
III.7.- DELITOS UNISUBSISTENTES Y PLURISUBSISTENTES.....	59.
III.8.- DELITOS ATENDIENDO A LA UNIDAD O PLURALIDAD DE SUJETOS QUE INTERVIENEN PARA EJECUTAR EL HECHO DESCRITO EN EL TIPO.....	61.
III.9.- POR LA FORMA DE PERSECUSION.....	62.
III.10.- EN FUNCION DE LA MATERIA.....	63.
III.11.- CLASIFICACION LEGAL.....	63.

CAPITULO CUARTO

FIGURA DE LA CUSTODIA DE MENORES E INCAPACES

IV.4.1.- PATRIA POTESTAD.....	66.
IV.4.1.1.- Concepto.....	66.
IV.4.1.2.- Modos de acabarse la patria potestad.....	68.
IV.4.1.3.- Modos de perderse la patria potestad.....	70.
IV.4.1.4.- Modos de suspenderse la patria potestad.....	71.
IV.4.2.- TUTELA.....	72.
IV.4.2.1.- CLASES DE TUTELA.....	77.
IV.4.2.1.1.- Tutela testamentaria.....	77.
IV.4.2.1.2.- Tutela legítima de los menores.....	79.

IV.4.2.1.3.- Tutela legítima de los dementes, idiotas, imbéciles, sordomudos, ebrios y de los que habitualmente usan drogas enervantes.....	79.
IV.4.2.1.4.- Tutela legítima de los menores abandonados y de los acogidos por alguna persona, o depositados en establecimientos de beneficencia.....	80.
IV.4.2.1.5.- Tutela Dativa.....	81.
IV.4.2.2.- Personas que deben ser separadas de la tutela.....	81.
IV.4.2.3.- Desempeño de la tutela.....	82.
IV.4.2.4.- Extinción de la tutela.....	84.
IV.4.3.- ADOPCION.....	84.
IV.4.3.1.- Concepto.....	84.
IV.4.3.2.- Requisitos.....	85.
IV.4.3.3.- Clases de adopción.....	88.

CAPITULO QUINTO

EL TIPO ESPECIAL PROPUESTO

V.5.1.- ELEMENTOS OBJETIVOS.....	94.
V.5.1.1.- Conducta.....	94.
V.5.1.2.- Sujetos.....	95.
V.5.1.3.- Objetos.....	95.
V.5.2.- ELEMENTOS SUBJETIVOS.....	96.
V.5.2.1.- Animo.....	96.
V.5.2.2.- Sabiendas.....	96.
V.5.3.- DESCRIPCION ABSTRACTA DEL TIPO PENAL ESPECIAL PROPUESTO.....	96.
V.5.4.- TENTATIVA.....	97.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

INTRODUCCION.

INTRODUCCION.

El surgimiento del derecho penal obedece a la necesidad de regular el comportamiento del hombre en sociedad.

El crimen nace con el hombre aún y cuando no existía un orden jurídico ni una sociedad organizada, de ahí la necesidad de regular tales conductas y señalar los castigos para lograr el orden y la convivencia segura y pacífica de la sociedad en general.

Lo que se propone es la de implantar en nuestra legislación penal de nuestro Estado de Guanajuato una figura que goce de un aspecto muy particular, tanto en su aspecto filial, legal como de tutela en cuanto a los menores e incapaces se trate, traducido en la afectación material que se les impone y que los coloca en una situación de riesgo o peligro al bien jurídico tutelado de la vida y la integridad física de los mismos.

El objetivo primordial de este trabajo de tesis es hacer manifiesta la necesidad de la creación de un tipo penal especial que castigue la conducta culposa o negligente de las personas que tienen la responsabilidad, ya sea originada por disposición de ley o por un contrato, de asistir, cuidar y proteger a un menor o a un incapaz de valerse por sí mismo; y que como resultado de esta conducta culposa o negligente los menores o incapaces sufran alguna afectación en su integridad física (lesión) o inclusive la muerte.

Si bien es cierto ya existen tipos penales que tutelan la integridad física y la vida, considero que la creación del tipo penal especial antes mencionado sí proporcionaría una aplicación efectiva de las penas establecidas para las conductas que se adecuen al mismo; y de esta forma no se dejaría ninguna conducta de esta

calidad al margen de la ley, como ha venido sucediendo en los últimos años en el Estado.

Sin embargo, me encuentro en el entendido de que su análisis será de profundo provecho para el mejoramiento del presente estudio.

CAPITULO I.

CAPITULO I

EL DELITO EN GENERAL.

I.1.- GENERALIDADES DEL DELITO.

A lo largo de los tiempos, los estudiosos del Derecho han analizado el delito desde muy diversos puntos de vista, más sin embargo y a pesar de la intensa labor que han realizado, no han logrado establecer una definición general del delito.

Los pueblos antiguos castigaban los hechos daños de manera objetiva fuera hombre o bestia quien realizara el hecho; con el transcurso del tiempo fueron elaborando los diversos cuerpos de leyes y analizaron el delito desde un punto de vista de tal manera que a quién cometía un hecho dañino le imponían una sanción.

Uno de los estudiosos del Derecho Penal (*Garófalo*), estructuró un concepto de Delito Natural de la siguiente manera: "Es la lesión de aquella parte del sentido moral, que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad), según la medida media en que son poseídos por una comunidad y que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad."¹

Dicha definición ha recibido severas críticas ya que con la constante evolución cultural e histórica quedó tal concepto como estrecho e inútil.

¹ Cortés Ibarra, Miguel Angel, Derecho Penal Mexicano, Parte General, Editorial Porrúa, S. A., México, 1971.

Carrara, genuino representante de la escuela clásica, en su concepto de "Ente jurídico", precisó los elementos más importantes y los definió 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.*"²

De esta definición destacan como elementos esenciales los siguientes:

1. Violación de la ley.
2. Dictada por el Estado.
3. Seguridad de los ciudadanos.
4. Violación resultado de un acto externo (tomando al hombre como único ser racional dotado de voluntad).
5. La imputabilidad mora (Responsabilidad).
6. Un hecho dañoso (Políticamente: Sentido de infracción de la ley).

Con esto nos señala, que dicho ente jurídico es una infracción a la ley, una contradicción entre la conducta y la ley.

Carrara sienta un criterio esencial, duradero al afirmar que el delito no es un hecho, sino una infracción, un Ente jurídico, ello es una relación de contradicción entre el acto del hombre y la ley, una "discordancia armónica", según su elegante expresión; pero a parte de ese elemento formal, intenta sentar criterios para la valoración misma de la ley sancionadora, la cual a la vez viene a quedar sometida a

² Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Parte General, 3ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1975, Pág. 48.

postulados racionales extra-técnicos suministrados mediante deducción lógica, por la suprema Ley Natural del orden que emana de Dios.

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

Han sido tantos los esfuerzos realizados por numerosos penalistas para elaborar una definición filosófica del delito con validez universal, pero a pesar de la intensa labor realizada no se ha logrado, señala Cuello Calón, *"pues hallándose la noción del Delito en íntima conexión con la vida social y jurídica de cada pueblo y cada siglo, aquella ha de seguir forzosamente los cambios de éstos y por consiguiente es muy posible que lo que ayer como delito se consideró, hoy sea lícito y viceversa. Es pues, inútil buscar una noción del delito en sí."*³

I.2.- CONCEPTO DEL DELITO

I. 2.1.- Noción formal y noción real del Delito.

El Delito *-Reato-* en sentido formal (Jurídico-Dogmático), lo podemos definir como toda acción legalmente punible, y el Delito en sentido real (Étnico-Histórico), del cual tomaremos como significado, toda acción que ofenda gravemente el orden étnico-jurídico y por esto merece aquella grave sanción que es la pena.

³ Cuello Calón, Parte General, Volumen I, Ediciones Bosch, Barcelona 1975.

Dicho de otra manera, el Delito es un mal que debe ser retribuido con otro mal, para la reintegración del orden étnico-jurídico ofendido.

Para que un legislador pueda crear figuras de Delito es indispensable que conozca los caracteres que debe tener una acción para que pueda ser castigada.

Civoli.- Después de anotar que la ley hace constar la realización de contradicción entre la ley y la conducta, pero sin crearla. Observa muy bien: *"El Delito es punible porque es un hecho injusto pero es injusto por ser punible."*⁴

Pero, ¿cuándo hablamos de un hecho injusto?

Si nos remitimos a la historia, delito es toda acción que la conciencia ética de un pueblo considera merecedora de pena, en determinado momento histórico.

Esta noción basada en el relativismo, lleva consigo el testimonio de la experiencia. En realidad, ésta nos enseña que la moral cambia con los tiempos y los lugares y que es imposible crear un valor absoluto de los hechos acriminales y acriminados, pero el relativismo histórico conduce al escepticismo moral.

⁴ Civoli, citado por Rodríguez Camarena José Alvaro, La Necesidad de Tipificar como Delito el Tráfico de Infantes dentro de nuestro Código Sustantivo de Guanajuato, 1991, tesis, Pág. 9.

Quien dice moral, dice necesidad de un sumo criterio de valoración, que sirva para discernir el bien del mal, lo justo de lo injusto.

Al concebir la conciencia ética en términos de transformación absoluta, se cae en la indiferencia absoluta, todo será bueno o todo será malo, según el punto de vista de quien lo juzgue. Y caemos de nuevo a los mismo, pues no tenemos un criterio normativo para distinguir lo que es delictuoso, de los que no lo es.

Dado lo anterior es preciso buscar un criterio absoluto de valoración. Esto supone salir del campo de lo positivo y de la experiencia, para entrar en el de la idealidad y la razón, salir del SER e introducimos en la región del DEBER SER, es decir, buscar los valores ideales.

Dentro de este mundo, casi todas las ideas coinciden en señalar que la conducta delictiva es aquella agresión, que produce daño o peligro, a las condiciones esenciales de la vida del individuo o de la sociedad, siendo obvio que estas condiciones no pueden ser determinadas sin saber lo que el individuo y la sociedad DEBEN SER.

No se trata aquí de una valoración existencial, sino normativa; no de una comprobación de hecho, sino de un juicio de Derecho. Sólo así es posible subir de una determinación empírica a una determinación filosófica, -o sea un valor universal- de lo que es el delito.

Veamos un razonamiento de *Garófalo* afirmado de manera enérgica, valiéndose de una sentencia romana: *QUEDAM NATURA*

TURPIA SUNT, QUAEDAM CIVILITER ET QUASI MORE CIVITATIS (algunas cosas son reprochable por naturaleza, otras civilmente, casi en virtud de la costumbre, o tradición social) enseñó que el verdadero delito, o sea la acción con contenido intrínseco delictuosos, es el delito Natural, esto es, el delito no creado artificialmente por la ley, sino reconocido universalmente y conforme a la recta razón, por todos difundidos.⁵

Garófalo, se las ingenió para determinar el contenido universalista del Delito Natural diciendo que éste es la ofensa a los sentimientos profundos e instintivos del hombre sociable. Tales, son los sentimientos altruistas de benevolencia y justicia, o sea de piedad y probidad.

Con esto limitó su teoría; ya que circunscribió la noción del Derecho Natural a la civilización contemporánea, dejando fuera las razas bárbaras e inferiores.

En realidad, *Garófalo* entrevió, sin ver claramente, la noción del delito considerando su contenido específico.

Advirtió la necesidad de situar un Delito Natural al lado del Delito Positivo o legal, pero entendió mal esta naturalidad al buscarla en el consentimiento unánime de los pueblos, en una especie de universalidad histórica.

La acción delictuosa es siempre contraria a la moral. Los hechos que implican una transgresión grave al orden moral, pueden ser

⁵ Ib. Idem. Pág. 11.

castigados con penas. De lo anterior el delito –en su aspecto ideal- es todo acto que ofende gravemente al orden ético y exige expiación en la pena.

I.2.2.- Noción Sociológica del Delito.

Cuando el Positivismo se encontraba en pleno auge, trató de demostrar que el delito es un fenómeno o “hecho natural” resultando necesario de los factores hereditarios, de causas físicas y de fenómenos sociológicos.

Garófalo definió el delito como “*la violación a los sentimientos altruistas de probidad y de piedad...*”

Garófalo no estudia en sí el delito, que es la materia de su estudio, sino que estudia los sentimientos, siendo que de esta manera, se encontraba en un error, ya que de haber una noción sociológica del delito, no sería una noción inducida a la naturaleza y que tendiera a definir el delito como un hecho natural, que no lo es; sino como concepto básico, anterior a los códigos que el hombre adopta para calificar las conductas humanas y formar los catálogos legales.

Garófalo considera que su noción del delito comprende una variabilidad de hechos; así, son ofensas al sentimiento de la piedad: el homicidio, heridas, mutilaciones, malos tratos, estupro, raptos, enfermedades provocadas, secuestro, injurias, calumnias, seducción de doncellas, etc. Son ofensas al sentimiento de probidad; robo, incendios, daños, estafas, falsedad, etc.

Garófalo hace la distinción entre Delito Natural y Artificial o legal, siendo éstos los delitos políticos, los que hieren el sentimiento religioso, el honor y otros.

Desde luego, no faltaron las críticas al Delito Natural. Sebastián Soler expone: *"Los sentimientos de piedad y probidad difieren radicalmente hasta determinar, según el tiempo, la incriminación de los actos más diversos, ¿de qué nos sirve descubrir que el delito es la falta de rudimentos sentimentales de piedad, si encontramos que en ciertos pueblos es un acto piadoso, el dar muerte al padre valetudinario?, de esto deducimos que existen términos que para culturas significan una cosa y para otras tiene un significado distinto."*

Al respecto, Ignacio Villalobos escribe: "La esencia de la luz se puede y se debe buscar en la naturaleza, pero la esencia del delito, la delictuosidad es un fruto de una valorización de ciertas conductas, según determinados criterios de utilidad social de justicia, de altruismo, de orden, de disciplina, de convivencia humana, etc.

Por tanto, no se puede investigar, que es la naturaleza del delito, porque en ella y por ella sola no existe, sino a lo sumo buscar y precisar esas normas de valoración de los criterios conforme a los cuales una conducta ha de considerarse delictuosa. Cada delito tiene como escenario el mundo, pero eso no es naturaleza.

La esencia de lo delictuoso, la delictuosidad misma, es un concepto a priori, una forma creada por la mente para agrupar y clasificar una categoría de actos, formando una universalidad cuyo principio es absurdo querer luego inducir de la naturaleza.

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

I.2.3.- Noción jurídico formal del delito.

Para la mayoría de los autores, la verdadera noción formal, es la que encontramos en nuestra ley positiva, la cual señala una pena para la ejecución u omisión de ciertos actos que formalmente hablando expresan el delito.

Para Edmundo Mezger, el delito es una acción punible, y para nuestro Código Penal de Guanajuato, el Delito es: "*La conducta típicamente, antijurídica, imputable, culpable y punible.*"

De lo señalado podemos darnos cuenta que no se incluyen en tales definiciones los elementos que constituyen la esencia misma del acto delictivo; fundan su noción exclusivamente en el carácter punible; de esto desprendemos entonces que el delito es; toda conducta, moral o inmoral, dañosa o inocua, siempre y cuando esté dispuesta la ley y amenaza con la aplicación de una pena.

I.2.4.- Noción jurídico sustancial del delito.

A este respecto, el estudio del Derecho Penal, Jiménez de Asúa nos da una definición de delito, en la que incluye elementos que conforman la esencial naturaleza del delito y es la siguiente: "*Delito es*

el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de punibilidad imputable a un hombre y sometido a una sanción penal."

Cuello Calón dice al respecto: *"Es la acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena."*⁶

Y tras la intensa lucha por crear una definición sustancial del delito, Celestino Porte Petit elabora también su definición: "Es una conducta típica, antijurídica, culpable, que requiere a veces alguna condición objetiva de punibilidad."

Sin hacer un análisis muy a fondo de las definiciones anteriores se desprenden las siguientes características del delito:

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

Si la conducta que se exige proviene de un sujeto imputable (capaz de querer y entender), sólo es delictuosa si se encuadra exactamente con la descrita en la Ley Penal (tipicidad), si se opone al orden jurídico (antijuridicidad), si subjetivamente le es imputable a su autor (culpabilidad), y si se encuentra amenazada con la

⁶ Ib. Idem.

sanción (punibilidad); debiéndose cumplir además las eventuales condiciones de las cuales depende la efectividad aplicativa de la sanción (condiciones objetivas de punibilidad).

Hasta el momento, no existe uniformidad de criterios respecto a los elementos esenciales del delito. Pero a pesar de todo, si haya elementos esenciales para integrar la naturaleza jurídica del delito y sabemos también, que en ausencia de cualquiera de ellos, el ilícito penal será inexistente.

Es decir, un concepto sustancial del delito sólo puede obtenerse, dogmáticamente del total ordenamiento jurídico penal. De éste, dependeremos en decir que el delito es la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, por cuanto consideramos son cinco sus elementos integrantes; a) una conducta o un hecho: b) la tipicidad; c) la antijuridicidad; d) la culpabilidad; y e) la punibilidad. A efecto el artículo 7 del Código Penal del D.F., precisa el acto u omisión como las formas de expresión de la conducta humana, en la que en ocasiones se viene a sumar aquella mutación del mundo físico en que consiste el resultado, integrado así un hecho. La conducta (acción u omisión) o el hecho conducta deben estar amenazados de una sanción penal (acto u omisión que sanciona las leyes penales), así de la propia definición surge el elemento punibilidad ya referido. Como bien señala "Jiménez Huerta. El elemento culpabilidad, formulado expresamente en el artículo 40 del Estado de Guanajuato precisa que los delitos pueden ser: I.- Dolosos II.- Culposos y III.- Preterintencionales. "El carácter antijurídico de dicho acto u omisión está también en la fórmula sintética de la ley por ser, igualmente, un elemento conceptual de la infracción. Cuando la acción u omisión enjuiciada no sea en el caso concreto antijurídica, bien por disposición expresa de la ley, bien por especiales

consideraciones que impiden que el acto pueda ser valorado de contrario al Derecho, no es posible hablar de la existencia de un delito, pues falta uno de los elementos integradores de su contenido conceptual."⁷

1.3.- CONCEPCIONES TOTALIZADORA Y ANALÍTICA DEL DELITO.

1. La concepción totalizadora o unitaria, ve en el delito un bloque monolítico, imposible de rescindir en elementos y señala que el delito es un todo orgánico y como tal debe ser estudiado para comprender su verdadera esencia.

2. La concepción analítica, lo estudia a través de sus elementos constitutivos, sin perder de vista la estrecha relación existente entre ellos, de manera que sin negar su unanimidad estima indispensable su análisis mediante su fraccionamiento.

I. 4.- DIVERSAS DEFINICIONES SOBRE EL DELITO.

Para "Franz Von Liszt, el delito es un acto humano, culpable, antijurídico y sancionado con una pena."⁸

"Ernesto Von Beling, lo define como la acción típica, antijurídica, culpable, subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las sanciones de punibilidad."⁹

⁷ Jiménez Huerta, Mariano, La Antijuridicidad, Imprenta Universitaria, México, 1952, Pág. 123.

⁸ Von Liszt, Franz, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Editorial Reus, Madrid España, 1927, Pág. 254.

⁹ Ib. Idem.

Edmundo Mezger, lo considera una acción típicamente antijurídica y culpable, concepto al que se adhiere Carlos Fontán Balestra.

Para "Max Ernesto Mayer, el delito es un acontecimiento típico, antijurídico e imputable."¹⁰

"Jiménez de Asúa, lo estima como un acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción."¹¹

Para "Maurach el delito es una acción típicamente antijurídica, atribuible".¹²

Para "Beling es la acción típica antijurídica, culpable sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad."¹³

En suma, se puede mencionar que el delito tiene diversos elementos que conforman un todo.

I.5.- ELEMENTOS POSITIVOS Y ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO.

¹⁰ Ib. Idem.

¹¹ Ob. Cit. Pág. 223.

¹² López Betancourt, Eduardo, Teoría del Delito, Editorial Porrúa, S. A., México, 1994, Pag. 65.

¹³ Ib. Idem.

De acuerdo a nuestro Derecho Positivo Mexicano, el Código Penal para el Estado de Guanajuato en su artículo onceavo define al delito como la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible. Así la conducta o hecho se obtiene de este artículo y del núcleo respectivo de cada tipo o descripción legal; su aspecto negativo es la falta de conducta. La tipicidad se presentará cuando exista una adecuación de dicha conducta a alguno de los tipos descritos en el Código Penal; su aspecto negativo es la atipicidad. La antijuridicidad (lo contrario a derecho) se presentará cuando el sujeto no esté protegido por una causa de justificación descrita en el artículo 33 del Código Penal para el Estado de Guanajuato. La imputabilidad se presenta cuando concurre la capacidad de obrar en el Derecho Penal, es decir que no se presente la causa de inimputabilidad descrita en el artículo 35 de nuestra ley penal. Habrá culpabilidad (relación psicológica del sujeto y su hecho) de acuerdo a los artículos 41 al 45 de nuestra ley penal; su aspecto negativo es la inculpabilidad. La punibilidad existe cuando no se presentan las excusas absolutorias descritas por nuestro Derecho Positivo. Las condiciones objetivas de punibilidad se presentan cuando al definir la infracción punible se establecen requisitos constantes, pero aparecen variables de acuerdo a cada tipo penal, pueden o no presentarse.

Como se puede apreciar, el delito tiene un gran contenido en cuanto a elementos que lo componen y en relación a estos existen diversas corrientes de la doctrina, los cuales tratan de explicar algunos de ellos, como el sistema clásico y finalista de la acción, la teoría psicologista y normativista, el modelo lógico y la teoría sociologista.

Los sistemas clásicos, finalista y social, explican a la acción primer elemento del delito. Para el sistema clásico, también

llamada teoría causalista, la acción es un factor causal del resultado y no toma en cuenta la intención del sujeto que lo llevó a cometerlo, ya que considera a la acción como un producto causal y mecánico. Toma únicamente en cuenta la voluntad para realizar el comportamiento y no el resultado. Así para, los causalistas, existirá una conducta delictiva, sin tomar en cuenta la intención de producir el resultado, basta con que exista el nexo causal.

El sistema finalista, al referirse a la acción, dice que es un comportamiento anticipado mentalmente, a diferencia de la teoría causalista, esta corriente finalista, da contenido a la voluntad la conducta desplegada por el sujeto es realizada con la intención de producir el resultado (concepto óntico de la acción), no lo ve como un fenómeno natural de causa y efecto, sino como una acción provista de un propósito que se refleja en el resultado. Para esta teoría, toda acción delictiva lleva la intención de cometer dicho acto, dejando fuera a los delitos culposos, que son cometidos por imprudencia y no en forma intencional.

La teoría social determina como únicas conductas que importan al Derecho Penal, a aquellas relevantes socialmente es decir a las acciones de un individuo, que trascienden a la esfera de otro. Para los sociologistas, la acción es el comportamiento humano socialmente relevante.

Esta teoría representa una limitante para nuestra legislación ya que deja afuera algunas figuras delictivas, así la lesividad social de la acción en un plano anterior a la descripción legal, es más bien un juicio ético, como dice Zaffaroni, lo que es muy difícil y delicado.

Las teorías psicologistas y normativista tratan de explicar a la culpabilidad, otro elemento del delito. La primera como su nombre lo indica tiene una base psicológica consistente en un nexo mental entre el sujeto y su conducta o el resultado material, según se trate de un delito de mera conducta o de resultado material. En esta teoría psicologista hay imprecisión respecto a los delitos cometidos por culpa o negligencia, pues en éstos no existe nexo psicológico.

Para la corriente normativa la culpabilidad no es otra cosa más que un juicio de reproche. La reprochabilidad tiene existencia en tanto al sujeto se le puede exigir una conducta distinta a la realizada, es decir será culpable en tanto no haya actuado conforme a derecho pudiéndolo hacer; esta teoría tiene la ventaja de abarcar tanto los delitos dolosos, en los que se tiene la plena intención o propósito de cometer el delito, como a los delitos culposos que son cometidos por imprudencia o negligencia del sujeto.

Podemos decir que "para los psicologistas la culpabilidad es el nexo psicológico que une al sujeto con la conducta o el resultado material, en tanto que para los normativistas ésta será el nexo psicológico entre el sujeto y la conducta o el resultado material "reprochable"."¹⁴, es decir, "además de existir una relación psicológica entre el sujeto y su conducta o resultado material, también se relaciona con el orden normativo porque la ley penal le exige la observación de una conducta determinada"¹⁵

El modelo lógico explica al Derecho Penal mediante representaciones gráficas ordenadas de un conjunto de proposiciones

¹⁴ López Betancourt, Ob. Cit. Pág. 68.

¹⁵ Notas de la cátedra de la teoría del Delito impartida por el Lic. Francisco Gutiérrez Negrete.

lógicas mediante la utilización de dos latices, la primera proyectada sobre la segunda, teniendo esta última la función del latiz interpretativa. También se refieren a las aportaciones, obtenidas del modelo lógico matemático del Derecho Penal de la "teoría del tipo" traducido todo esto como una forma para conocer y adentrarse en la ciencia jurídico penal.

CAPITULO II

CAPITULO II

ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO Y SUS ASPECTOS NEGATIVOS

II.1- LA CONDUCTA.

II.1.1.- Noción y concepto de la Conducta.

La conducta analizada dentro del ámbito del Derecho Penal, se ha considerado un elemento esencial que estructura al Delito y que contribuye con los demás ingredientes constitutivos a integrarlo.

Suele aplicarse, para designar a este primer elemento del delito, los términos conducta, actos, hechos, acción, etc.

Quienes consideramos mas aceptable la expresión **CONDUCTA** en virtud de que, como afirma Jiménez Huerta, *"tal palabra es significativa de que todo delito consta de un comportamiento humano y capta el sentido finalista"*.¹⁶

Para Jiménez de Asúa, el acto, *"La manifestación de voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera, deja inerte ese mundo externo cuya mutación se aguarda."*

¹⁶ Ib. Idem.

Además, dentro del concepto conducta, pueden comprenderse la comisión y la omisión: es decir, el hacer (positivo), y el no hacer (negativo); el actuar y el abstenerse de obrar.

Porte Petit se muestra partidario de los términos conducta y hecho, para denominar el elemento objetivo del Delito: "*Pensamos - dice- no es la conducta únicamente, como muchos expresan, sino también el hecho, elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo*". Cita el apoyo de su punto de vista opiniones de Cavallo Battaglini; para el primero, el hecho "*en sentido técnico*" es el conjunto de:

"Los elementos materiales del mismo que realiza la lesión o el peligro a un interés penalmente protegido" y para el segundo, el hecho "en sentido propio, es solamente el hecho material, que comprende la acción y el resultado".¹⁷

De lo anterior se desprende que si el delito es de mera actividad o inactividad, debe hablarse de conducta; cuando el delito es de resultado material, según la hipótesis típica. Dice Porte Petit, la sola conducta agota el elemento objetivo del delito cuando por sí misma llena el tipo, como sucede en los llamados delitos de mera actividad carentes de un resultado material. La conducta es un hecho, cuando según la descripción del tipo, precisa una mutación en el mundo, es decir, un resultado material.

De manera general, se define de la siguiente manera:

¹⁷ Ib. Idem.

Es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito. También es definida como el movimiento corporal voluntario, positivo o negativo, desencadenante del proceso causal.

II.1.2.- El sujeto de la Conducta.

La conducta que implica un proceso volitivo e intelectual, supone la persona física individual como única capaz de realizarla.

Es inatendible afirmar que los animales o cosas carentes de voluntad y razón pueden ser considerados como sujetos de conducta, pero no podemos omitir el hecho de que en tiempo pasado se consideró a los animales como agentes activos del delito.

“La Historia al respecto cita al elefante *Charlie* quien fue absuelto por legítima defensa; es notable el ejemplo de un gallo que fue condenado a muerte por haberle picoteado el ojo a un niño; se recuerda el proceso impetrado en contra de un papagayo que gritaba “*Viva el Rey*”, infringiendo así las nuevas concepciones revolucionarias.”¹⁸

Es pues, la persona física, individual, único sujeto activo de la conducta.

¹⁸ Pavon Vasconcelos, Francisco, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., México, 1995, Pág. 182.

II.1.3.- Sujeto Pasivo.

Es sujeto pasivo, u ofendido, la persona que sufre o resiente la afectación de la conducta delictiva.

Se debe distinguir entre el sujeto pasivo del delito y el sujeto pasivo del daño. El primero "*es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma*" generalmente es la persona física el sujeto pasivo del Delito, pero también tiene este carácter el Estado (Delitos contra el Estado) y las personas morales, por ejemplo: un robo cometido en bienes de una sociedad mercantil, sujeto pasivo del delito son aquellos que sin ser titulares del derecho violado, resienten el perjuicio causado por la acción criminal.

Frecuentemente coinciden el sujeto pasivo del delito y del daño, como en los Delito del robo, lesiones, injurias, etc. Sin embargo algunos delitos, homicidio por ejemplo, el occiso es el sujeto pasivo del delito y los deudos, del daño.

II.1.4.- Objetos del Delito.

"En la doctrina se distingue entre el objeto jurídico y el objeto material, por el primero entendemos el bien jurídico tutelado a través de la ley penal mediante la amenaza de sanción. Puede decirse que no hay delito sin objeto jurídico, por construir en este su esencia. El objeto material, es la persona o cosa dañada que sufre el peligro derivado de la conducta delictiva, no habiéndose confundir con el sujeto pasivo, aun cuando en ocasiones este último puede al mismo tiempo

constituir el objeto material del delito, en una fórmula sintética, Luis C. Cabral considera que los bienes jurídicos son los objetos materiales o inmateriales que el derecho tutela a través de su sistema de sanciones invirtiendo la noción primeramente expuesta, en tanto Jiménez Huerta estima que como la figura típica tiene un contenido, dado que el hecho descrito se pone o infringe un bien jurídico, cuya tutela mueve al legislador a protegerlo, el objeto jurídico lo constituyen precisamente los intereses y valores de la humanidad protegidos por la figuras típicas.¹⁹

La primera condición que se requiere razona para que una conducta humana sea valorada de antijurídica es la de que lesione o ponga en peligro un interés tutelado por el derecho, esto es un bien jurídico. Sin lesión o peligro de lesión para un interés de la vida humana, individual o colectivo, jurídicamente tutelado, falta la primera condición requerida para la integración de la esencia propia de lo antijurídico pues si lo antijurídico es lo que contradice el derecho de este ontológicamente tiene por objeto proteger y regular los intereses de la vida humana, la conducta que no lesiona o no pone en peligro un bien jurídico no puede ser valorada como ilícita.

II.1.5.- Elementos de la acción.

Al respecto señala Porte Petit: *“Generalmente se señalan como elemento de la acción, la manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad”*. Jiménez de Asúa estima que son tres: manifestación de voluntad, resultado y relación de causalidad.

¹⁹ Pavón, Ob. Cit., Pag. 189.

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

II.1.6.- Elementos de la omisión.

En la omisión, existe una manifestación de voluntad que se traduce en NO ACTUAR, se concluye entonces que los elementos de la omisión son:

- a) Voluntad.
- b) Inactividad.

La voluntad encaminada a no efectuar la acción ordenada por el derecho. Franz Von Liszt la define como: *"no ejecutar voluntariamente, el movimiento corporal que debiera haberse efectuado. Precisa la existencia del deber jurídico de obrar."*

II.- 1.7.- Causas de falta o ausencia de conducta.

1.- Vis Absoluta: Fuerza irresistible proveniente de otro humano.

2.- Impedimento físico.

3.- Vis Mayor: Fuerza de la naturaleza.

4.- Cualquier otra causa que anule la voluntad: Entre los que tenemos el sueño, sonambulismo, hipnotismo, movimientos reflejos.

II.2.- LA TIPICIDAD.

II.2.1.- Ideas generales del tipo y la tipicidad.

Se ha sostenido que el Derecho Penal se justifica en su propio fin de tutelar, fundamentales bienes de cuya manutención depende la vida gregaria; por ello, sus preceptos consignan conductas reputadas como dañosas y conminan su realización con severas penalidades. El Derecho Penal selecciona describiendo en sus disposiciones, aquellas conductas declaradas delictuosas. Es aquí donde surgen los conceptos tipo y tipicidad que revisten trascendental importancia en el estudio dogmático analítico del Delito.

"Tipo, es la figura abstracta e hipotética contenida en la Ley, que se manifiesta en la simple descripción de una conducta o de un hecho y sus circunstancias. Dicho de otro modo, Tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos legales."²⁰

La tipicidad, es otro de los elementos esenciales del Delito cuya ausencia impide su configuración, habida cuenta de que nuestra Constitución Federal, en su art. 14, establece en forma expresa: "En los Juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía

²⁰ López, Ob. Cit. Pág. 116.

y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una Ley exactamente aplicable al Delito de que se trate”, lo cual significa que no existe Delito sin tipicidad.

Por tipicidad entendemos: La adecuación de una conducta concreta dada en la realidad con la descripción legal formulada en abstracto. Afirmamos que la conducta es típica cuando se superpone o encuadra exactamente a la prevista. La tipicidad exige, para su conformación, un agotamiento exhausto de la conducta en concreto a la descrita abstracta e indeterminadamente en la ley, es decir, cuando se encuentran todos los elementos del tipo.

II.2.2.- Elementos del tipo.

Elementos del tipo penal: Hay tanto elementos objetivos como subjetivos.

I.- Objetivos: Son exteriores al individuo según Berling, tipo avalorado y neutro y son los siguientes:

- a) Conducta.- Como ya fue mencionado en puntos anteriores; es el movimiento corporal voluntario, positivo o negativo, desencadenante del proceso causal.
- b) Sujetos.
 - I) Activo: Persona física individual que desarrolla la acción criminosa. Según el tipo en cuestión requerirá de:

- Calidad: Característica propia del sujeto para que se pueda tipificar (calidad de padre, hijo, etc.); y
- Número: En algunas ocasiones el tipo penal requiere determinado número de individuos para satisfacer el mismo, tal es el caso de la asociación delictuosa.

II) Pasivo: Persona que sufre o resiente la afectación de la conducta delictiva; el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma

c) Objetos

I) Jurídico: Bien jurídico tutelado por la ley penal.

II) Material: Persona o cosa dañada que sufre el peligro derivado de la conducta delictiva.

d) Nexo causal: Es el vínculo entre la conducta desplegada y el resultado dado en la realidad.

e) Resultado: Modificación del mundo exterior, provocada por la conducta.

f) Especiales medios o formas de ejecución: El tipo penal frecuentemente hace referencias a circunstancias de carácter especial, (ejemplo en una violación, si no hay violencia física o moral no se da el tipo penal de violación).

g) Modalidades de lugar, tiempo y ocasión.

II.- Subjetivos: Se encuentran en el intelecto del sujeto activo y son:

a) Animo.

- b) Propósito.
- c) Fin.
- d) Sabiendas.
- e) Normativos: Son valoraciones ético-sociales contenidas en la significación que la colectividad hace de conceptos tales como castidad, honestidad, probidad, honra, ajeneidad, propiedad, posesión.

II.2.3.- Clasificación de los tipos.

a) Normales.- Se caracterizan por involucrar elementos puramente objetivos (homicidio, lesiones).

Anormales.- Incorporan componentes de índole subjetivo (fraude, injurias= o normativo (estupro, rapto).

b) Básico Especiales y Complementados.- Es básico cuando sus elementos descriptivos son el fundamento esencial de otros tipos especiales. Los Delitos de infanticidio y parricidio constituyen tipos especiales por tener como fundamento la privación de la vida (homicidio) que es el tipo básico, pero gozan de independencia del tipo básico. Los complementados suponen la existencia del tipo básico y lo complementan, tienen una característica propia pero no excluyen al básico.

Los Complementados y Especiales pueden ser Agravados o Privilegiados; en los primeros la penalidad del tipo básico es más severa por aparecer determinadas circunstancias como el homicidio calificado;

para los segundos, la penalidad del tipo básico es atenuada, como el homicidio en riña.

II.2.4.- Ausencia de tipo y de tipicidad.

Cuando no se integran todos los elementos descriptivos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad." La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo penal. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa."²¹

Suele distinguirse entre ausencia de tipo y de tipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los Delitos. La ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada.

En el fondo, en toda atipicidad hay falta de tipo; si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él, no existe tipo.

Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes:

- 1) Ausencia de la calidad o del número exigido por la ley en cuanto a los sujetos Activo y Pasivo.
- 2) Falta del objeto material o del objeto jurídico.

²¹ López, Ob. Cit. Pág 130.

3) Cuando no se dan la referencias temporales o especiales requeridos en el tipo.

4) La no realización del hecho por los medios comisivos específicamente señalados por la ley.

5) Falta de los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos; y Por no darse, en su caso, la antijuricidad especial.

II.3- ANTIJURIDICIDAD.

II.3.1.- Definición.

El delito es conducta, humana; pero no toda conducta humana es delictuosa; precisa, además que sea típica, antijurídica y culpable. Estudiaremos ahora el elemento antijuricidad, esencialísimo para la integración del Delito.

Como la antijuricidad es un concepto negativo, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario al Derecho.

La teoría de la antijuricidad adquirió seriedad y consistencia jurídica con los estudios realizados por el profundo jurista alemán Carlos Binding en 1872.

Carrara, había sostenido que el delito era *"lo contrario a la Ley"*.

Binding rechazó esta tendencia y puntualizó enfáticamente que el delincuente no viola la ley penal, sino que se ajusta perfectamente a ella. El Código Punitivo, no prohíbe conducta, sino que se concreta a describirlas. El delincuente quebranta la norma que está por encima de la ley, violando así la norma prohibitiva, "no matarás", la cual justifica el propio precepto jurídico. El decálogo constituye un libro de normas que contienen prohibiciones como: "no hurtarás", "no levantarás falsos testimonios", etc. Estas normas ético-prohibitivas son las que transgrede el delincuente al adecuar su conducta a la descrita en el precepto legal. La norma crea lo antijurídico y la ley penal, el delito: por ello sería preferible no hablar de antijuricidad, sino de lo contrario a la norma.

Atinadamente ha expuesto I. Villalobos: *"El Derecho Penal, para quienes no compartimos la interpretación demasiado cortante que se ha dado a las ideas de Binding, no se limita a exponer penas: Como guardián del orden público es el mismo el que señala los actos que deben reprimirse y por ellos es incuestionable que lleva implícito en sus preceptos un mandato o una prohibición que es lo substancial y lo que resultan violado por el delincuente."*²²

Cuando la ley conmina con una sanción a los homicidios o a los ladrones, debemos entender que prohíbe el homicidio o el robo y resulta extremadamente sutil y formalista pretender que quien se apodera de lo ajeno cumple con la ley o se ajusta a ella.

Max Ernesto Maye (1903), quien era, en el fondo partidario de Binding, creó la novedosa teoría de "las normas de

²² Ib. Idem.

cultura". Al estudiar analíticamente el concepto de antijuridicidad, concluye que el orden jurídico es en realidad un orden cultural y que, por lo tanto, la antijuridicidad es la infracción de las normas de cultura reconocida por el Estado. La armonía de lo social obedece al cumplimiento de ciertas órdenes de prohibiciones que constituyen las normas de cultura, acogidas por el Derecho.

II.3.2.- Antijuridicidad formal y material.

La antijuridicidad constituye un concepto unitario, es el resultado de un juicio sustancial. Sin embargo, Franz Von Liszt ha elaborado una doctrina dualista de la antijuridicidad, el acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la ley) y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.

Según Cuello Calón, hay en la antijuridicidad un doble aspecto: La rebeldía contra la norma Jurídica (formal) y el daño o perjuicio social causado por esta rebeldía (material). Para Villalobos la infracción de las leyes significa una antijuridicidad formal y el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan constituye la antijuridicidad material. Si toda sociedad se organiza formalmente es para fijar las normas necesarias para la vida del grupo y por ello el Estado proclama sus leyes en donde da forma tangible a dichas normas.

II.3.3.- Ausencia de Antijuridicidad.

Las causas de justificación eliminaron la antijuridicidad de la conducta. La eliminación de este esencial elemento del delito, requiere una expresa declaración. La oposición de la conducta al orden jurídico, no se presenta cuando así lo determine la propia ley. Esto no sucede con los elementos conducta, imputabilidad y culpabilidad, por no constituir elementos formales, sino como lo afirma I. Villalobos, se trata de puras esencias que se desintegran al influir circunstancias o condiciones especiales.

Es decir, cuando en un hecho presumiblemente delictuoso falta la antijuridicidad, podemos decir que no hay delito, por la existencia de una causa de justificación.

II.3.4.- Causas de Justificación.

Son autorizaciones legales para cometer la conducta prohibida por la norma o para omitir la acción impuesta por ésta.

De lo anterior inducimos que las Causas de Justificación, deben estar señaladas expresamente por la ley.

El artículo 33 del Código Penal para el Estado de Guanajuato establece:

El delito se excluye cuando:

I.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;

II.- Falte alguno de los elementos del tipo penal de que se trate;

III.- Se obre en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho;

IV.- Se actúe con el consentimiento válido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquéllos de que pueden disponer lícitamente los particulares;

V.- Se obre en defensa de bienes jurídicos, propios o ajenos, contra agresión ilegítima, actual o inminente, siempre que exista necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla o impedir la;

VI.- En situación de peligro para un bien jurídico, propio o ajeno, se lesione otro bien para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a) Que el peligro sea actual o inminente;
- b) Que el titular del bien salvado no haya provocado dolosamente el peligro; y
- c) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

No operará esta justificante en los delitos derivados del incumplimiento de sus obligaciones, cuando las personas responsables tengan el deber legal de afrontar el peligro;

VII.- Al momento de realizar el hecho típico y por causa de enfermedad mental que perturbe gravemente su conciencia, de desarrollo psíquico incompleto o retardado o de grave perturbación de la conciencia sin base patológica, el agente no tenga la capacidad de

comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión.

Cuando el agente sólo haya poseído en grado moderado la capacidad a que se refiere el párrafo anterior, se estará a lo dispuesto en el artículo 35;

VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

- a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o
- b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por los artículos 15 y 16, según corresponda;

IX.- Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; o

X.- El resultado típico se produce por caso fortuito.

1.- Consentimiento del sujeto pasivo.

2. Legítima defensa.

Es la acción necesaria para rechazar una agresión real, actual o inminente y sin derecho; debe de existir la necesidad de defensa y racionalidad de los medios empleados y sin que medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o persona a quién se le defienda.

Comprende la legítima defensa no solo la de la propia persona, bienes y honor, sino que se extiende a la de la persona, bienes y honor de otra. (Artículo 33, fracción II del Código Penal para el Distrito Federal)

3. Estado de necesidad.

Es la situación de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente que no haya sido ocasionado por el agente en forma dolosa, y que como resultado se lesione otro bien de menor o igual valor. Para que pueda darse este Estado de necesidad cabe señalar que tal estado de peligro no pueda ser evitado por otros medios. (art. 33 fracción VI).

4. Cumplimiento de un deber.

Refiere a la causa de justificación derivada de la acción ejecutada en estricta observación de una obligación impuesta por el Derecho en determinadas situaciones, no obstante que esta clase de conducta puede originar la producción de un delito, la misma permanece impune.(art. 33 fracción III).

5. Ejercicio de un derecho.

Es aquel comportamiento autorizado en la ley que, particularmente, lesionan bienes jurídicos de terceros, bajo la idea de que quien ejercita su derecho actúa justificadamente, cualquiera que sea el precepto y cuerpo de leyes al que pertenezca, pero tal derecho no debe ejercerse con el sólo propósito de perjudicar a otro (artículo 33 fracción IV).²³

II. 4.- IMPUTABILIDAD.

II.4.1.- Imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad.

La imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, es la capacidad en general, atribuible a un sujeto para cometer cualquier clase de infracción penal, también, capacidad para ser sujeto pasivo de una sanción penal.

Podemos decir que en la imputabilidad constituye un estado psicológico en el cual se encuentra el sujeto respecto a la realización externa de su comportamiento. La imputabilidad tiene 2 elementos:

- a) Intelectual.- Conocer y entender.
- b) Volitivo.- Querer.

²³ Ib. Idem.

La imputabilidad hace referencia a propiedades de tipo psicológico, que en el sujeto deben concurrir al momento de cometerse la infracción para tenerlo como sujeto apto o capaz de responder ante el Estado de su ilícito obrar. Con frecuencia se le identifica como la "capacidad" del Derecho Civil; así como un sujeto debe tener capacidad para celebrar actos jurídicos, así en Derecho Penal, el sujeto debe poseer esas cualidades de aptitud psíquica exigidas por la ley para responder de su conducta delictuosa.

La imputabilidad se presenta en abstracto, no en concreto como la culpabilidad. Un sujeto puede ser imputable y jamás cometer delito alguno; en cambio, la culpabilidad reclama necesariamente una conducta típica y antijurídica.

"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 responder así ante el estado y la sociedad de sus acciones contrarias al ordenamiento jurídico-Penal."²⁴

Dentro de la mecánica que juegan los elementos del delito, se ha discutido con singular interés la posición de la imputabilidad, en nuestro país. Porte Petit, afirma insistentemente en la postura de situar a la imputabilidad como presupuesto general del Delito. Mezger la ubica dentro e la contextura esencial de la culpabilidad considerándola elemento de ella, además del dolo y la culpa. Nos dice así, "...el dolo y la culpa son tan solo -elementos de la culpabilidad-

²⁴ López, Ob. Cit. Pág. 170.

formas de la culpabilidad, y que al lado del dolo y respectivamente de la culpa, pertenece a la culpabilidad, la imputabilidad del autor...".

Para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad, también intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad.

La definición que dan algunos penalistas sobre la imputabilidad son las siguientes:

1. "La imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente."
2. "Es la capacidad de obrar en Derecho Penal, es decir, de realizar actos referidos al Derecho Penal que traigan consigo las consecuencias de la infracción."
3. "En pocas palabras se puede definir como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal."

II.4.2.- La Responsabilidad.

Es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el derecho realizado.

Se usa el término **“responsabilidad”** “para significar la situación jurídica en que se coloca el autor de un acto típicamente contrario al Derecho, así los fallos judiciales suelen concluir con esta declaración, teniendo al acusado como penalmente **responsable** del delito que motivó el proceso y señalar la pena que le corresponde.”²⁵

II.4.3.- “*Actiones Leberae in Causa*”.

La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho; pero en ocasiones el sujeto antes de actuar, voluntaria o culposamente se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito.

Si al actuar un sujeto carecía de capacidad necesaria para entender y querer, pero tal estado se procuró dolosa o culposamente, encuéntrase el fundamento de la imputabilidad; por ello el resultado le es imputable y da base para declararlo como tal.

II.4.4.- La Inimputabilidad.

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad consistente en la incapacidad de querer y entender en el mundo del derecho. Las causas de inimputabilidad son todas 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.

²⁵ Ib. Idem.

Las causas de inimputabilidad, las preve el Código Penal para el Estado de Guanajuato en su art. 33 fracc. VII de la siguiente manera:

"Al momento de realizar el hecho típico y por causa de enfermedad mental que perturbe gravemente su conciencia, de desarrollo psíquico incompleto o retardado o de grave perturbación de la conciencia sin base patológica, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión.

Quando el agente sólo haya poseído en grado moderado la capacidad a que se refiere el párrafo anterior, se estará a lo dispuesto en el artículo 35.

El artículo 35 del mismo ordenamiento hace mención a una inimputabilidad parcial:

"Al agente que, encontrándose en el supuesto previsto en el último párrafo de la fracción VII del artículo 33, se le aplicará una punibilidad de un tercio del mínimo a un tercio del máximo de la establecida para el delito de que se trate.

Si la imposición de una pena privativa de libertad se considera perjudicial para el debido tratamiento del agente por mediar circunstancias patológicas, se aplicará solamente una medida de seguridad curativa.

II.5.- LA CULPABILIDAD.

II.5.1.- Noción de la Culpabilidad.

Se indicó en puntos anteriores, que la imputabilidad funciona como presupuesto de la culpabilidad y constituye la capacidad del sujeto para entender y querer la ilicitud de su hecho en el campo penal; corresponde ahora, externar una noción sobre la culpabilidad.

Una conducta será delictuosa no sólo cuando sea típica y antijurídica, sino además culpable –según Cuello Calón-, cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ellas y su autor; debe serle jurídicamente reprochada. Jiménez de Asúa, dice al respecto, que en más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentalmente la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.

Porte Petit, “define la culpabilidad como el anexo intelectual y emocional, que liga al sujeto con el resultado de su acto, posición sólo válida para la culpabilidad a título doloso, pero no comprende los delitos culposos o no intencionales.”

Para Villalobos, *“La culpabilidad, genéricamente consiste en el desprecio de sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlos, desprecio que se manifiesta por franca oposición, nacida por el interés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa.”*²⁶

²⁶ Pavón, Ob. Cit. Pág. 394.

II.5.2.- Formas de la Culpabilidad.

La culpabilidad según el Código Penal de Guanajuato en su artículo 40 anterior a las reformas del 2000, menciona que puede ser de tres formas y son: Dolo, Culpa y Preterintención, según la voluntad del agente; ya sea que la dirija conscientemente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, cause igual resultado por medio de la negligencia o imprudencia, o cause un resultado mayor al querido o aceptado en forma culposa.

En el dolo; el agente, conociendo la significación de su conducta, procede a realizarla. En la culpa consciente o con previsión, se ejecuta el acto con la esperanza de que no ocurrirá el resultado; en lo inconsciente o sin previsión, no se prevee un resultado previsible; existe también descuido por los intereses de los demás. En la preterintención el agente prevee un resultado, pero el dado en la realidad vá más allá de su voluntad.

II.5.3.- El Dolo y sus elementos.

Existe acuerdo en la doctrina en que el dolo se conforma de dos elementos, conocimiento y voluntad. En lo que no existe acuerdo en la determinación del contenido de uno y otro y cuál de ellos debe prevalecer.

A. COGNITIVO

El conocimiento es el presupuesto de la voluntad, toda vez que no se puede querer lo que no se conoce, como señala Hassemer, no

se puede concebir una voluntad vacía de contenido, por ello se debe dejar sentada la existencia del conocimiento como elemento del dolo.

De acuerdo con el diccionario de la Lengua Española, el conocimiento es definido como acción y efecto de conocer, entendimiento, inteligencia razón natural, de ello se deduce que todo conocimiento supone un conocer, lo cual implica grabar en las conciencia palabras, ideas, conceptos y experiencias que inconscientemente se tienen disponibles en la memoria. Retomando nuevamente lo establecido en el diccionario de la Lengua Española conocer proviene del latín cognoscere y significa: Averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas/ percibir objeto como distinto de todo lo que no es el/ presumir o conjeturar lo que puede suceder.

De esta guisa, el conocimiento presume una serie de conocimientos particulares sobre la naturaleza, la vida, la ciencia, el aire etc., los cuales se han adquirido a través de un proceso intelectual.

La concepción hasta ahora planteada de conocimientos hace mención en general a todos los conocimientos, tanto aquellos que adquirimos en la vida diaria producto de nuestra experiencia, como aquellos que requieren de un aprendizaje especial, no es lo mismo saber que la existencia de nubes oscuras en el cielo y la presencia de rayos o relámpagos presagian que va a llover, a saber por que se manifiesta ese fenómeno de la naturaleza. Para saber que va a llover basta con la experiencia general de la vida cotidiana en periodos de lluvia. Por lo contrario para saber porque llueve y porque pueden existir descargas eléctricas entre las nubes o entre las nubes y la tierra, se necesita de

conocimientos especiales, que han supuesto su estudio sea en la escuela a través de la lectura de libros sobre la materia, vía internet.

Como sabemos, los tipos penales describen conductas y resultados a los cuales se les vincula una pena.

Mientras que la descripción de la conducta es genérica, el resultado en cambio, es preciso. La conducta de matar ofrece una multitud de posibilidades en la realidad, por decirlo así hay mil y un formas de matar.

Pero sería imposible, describir previamente todas ellas en un Código Penal por lo cual la técnica legislativa seguida es la de referirse en el tipo a la conducta de matar, la cual dentro de su generalidad es suficientemente precisar para no violar la garantía de legalidad impuesta por la Carta Magna. El resultado por el contrario, esta claramente identificado, sólo hay una muerte en el sentido jurídico penal.

Conforme a los lineamientos anteriores, el ciudadano conoce la prohibición de matar y por lo tanto, su obligación de abstenerse de realizar aquellas conductas que ponen en grave peligro la vida del otro. Sobre estas descripciones tanto de la conducta como del resultado prohibido recaen los conocimientos de quien obra dolosamente.

A la pregunta ¿Que debe conocer el autor en tipos básicos como el de homicidio?. Se puede responder con gran facilidad pues basta con que el sujeto sepa que está prohibido privar de la vida a otro, mas el conocimiento de los elementos normativos representa mayores

problemas en comparación con el conocimiento de los elementos descriptivos.

Pues es más fácil que el hombre medio tenga conocimientos sobre la prohibición de privar de la vida a otro que saber quien, a efectos de responsabilidades penal, tiene la calidad de servidor público o que se debe entender por ajeno, falso documento o lascivo todos ellos son conceptos que requieren de un conocimiento más elaborado dado que requieren de una comprensión espiritual.

Desde el descubrimiento de los elementos normativos por Mayer su existencia se ha ido reforzando cada vez más el grado de llegar a la conclusión de que incluso aquellos elementos considerados como puramente, descriptivos tienen también un contenido normativo por ejemplo, la determinación de la muerte a efectos penales no corresponde al concepto de la muerte biológica, sino que ha ido cambiando hasta llegar a su determinación a partir de criterios biológico-normativo-valorativos.

"Para English, los elementos normativos son aquellos que sólo pueden ser representados y concebidos bajo el presupuesto lógico de la norma por ejemplo ajeno, buenas costumbres, reprochable injuria, etc., son elementos que requieren acudir a una norma jurídica o social para determinar su significado y en consecuencia deben ser considerados como elementos normativos, sin embargo no importa tanto la separación entre los elementos descriptivos y normativos porque la mayoría de tipos los entremezclan dominando en algunos casos el elemento normativo y en otros el descriptivo."²⁷

²⁷ Díaz Aranda, Enrique, Dolo, Editorial Porrúa, S. A. México, 2000, Pág. 133.

B. VOLITIVO

El contenido de la voluntad como elemento del dolo es el punto más controvertido.

De acuerdo con la concepción psicológica de la culpabilidad propia del sistema clásico, esa voluntad debía de provocar un resultado típico y antijurídico, con la inclusión de elementos normativos en la culpabilidad por el sistema neoclásico surgieron los primeros problemas de la voluntad como elemento rector del dolo, pues ya no era tan trascendente el nexo psicológico entre el autor y el resultado antijurídico sino la valoración normativa, el reproche que podía realizar el autor por su conducta de todas formas, el dolo mantuvo su componente psicológico y aun que atenuado, en su importancia, la voluntad siguió desempeñando su función de elemento que abarca tanto la conducta como la provocación de un resultado típico y antijurídico.

El problema de la teoría final radicó en la inclusión del resultado como elemento de la voluntad dolosa, dado que ello presuponía el haberlo previsto como fin de la conducta como una consecuencia necesaria o como un resultado concomitante.

Empero el autor puede desarrollar una conducta y no necesariamente haberse representado uno o varios resultados típicos, los cuales suceden después de su actuar.

Esa falta de previsión excluía la voluntad como factor de dirección de procesos causales y por lo tanto el dolo del autor.

En contrapartida, puede ser que el autor se haya representado el resultado, y pese a ello no quiera, es más, repudie que ello suceda y con esa esperanza actúe resultando que ese resultado no querido o deplorado se verifica en la realidad. En estos supuestos el sistema finalista volvía a tener dificultades para establecer cuándo estamos ante un supuesto de dolo eventual y cuándo ante una culpa consciente.

De acuerdo con lo anterior podemos desentrañar a que se refiere el legislador penal mexicano cuando alude a la conducta dolosa como aquella en la cual sujeto activo quiere o acepta el resultado típico.

Al hacer mención del querer o aceptar el legislador penal mexicano no sólo abarca en el dolo la voluntad en el sentido de querer el resultado típico desear perseguir, aprobar o consentir con agrado sino también quien acepta, aunque sea a disgusto en otras palabras, también obra dolosamente quien se conforma o se resigna con llevar adelante la conducta que estadísticamente y de acuerdo con el pronóstico concreto del autor, probablemente puede causar el resultado.

II. 5.3.1.- Tipos de dolo.

- a) "Directo: El resultado coincide con la voluntad del agente.
- b) Indirecto: Se requiere la obtención de un resultado pero también se tiene la certeza de que además se van a obtener otros resultados.
- c) Eventual: Se quiere un resultado pero se prevee la posibilidad de la obtención de otros resultados.

- d) Indeterminado: Es el afán de delinquir por delinquir; se lleva a cabo sin querer un resultado específico sabiendo que se va a producir algún resultado.”²⁸

II.5.4.- La Culpa y las clases de Culpa.

En ausencia de dolo o culpa no hay culpabilidad y sin ésta el Delito no se integra.

Existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley – definición dada por el maestro Cuello Calón-.

Actúa culposamente quien infringe deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever. (Edmundo Mezger).

ELEMENTOS.

□ Una conducta humana, es decir, un actuar voluntarioso (sea positivo o negativo).

□ Que esa conducta voluntariosa se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado, ya que, por los resultados del acto han de ser evitables y previsibles y tipificarse penalmente.

□ Por último, precisa una relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido.

²⁸ Apuntes de Teoría del Delito.

CLASES.

1) La culpa consciente o con previsión, existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible; pero no solamente no lo quiere, sino que abriga la esperanza de que no ocurrirá.

2) La culpa inconsciente o sin previsión, cuando no se prevee un resultado previsible.

II.5.5.- La Preterintención.

El Código Penal para el Estado de Guanajuato en materia de fuero común, señala una tercera forma de culpabilidad en su artículo 15, LA PRETERINTENCION se define en el 43 del mismo ordenamiento, pero anterior a las reformas.

“Obra con preterintención quién causa un resultado típico mayor al querido o aceptado, si el mismo se produce culposamente”, reconociéndose así que la preterintención no es sólo 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.

II.5.6.- La Inculpabilidad.

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad, la inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: Conocimiento y Voluntad.

En estricto rigor, las causas de inculpabilidad serían:

1. El error esencial de hecho (ataca el elemento intelectual).
2. La coacción sobre la voluntad (afecta el elemento volitivo).

Al faltar uno o más de sus elementos constitutivos algo se anula o no puede integrarse. Si la culpabilidad se forma con el conocimiento y la voluntad, sólo habrá inculpabilidad en ausencia de cualquiera de los dos factores o de ambos.

II.6.- LA PUNIBILIDAD.

II.6.1.- Noción de la Punibilidad.

“La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción.”²⁹

Existe controversia entre la dogmática penal en sí, es un elemento del delito o una consecuencia del mismo.

Por lo tanto, la punibilidad es:

- a) Merecimiento de pena.

²⁹ Pavón, Ob. Cit. Pág. 487.

- b) Conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales; y,
- c) Aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley.

El artículo 38 del Código Penal de Guanajuato, señala las penas y medidas de seguridad aplicables en nuestro Estado:

- I.- Prisión.
- II.- Semilibertad.
- III.- Trabajo a favor de la comunidad.
- IV.- Sanción pecuniaria.
- V.- Decomiso de los instrumentos del delito y destrucción de cosas peligrosas y nocivas.
- VI.- Suspensión, privación e inhabilitación de derechos, destitución o suspensión de funciones o empleos e inhabilitación para su ejercicio y desempeño.
- VII.- Prohibición de ir a una determinada circunscripción territorial o de residir en ella.
- VIII.- Las demás que prevengan las leyes.

II.6.2.- Ausencia de Punibilidad.

En función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena; constituye un factor negativo de la punibilidad. 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 de Equidad, de acuerdo con la prudente Política criminal. En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del Delito (conducta o hecho,

tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición (es la concientización de la pena), pero no se destruye la punibilidad.

CAPITULO III.

CAPITULO III

CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS

III.1.- EN FUNCIÓN DE SU GRAVEDAD.

Primero se dividió por su gravedad, con dos sistemas que clasifican a las infracciones penales. El primero es el que las divide en crímenes, delitos y contravenciones; el segundo es el que los clasifica en delitos y contravenciones únicamente por lo que al primer sistema se le ha denominado clasificación tripartita y al segundo clasificación bipartita.

A) CLASIFICACION TRIPARTITA.

"Esta clasificación es ya antigua, comprende a los crímenes, delitos y contravenciones fue defendida por los juristas anglosajones en el siglo XVIII, como Carpzovius."³⁰

Su fundamento se encuentra en la literatura penal del período filosófico, donde se distinguieron los crímenes que lesionaban los derechos naturales como la vida, la libertad entre otros, los delitos siendo aquellos que violaban los derechos nacidos por el contrato social, como la propiedad y por último las contravenciones, que infringían disposiciones y reglamentos de policía.

A esta clasificación se le reconoció una utilidad práctica para marcar la competencia de los tribunales, así mismo se dice que

³⁰ López, Ob. Cit. Pág. 270.

realiza una individualización de la gravedad de la conducta delictiva, profundamente arraigada en la conciencia popular, la cual no acepta los hechos que constituyen un crimen.

B) CLASIFICACION BIPARTITA

Esta clasificación del delito, en relación a la gravedad, comprende a los delitos y contravenciones se ha dicho que es más favorable por considerar que entre los delitos y los crímenes no hay diferencias esenciales, sino tan sólo de cuantía, mientras que entre el delito y la contravención si hay profunda diversidad de naturaleza y cualidad.

Los delitos contienen una lesión efectiva o potencial en el ámbito jurídico y en los intereses protegidos, así mismo van en contra de las normas de moralidad y son hechos inspirados en intención malévola mientras las contravenciones son hechos inocentes, indiferentes en sí mismos, realizados sin mala intención solamente constituyen un peligro para el orden jurídico y por ello se sancionan a título preventivo.

III. 2.- SEGÚN LA FORMA DE LA CONDUCTA DEL AGENTE.

Jiménez de Asúa comienza diciéndonos que el acto abarca tanto el hacer como el omitir. Así mismo manifiesta que las primitivas categorías de delitos de acción y de omisión han sido completadas en el siglo XIX como los llamados en Alemania impropios delitos de omisión y en Francia delitos de comisión por omisión.

1.- Acción. Son los delitos en los que se requiere que el sujeto activo realice movimientos corporales para la ejecución del mismo.

2.- Omisión. La omisión simple y la comisión responden a la naturaleza de la norma, si esta es prohibitiva: no matarás, su quebrantamiento crea un delito de acción si es imperativa: socorrerás, el hecho de vulnerarla supone un delito de omisión, esto es de naturaleza absolutamente meridiana.

III. 3.- POR EL RESULTADO.

“Para Jiménez de Asúa no existe delito sin resultado, el resultado no es solamente el daño cometido por el delito, tampoco el cambio material en el mundo exterior, sino también en mutaciones del orden moral.

1.- Formales. Son los delitos de simple actividad o meros delitos de acción.

2.- Materiales. Son delitos de resultados externo.”³¹

Se cree que lógicamente existe en todo delito una actividad y un resultado, en los delitos formales o de simple actividad, esos dos momentos coinciden en el tiempo y se sueldan íntimamente.

³¹ Jiménez de Asúa, Luis, Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1990, 215.

Si se tiene presente lo relativo al concepto de resultado, es clara la distinción entre delitos formales y de resultado, también llamados materiales. Esta distinción nacida en Alemania como consecuencia de la aceptación del concepto naturalístico o material del evento ha sido en la actualidad sumamente criticada, si se acepta que el resultado se identifica con el cambio en el mundo exterior producido por la conducta del sujeto, mutación de carácter material y correspondiente al contenido concreto y determinado del delito, como diría Liepmann, indudablemente existen delitos sin resultado material, a éstos se les ha denominado delitos de simple actividad o formales, los cuales se agotan con el simple hacer o el omitir del sujeto. Por lo contrario cuando con relación al modelo legal se hace necesaria una determinada mutación material del mundo externo al agente, se está frente a los delitos de resultado o materiales. La afiliación a la concepción jurídica o formal hace carecer de importancia la distinción entre delitos formales y materiales ya que de acuerdo con tal criterio todos los delitos tienen un resultado sea este jurídico y material. No obstante sigue teniendo aceptación esta calificación para distinguir las figuras consumadas con la mera actividad de aquellas que han de menester de un evento de naturaleza material. En la misma concepción jurídica o formal el resultado supone siempre una mutación en el mundo valorativo o jurídico aunque tal transformación pueda en ocasiones, coincidir con una material dando nacimiento a un delito de resultado, de ahí precisamente el interés de seguir conservando ésta ha sido considerada ya como una clasificación clásica.

Maggiore, al referirse a esta cuestión, afirma que el delito material es que no se consuma sino al verificarse el resultado material y delito formal, es el que perfecciona con una simple acción u omisión, haciendo abstracción de la verificación del resultado. Evidentemente, el

hecho de distinguir entre delitos formales y materiales tiene una utilidad práctica dado que con el propio Maggiore argumenta, en tanto que los delitos materiales admiten la tentativa por desarrollarse a través de un iter criminis (un camino del crimen), los delitos formales no lo admiten, pues la simple tentativa basta para consumarlos jurídicamente.

Mezger coincide cuando dice en conexión íntima con el concepto del resultado externo se haya la distinción, frecuentemente establecida entre los llamados delitos de simple actividad, (puros delitos de acción, delitos formales) y los llamados delitos de resultado (delitos materiales). En los llamados delitos de simple actividad se agota el tipo penal en el movimiento corporal del agente no siendo necesario, el resultado externo... Por lo contrario, en los llamados delitos de resultado, el tipo exige, además del movimiento corporal del agente, un resultado externo.

III.4.- POR EL DAÑO QUE CAUSAN.

1.- Lesión. Son los que aparecen con más frecuencia en las legislaciones penales y en ellos pertenece a la tipicidad, la lesión de un determinado bien jurídico, por ejemplo la muerte en el homicidio y las heridas en las lesiones. Causan un daño directo y efectivo en los bienes jurídicos tutelados.

2.- Peligro. En este tipo de delitos, sólo se exige que se haya puesto en riesgo, el bien jurídico protegido por el derecho penal. No causan un daño directo, pero ponen en peligro al bien jurídico tutelado de sufrirlo

Se resume diciendose que el peligro es la posibilidad inmediata, la posibilidad cognoscitiva de la producción de un acontecimiento dañoso determinado.

Al respecto los penalistas acostumbran clasificar a este en delitos de peligro en abstracto y delitos de peligro en concreto. En los primeros se exige que se demuestre en cada caso que realmente se haya producido el peligro, en cambio en el caso de los segundos, el delito representa un peligro específico de los bienes jurídicos protegidos, la consecuencia penal no depende de que se demuestre el caso concreto, la situación de peligro especial.

III. 5.- POR SU DURACIÓN.

1. El delito instantáneo. Se consuma en un momento con una sola actuación de la voluntad criminal, situación que ocurre en la mayoría de los delitos.

2. Delito permanente o continuo. Indica una persistencia en el resultado del delito, durante el cual mantiene la voluntad criminal, como podría ser el caso de la detención ilegal y el rapto, entre ellos.

3. Delito que crea un delito. En éste la permanencia no depende de que la voluntad persista, una característica es que una vez consumada su ejecución por un acto instantáneo crea una situación antijurídica, que no está en la voluntad del autor cancelar, por ejemplo la bigamia.

III. 6.- POR EL ELEMENTO INTERNO O CULPABILIDAD.

Los delitos preterintencionales son aquellos en cuya realización se da la fórmula de obtener un resultado mayor al deseado, de no haber tenido la intención de causar un mal de alta gravedad como el que produjo, el medio empleado traduce o niega esa falta de dolo del grave resultado.

1. De dolo. Es cuando el delito produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta un deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.

2. De culpa. Es cuando se realiza un acto que pudo y debió ser previsto, y que por falta de prevención en el agente produce un resultado dañoso.

III.7.- DELITOS UNISUBSISTENTES Y PLURISUBSISTENTES.

"1.- Será un delito unisubsistente, el que consuma con la realización de un solo acto.

2.- El delito será plurisubsistente, para cuando su consumación se requiera de la concurrencia de varios actos.”³²

Unisubsistentes, cuando es suficiente un solo acto para cometer un delito.

Plurisubsistentes, necesariamente requieren la concurrencia de dos o más actos en la realización del ilícito.

El delito es unisubsistente cuando la acción se agota en un solo acto el plurisubsistente cuando la acción requiere, para su agotamiento, de varios actos el acto dispositivo en el abuso de confianza integra la acción por ser tal delito de acto único, en el homicidio se puede privar de la vida mediante varios actos pero también con un solo acto. Si la acción se agota mediante un solo movimiento corporal el delito es unisubsistente, si la acción permite su fraccionamiento en varios actos del delito será plurisubsistente.

El interés de esta clasificación se estima orientado a distinguir, o a obtener cuando menos un criterio válido, los delitos que admiten la tentativa de los carentes de un proceso ejecutivo, así como para resolver el problema del tiempo y del lugar de comisión del delito, se considera a los delitos unisubsistentes no susceptibles de tentativa, como sucede en el abuso de confianza delito en el cual puro acto dispositivo consume conducta ilícita. A pesar de ello, ese criterio no es absoluto, pues siendo cierto en algunos casos resulta acertado, en otros no es eficaz. Así por ejemplo sucede tratándose del delito de robo recogido en el artículo 367 del Código Penal, en que la acción

³² López, Ob. Cit. Pág. 279.

constitutiva es el apoderamiento, pues a pesar de ser en algunos casos un delito de acto único unisubsistente, admite sin embargo la tentativa.

Porte Petit, al referirse a estos actos, expresa: El delito unisubsistente aquel que se consuma en un solo acto y plurisubsistente cuando se consuma con varios actos. Aquí insistimos en la convivencia de distinguir el acto de la acción, ya que podemos estar frente a un delito unisubsistente, constituido por una acción, y esta por tanto por un acto o ante un delito plurisubsistente igualmente constituido por una acción, y esta a su vez por varios actos en el primer caso, el caso forma la acción y en el segundo, los actos la constituyen también o sea, en este caso la acción fue susceptible de fraccionamiento.

III.8.- DELITOS ATENDIENDO A LA UNIDAD O PLURALIDAD DE SUJETOS QUE INTERVIENEN PARA EJECUTAR EL HECHO DESCRITO EN EL TIPO.

1.-Unisubjetivos: El tipo penal sólo requiere de un sujeto para la acotación del mismo, es la regla general.

2.- Plurisubjetivos: El tipo penal nos señala que se requieren de dos sujetos para que se dé, requiere de la concurrencia de dos conductas para integrarlos ejemplo: Adulterio.

A la participación en la que cooperan varios individuos en la realización de un hecho delictivo, se le denomina codelincuencia.

3.- También existen los delitos multitudinarios, que son aquellos en los que participa una muchedumbre de personas, sin previo

acuerdo, por lo que no cabe dentro de la definición de codeinlucencia. En este multitudinario tiene la característica principal de que va ha surgir en el momento, sin previo acuerdo.

III.9- POR LA FORMA DE PERSECUSIÓN.

1.- DE OFICIO. Son delitos en la que no es necesaria la denuncia del agraviado, sino que cualquier persona la puede realizar, y el Ministerio Público, tiene la obligación de perseguir el delito. Por ejemplo el homicidio.

2.- DE QUERELLA. También conocidos como de petición de parte ofendida, se piensa que es una reminiscencia de la venganza privada en la que la gente se hacia justicia por su propia mano.

Es importante recordar que en el período de la venganza privada, el ofendido agredía al causante del delito en virtud del daño que había recibido y es más, hasta existió la compensación que era el pago por la venganza o bien se daba en el caso de la Ley del Tali3n de la que se desprendía la venganza en el mismo físico del agresor dependiendo del grado del delito, así se decía, ojo por ojo diente por diente.

De esta forma, el agredido através de la querella ejercita, si quiere una acción en contra de su agresor.

III. 10.- EN FUNCIÓN DE LA MATERIA.

1.- Comunes. Son los delitos que se aplican en una determinada circunscripción territorial, en un Estado de la República Mexicana por ejemplo.

2.- Federales. Son los delitos que tienen validez en toda la República Mexicana y de los cuales conocerán únicamente los jueces federales.

3.- Militares. En esta división nos referimos al fuego militar, el cual es solo aplicable en los órganos militares, es decir, a todos sus miembros, pero nunca a un civil.

III.11.- CLASIFICACIÓN LEGAL.

Esta clasificación es la que aparece en la ley, por eso es legal, aquí los delitos se clasifican tomando en cuenta el bien jurídicamente tutelado. En este sentido encontramos que la clasificación de los delitos desde el punto de vista legal es la siguiente:

- A) Delitos contra la vida y la salud personal: Homicidio, lesiones, homicidio en razón de parentesco o relación familiar, aborto, instigación o ayuda al suicidio y de peligro para la vida y la salud.
- B) Delitos contra la libertad y seguridad de las personas: Secuestro, amenazas, allanamiento de morada, de domicilio de personas jurídicas colectivas y de establecimientos abiertos al público.

- C) Delitos contra la libertad sexual: Violación, estupro, abusos eróticos sexuales y hostigamiento sexual.
- D) Delitos contra el honor: Difamación y calumnia.
- E) Delitos contra el patrimonio: Robo, abuso de confianza, fraude, usura, despojo, daños y extorsión.
- F) Delitos contra el orden familiar: Incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, contra la filiación y el estado civil, bigamia, incesto, tráfico de menores y violencia intrafamiliar.
- G) Delito de violación a las leyes de inhumación y exhumación.
- H) Contra la seguridad pública: Pandillerismo, asociación delictuosa, armas prohibidas y responsabilidad médica.
- I) Delitos cometidos en el ejercicio de la profesión, cargo empleo u oficio: Revelación de secretos.
- J) Delitos contra las vías de comunicación de uso público y violación de correspondencia: Violación de correspondencia.
- K) Delitos de falsificación y contra la fe pública: Falsificación de sellos y marcas, falsificación de documentos y uso de documentos falsos, usurpación de profesiones.
- L) Delitos contra el desarrollo de las personas menores e incapaces.
- M) Del delito de lenocinio.

- N) Delitos contra la seguridad del Estado: Rebelión, sedición, motín y terrorismo.

- O) Delitos contra la administración pública: Cohecho, peculado, concusión, enriquecimiento ilícito, usurpación de funciones públicas, abandono de funciones públicas, variación de nombre y domicilio, desobediencia, resistencia y exigencia de particulares, tráfico de influencias, discriminación, oposición a que se ejecute alguna obra o trabajos públicos, quebrantamiento de sellos, abuso de autoridad y afectación al ordenamiento urbano.

- P) Delitos contra la procuración y administración de justicia: Tortura, de abogados, patronos y litigantes, fraude procesal, falsas denuncias, evasión de detenidos, inculpados o condenados, quebrantamiento de sanciones, encubrimiento, ejercicio arbitrario del propio derecho.

- Q) Delitos contra la hacienda pública: Defraudación fiscal.

- R) Delitos en materia electoral.

- S) Delitos ecológicos: Ambientales.

CAPITULO IV

FIGURA RELATIVA A LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES E INCAPACES.

Para poder determinar como se establece la obligación de asistir, proteger y cuidar vamos a examinar brevemente las figuras que le dan origen a tal obligación, éstas son la patria potestad y la tutela.

IV.4.1.- Patria Potestad.

IV.4.1.1.- Concepto.

Se señala que la patria potestad es establecida por el derecho, con la finalidad de asistencia y protección a los menores no emancipados, cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de nacidos del matrimonio, de hijos nacidos fuera de él o de hijos adoptivos.

El ejercicio de la patria potestad sobre los hijos nacidos del matrimonio, recae sobre el padre y la madre y sólo por muerte de alguno o por haber incurrido en la pérdida de la misma, pasa al otro. A falta de los padres la ejercerán los abuelos paternos y a falta de ellos los maternos, cuando falta uno de los abuelos el que sobrevive la tendrá solo, antes de la pareja que siga en el orden.

En el caso de los hijos nacidos fuera de matrimonio, la patria potestad corresponde al que reconozca al hijo en primer lugar, si los dos padres lo reconocen en forma simultánea, como lo establezcan

CAPITULO IV.

de común acuerdo. Si se suscita controversia, el juez de lo civil resolverá.

En el caso de adopción, cuando se trate de adopción simple, la patria potestad será ejercida sólo por las personas que lo adoptan; si se trata de adopción plena, se ejercerá en los términos señalados por la ley para los hijos consanguíneos.

Por lo que la patria potestad se ocupa de las relaciones que existen entre padre y madre con el hijo, relación que es ejercitada conjunta o separadamente después de que la filiación queda definida. Por lo tanto, de todo lo anterior podemos concluir que por patria potestad debe entenderse el conjunto de derechos, deberes y obligaciones que la ley otorga y concede a quien la ejerce en función a la formación integral del menor no emancipado y para la administración de sus bienes.

De Pina Vara define la patria potestad "como el conjunto de facultades que suponen también deberes conferidos a quienes los ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlos en la medida necesaria."³³

Para Galindo Garfias "define a la patria potestad como un conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes, que éstos se ejercen sobre la persona y los bienes de los hijos menores, para cuidar de estos y dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su estado de minoridad lo requiere."³⁴

³³ De Pina, Rafael, Elementos de Derecho Civil, Volumen I, Editorial Porrúa, S.A., México, 1986, Pág. 373.

³⁴ Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil, 4ª Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1980, Pág. 667.

“Chávez Asencio señala que no se trata de un poder o potestad sobre la persona, aun cuando en nuestra legislación se dice que la patria potestad se ejerce sobre la persona de los hijos, porque son personas y tienen su dignidad, por lo que no puede haber un poder sobre ellos como si fueran cosas. Tampoco se trata de un poder sobre los bienes del menor, por que se trata también de la administración de los bienes, con facultades bastante limitadas en cuanto al ejercicio de actos de dominio.”³⁵

Es decir, son deberes, obligaciones y derechos atribuidos a los padres, quienes los cumplen y ejercen como una función propia derivada de la paternidad y la maternidad; no es algo que se le imponga arbitrariamente por ley, reconociendo la filiación y el hecho de que alguien tiene que dar protección, guarda, sostenimiento y dirigir el grupo familiar.

De tal forma, en resumidas cuentas por patria potestad debe entenderse el conjunto de deberes, obligaciones y derechos que la ley concede a quienes la ejercen (padres o abuelos) para la custodia, educación del menor no emancipado y para la administración de sus bienes.

IV.4.1.2.- Modos de acabarse la patria potestad.

El Código Civil para el Estado de Guanajuato en el artículo 496 referente a la patria potestad nos hace mención que esta se acaba

³⁵ Chavez Asencio, Manuel, La Familia en el Derecho, Editorial Porrúa, México, 1985, Pág. 270.

como institución al no haber sobre quien recaiga. Las causales son las siguientes:

1) Muerte de quien la ejerce: La fracción I dice que se acaba la patria potestad con la muerte de que la ejerce si no hay otra persona en quien recaiga. Esta fracción es de lógico entendimiento ya que supone que el que detenta la patria potestad es el último sobreviviente de los que deber ejercer la patria potestad consignados en el artículo 468 del Código Civil, que habla de los padres, de los abuelos y abuelas paternos y maternos. La muerte del último, genera la necesidad de nombrar tutor al menor no emancipado.

Obviamente esta es una forma clara de extinción de la patria potestad, y debemos también de incorporar dentro de esta causa, la declaración de muerte que como consecuencia del procedimiento de ausencia se decreta.

2) Emancipación: Es el final anticipado de la patria potestad. En nuestro derecho sólo está contemplada la emancipación derivada del matrimonio y no por habilitación de edad del hijo.

“Se funda en el principio de que el matrimonio es incompatible con el estado de subordinación de un menor sometido a Patria Potestad.”

3) Mayoría de edad: La patria potestad termina cuando el menor sujeto a ella alcanza la mayoría de edad, siendo a los 18 años. Desde ese momento se presume que ya no necesita la función protectora del padre y la madre. Sin embargo debe preverse el caso del mayor de edad enajenado; según la legislación vigente debe nombrarse

un tutor que lo será uno de los padres. Parece conveniente una modificación para que en estos casos se prorrogue la patria potestad, pues los progenitores son de hecho quienes cuidan y atienden al incapacitado y la ley debe aceptar esto y reglamentarlo.

4) Muerte del Hijo: Aún cuando no está comprendida dentro del Artículo 496 el Código Civil del Estado de Guanajuato, es obvio que es un modo natural de extinción de la función del padre, la madre o de quien la ejerza, en virtud de que ya no hay persona sobre quien vaya a ejercerse la patria potestad.

IV.4.1.3.- Modos de perderse la patria potestad.

Así pues, los casos de pérdida de la patria potestad implican una sanción legal tales como las causas señaladas en el artículo 497 el Código Civil de naturaleza graves, que la patria potestad se pierde definitivamente. Como sanción se impide su ejercicio, aún cuando directamente no fuere el hijo el perjudicado. Algunas de las causas tienen efecto preventivo y otras son consecuencia directa de la acción ejecutada en contra del cónyuge o del menor.

La fracción I del artículo 497 C.C. contiene dos causas. La primera cuando el que la ejerce es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho y la segunda tiene lugar cuando es condenado por delito grave.

La fracción II establece que en los casos de divorcio La pérdida es consecuencia de la sentencia que disuelva el vínculo, y también como sanción contra uno de los consortes. "La sentencia de

Divorcio fijará la situación de los hijos”, el juez en los términos del artículo 337 del Código Civil.

En la fracción III del artículo en cuestión, se encuentran como causales las siguientes:

a) Por costumbres depravadas de los padres puedan comprometer la salud, la seguridad o la moralidad del hijo.

b) Por malos tratamientos pudiere comprometerse la salud.

c) Y por el abandono de sus deberes pudiere comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos.

La fracción IV del mismo artículo señala también como causa de pérdida de la patria potestad el abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos por más de 3 meses.

IV.4.1.4.- Modos de suspenderse la patria potestad.

La suspensión de la patria potestad es una medida preventiva que no implica, necesariamente, como en el caso de la pérdida, una sanción al padre o la madre. “Aquí se trata de evitar que el hijo carezca de una adecuada asistencia y representación jurídica”.

El artículo 500 C. C. Gto. nos presenta tres causas por las que se suspende la patria potestad, que son:

A) Incapacidad: La fracción I hace referencia a la incapacidad declarada judicialmente. Es decir, al estado de interdicción que se establece por medio de sentencia de Juez de lo civil competente, como consecuencia de un proceso seguido ante él. Por lo tanto, están excluidos aquellos incapaces de hecho. En este caso se trata, no de la suspensión de la patria potestad sino del ejercicio de la misma, que ejercerá el cónyuge sano, pero conservará el enfermo todos los deberes y obligaciones inherentes a la patria potestad.

B) Por ausencia declarada en forma: La fracción II establece como consecuencia necesaria de la ausencia declarada en forma, la suspensión de la patria potestad. El ausente está imposibilitado para ejercerla y se le suspende de la misma.

C) Sentencia Condenatoria. La última fracción de éste artículo presenta múltiples posibilidades de suspensión de la patria potestad, pues señala en general que esta se suspende por sentencia condenatoria que imponga como pena la suspensión.

IV.4.2.- Tutela.

La tutela es una institución destinada al cuidado, dirección y representación de los menores de edad y mayores de edad incapacitados que no estén sujetos a patria potestad, sea porque quienes han de ejercerla han muerto, o son de filiación desconocida o porque aquellos han sido privados de la patria potestad.

“Galindo Garfias apunta que la tutela es un cargo que la ley impone a las personas jurídicamente capaces para la protección y

defensa de los menores de edad, o incapacitados, es un cargo civil de interés público, y de ejercicio obligatorio.”³⁶

Rafael de Pina en su diccionario de derecho nos precisa que tutela es una institución jurídica que tiene por objeto la guarda de la persona o bienes, o solamente de los bienes, de los que no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos.

Sara Montero, en su obra de derecho de familia nos dice que la tutela es la institución que tiene por objeto la representación y asistencia de los incapacitados mayores de edad y de los menores de edad no sujetos a la patria potestad.

Colin y Capitant lo definen como el régimen de protección establecido por la ley en beneficio de los hijos menores después de la muerte del padre o de la madre, así como también en beneficio de los locos incapacitados.

Ripert dice que la tutela constituye el modo de protección de un menor que ya no tiene a su padre y a su madre. Esta protección es más estricta que la que resulta de la patria potestad, porque en este caso el menor sólo está vigilado por una persona y sobre todo porque debiendo recibir la sucesión de uno de sus padres, generalmente posee bienes personales. El menor bajo tutela recibe el nombre de pupilo.

Francesco Messinero nos dice que su obra Manual de Derecho Civil y Comercial, que en el instituto de la tutela, tiende fundamentalmente a suplir a la patria potestad, porque los progenitores

³⁶ Ib. Idem.

del menor (no emancipado) o han muerto ambos el menor es (huérfano) o están ambos en la imposibilidad de ejercer la patria potestad. Sin embargo la tutela, como se ha visto opera, idénticamente también en cuanto al mayor de edad sujeto a interdicción, salvo algunas particularidades.

Espín Canovas en su obra derecho civil español nos dice que el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes, o solamente de los bienes, de los que no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse a sí mismos. Están sujetos a la tutela.

1.- Los menores de edad no emancipados legalmente, y que no estén sujetos a la patria potestad.

2.- Los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos y los sordomudos que no sepan leer y escribir.

3.- Los que por sentencia firme hubiesen sido declarados pródigos.

4.- Los que estuviesen sufriendo la pena de interdicción civil Flores Gómez en su obra introducción al estudio del derecho y derecho civil, la define como la institución de interés público que se ha creado por la representación y protección de los individuos que no están sujetos a la patria potestad, en el orden personal y patrimonial.

La tutela es, de acuerdo con las definiciones antes expuestas, una manera de dar protección social a los débiles y un medio de defensa de los menores y de los demás individuos incapaces, no sujetos a la autoridad paterna, o que están abandonados o son

maltratados. La razón fundamental de la tutela es un deber de piedad, que tiene su origen en la debilidad e imperfección del ser humano.

Así el artículo 502 del Código Civil nos dice como corolario de la introducción a este tema que la tutela: "Es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal o solamente la segunda, para gobernarse por si mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señala la ley."

La tutela tiene, pues el indiscutible fin de la protección menor o del incapaz y su patrimonio, es una institución que por su naturaleza e impotencia intrínseca, es de orden público y esencialmente básica en el desarrollo de la sociedad.

PERSONAS SUJETAS A LA TUTELA.

De conformidad con el artículo 502 del Código Civil del Estado están sujetos a la tutela:

1.- Los que tienen incapacidad natural y legal:

a) Los menores de edad.

b) Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos.

c) Los que padezcan afección originada por enfermedad o deficiencias persistentes de carácter físico, psicológico o sensorial, (sordomudos, ciegos, etcétera);

d) Los adictos al alcohol o a drogas que les impidan gobernarse a sí mismos o manifestar su voluntad por algún medio.

2.- Los que tienen solamente incapacidad legal:

a) Los menores de edad emancipados por razón del matrimonio, en los siguientes casos:

- Enajenación, gravámen o hipoteca de sus bienes raíces.
- Para negocios judiciales.

La tutela tiene como característica:

Que es una función de interés público en efecto por su carácter público y por ser de interés general no puede ser delegada por ser un cargo personal además de que nadie puede rehusarse a desempeñarla sin causa legal, y la persona que lo haga será responsable de los daños y perjuicios que su negativa provoque al incapacitado. El artículo 506 del Código Civil nos dice:

“Art. 506.- El que se rehusa sin causa legal a desempeñar el cargo de tutor, es responsable de los daños y perjuicios que de su negativa resulten al incapacitado.”

IV.4.2.1.- CLASES DE TUTELA.

IV.4.2.1.1.- Tutela testamentaria.

La tutela es la figura jurídica creada por el legislador con la finalidad de proteger o defender a los menores de edad o incapaces cuando les falte la patria potestad. La ejerce una persona capaz en forma obligatoria y gratuita.

La tutela testamentaria es regulada en el Código Civil de nuestro Estado en el Capítulo II del Título Noveno en el Libro Primero de Las Personas.

La facultad de nombrar un tutor testamentario no corresponde tan sólo al padre y la madre, sino también al testador que hubiere dejado al menor o incapacitado herencia o legado de importancia para que administre los bienes de la herencia o legado.

El artículo 524 de nuestra ley civil establece que: El ascendente que sobreviva, de los dos que en cada grado deban ejercer la patria potestad conforme a lo dispuesto en el artículo 468, tiene derecho, aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerzan con inclusión del hijo póstumo.

El artículo 526 dice al respecto que si los ascendientes excluidos del ejercicio de la patria potestad por el nombramiento de un tutor testamentario estuvieren incapacitados o ausentes, la tutela cesará cuando cese el impedimento o se presenten los ascendientes, a no ser que el testador haya dispuesto expresamente que continúe la tutela.

Por lo que toca al artículo 527 indica " El que en su testamento, aunque sea un menor no emancipado, deje bienes, ya sea por legado o por herencia, a un incapaz que no esté bajo su patria potestad, puede nombrarle tutor solamente para administración de los bienes que le deje."

El nombramiento del tutor testamentario, excluye del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados, pero si hubiera un ascendiente incapacitado para ejercer la patria potestad o ausente, la tutela cesará en cuanto cese el impedimento o se presente el ascendiente.

El menor testador no emancipado, que deje bienes por legado o herencia a un incapaz físico o mental que no este bajo su patria potestad ni bajo la de otro, puede nombrarle tutor para la administración de los bienes.

Cuando fueren varios los incapaces o menores, se les podrá nombrar un tutor común o conferirse a persona diferente la tutela de cada uno de ellos; esto según lo establecido en nuestra legislación civil, en su artículo 528.

El legislador mexicano ha querido con esta figura jurídica proteger a los menores de edad no sujetos a patria potestad e incapaces; a los primeros durante el tiempo que dure su minoría de edad, mientras que a los segundos por el lapso que dure la incapacidad, ya sea temporal o permanente.

IV.4.2.1.2.- Tutela legítima de los menores.

Al respecto este tipo de tutela tiene lugar en los siguientes supuestos:

I.- Cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario.

II.- Cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio.

Esta tutela de carácter legítimo recae sobre:

I.- Los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas.

II.- Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive. Si hubiere varios parientes el juez competente elegirá al más apto.

En la tutela legítima, para su conferimiento, los parientes más cercanos excluyen a los más lejanos; y si hubiere varios parientes del mismo grado, el juez elegirá al que le parezca más apto.

IV.4.2.1.3.- Tutela legitima de los dementes idiotas imbéciles sordomudos ebrios y de los que habitualmente usan drogas enervantes.

De conformidad con la legislación toda persona física tiene dos tipos de capacidad que son:

1.- Capacidad de goce y

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

2.- Capacidad de ejercicio.

Entendiéndose por la primera, la que tiene todo individuo desde el momento en que nace hasta que muere, y la segunda, se adquiere a consecuencia de la mayoría de edad, de tal suerte que se puede afirmar que una persona tiene capacidad de goce y ejercicio, al adquirir la mayoría de edad salvo que se encuentre sujeto a alguna de las causas de incapacidad señaladas por el ordenamiento en estudio.

Existen restricciones a la personalidad jurídica, pero como ya se hizo notar, estos incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

En esta tutela el marido es tutor legítimo y forzoso de su mujer y ésta lo es de su marido.

Los hijos mayores de edad son tutores de su padre o madre viudos.

El tutor del incapacitado que tenga hijos menores bajo su patria potestad, será también tutor de ellos, si no hay otro ascendiente a quién la ley a ejercer aquel derecho.

IV.4.2.1.4.- Tutela legítima de los menores abandonados y de los acogidos por alguna persona, o depositados en establecimientos de beneficencia.

Esta tutela está prevista en el artículo 546 y 547 del Código Civil para el Estado de Guanajuato; y establece: " Los expósitos

quedan legalmente bajo la tutela de la persona que los haya acogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demás tutores.” Los directores de las inclusas, hospicios y más casas de beneficencia donde se reciban expósitos, desempeñaran la tutela de estos con arreglo a las leyes y a lo que prevengan los estatutos del establecimiento.

IV.4.2.1.5.- Tutela dativa.

Este tipo de tutela la establece el juez a falta de la testamentaria o legitima; presupone que no existe tutor testamentario ni pariente con obligación de desempeñar la tutela legítima. Cuando el menor ha cumplido 14 años puede designar tutor.

Para hacer la designación de tutor, según el artículo 555 del Código Civil para el Estado, el juez preferirá a las siguientes personas:

1. A los miembros de establecimientos de beneficencia pública o privada.
2. A los directores de establecimientos de beneficencia pública o privada.
3. A los profesores de instrucción primaria, secundaria o profesional.

IV.4.2.2. Personas que deben ser separadas de la tutela.

Conforme al artículo 558 de nuestro Código Civil del Estado lo serán:

I.- Los que sin haber caucionado su manejo conforme a la ley, ejerzan la administración de la tutela;

II.- Los que se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, ya sea respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado;

III.- Los tutores que no rindan sus cuentas dentro de los 3 meses siguientes al de Enero de cada año;

IV.- Desde el momento en que sobrevenga o se averigüe su incapacidad; de las personas que no puedan ser tutores de acuerdo al artículo 557.

V.- El tutor que quiera contraer matrimonio con la persona que este bajo su guarda;

VI.- El tutor que permanezca ausente por más de seis meses del lugar en que debe desempeñar la tutela.

IV.4.2.3.- Desempeño de la tutela.

Dentro de las funciones que el tutor debe ejercitar como deber de solidaridad familiar, son de carácter obligatorio de acuerdo al artículo 591 del Código Civil para el Estado de Guanajuato, siendo las siguientes:

1. Alimentar y educar al incapacitado;
2. A destinar de preferencia los recursos del incapacitado a la curación de sus enfermedades o a su regeneración en caso de ser ebrio consuetudinario o use drogas enervantes habitualmente;

3. A formar un inventario de cuanto constituya el activo y pasivo del incapacitado; dentro del término fijado por el juez.

4. Administrar el caudal de los incapacitados; la administración de los bienes que el pupilo ha adquirido con su trabajo le corresponde a él y no al tutor;

5. A representar al incapacitado en juicio y fuera de él en todos los actos civiles a excepción del matrimonio, reconocimiento de hijos, testamento y aquellos que sean estrictamente personales;

6. A solicitar oportunamente la autorización judicial para todo lo que legalmente no pueda hacer sin ella.

Así mismo el tutor del incapacitado está obligado a rendir cuentas al juez de primera instancia civil del domicilio del incapacitado en el primer mes del año un certificado de dos médicos que declaren el estado del individuo sujeto a interdicción. El juez se cerciorará del estado que guarda el incapacitado y tomará las medidas convenientes para el mejoramiento de condición.

En cuanto a la obligación de hacer el inventario no podrá dispensarse y éste tendrá la obligación de inscribir en el inventario, el crédito que tenga contra el incapacitado.

Durante el desempeño de la tutela no correrá la prescripción entre el tutor y el incapacitado.

IV.4.2.4.- Extinción de la tutela.

La tutela se extingue:

I.- Por la muerte del pupilo o porque desaparezca su incapacidad, y

II.- Cuando el incapacitado, sujeto a tutela, entre a la patria potestad por reconocimiento o por adopción.

IV.4.3.- Adopción.

IV.4.3.1. Concepto.

El término adopción proviene del latín "adoptio" y adoptar de "adoptare"; de ad y optare, desear. Que es recibir al hijo con los requisitos exigidos y formalidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente. En nuestro derecho la adopción es la tercera fuente de parentesco, denominado parentesco civil, pues no existe vínculo biológico.

El Código Civil de Guanajuato en su artículo 446, define a la adopción como un acto jurídico por el cual se confiere a uno o varios menores incapacitados, aún cuando éstos sean mayores de edad, la posesión del estado de hijo del o de los adoptantes y a éstos los deberes inherentes a la relación del parentesco.

"La adopción es un acto jurídico que crea entre el adoptante y el adoptado un vínculo de parentesco civil, del que se

derivan relaciones semejantes aunque no idénticas a las que resultan de la paternidad y filiación legítima.”³⁷.

Para algunos civilistas señalan que se trata de una creación del derecho, cuya finalidad ha variado desde sus orígenes, hasta nuestros días.

La adopción hoy en día es “el acto jurídico por el cual se confiere a uno o varios menores o incapaces, aún cuando estos sean mayores de edad, la posesión de estado de hijo del o de los adoptantes y a éstos los deberes inherentes a la relación de parentesco.”³⁸

IV.4.3.2.- Requisitos.

Para que se decrete una adopción es necesario hablar de los elementos personales y de los elementos formales, que intervienen en la adopción.

Elementos personales.

Sólo pueden adoptar personas físicas, porque sólo estas son las que constituyen la familia. Deben estar en pleno ejercicio de sus derechos y contar con capacidad de goce y ejercicio. Tienen derecho a adoptar:

Artículo.- 448 del Código Civil de nuestro Estado.

³⁷ Castan Vázquez José María, Derecho Civil Español, Madrid, 1930.

³⁸ Código Civil de Guanajuato, Anaya Editores, S.A., México, D. F., Pág. 89.

I.- Las personas solteras mayores de veinticinco años, en pleno ejercicio de sus derechos;

II.- Los cónyuges de común acuerdo, aunque sólo uno de ellos cumpla el requisito de edad; y

III.- El cónyuge puede adoptar al hijo del otro cónyuge habido fuera de matrimonio o en virtud de un vínculo matrimonial anterior. En este caso los vínculos consanguíneos del hijo que se adopta, no se destruyen.”

Artículo.- 449 del mismo ordenamiento.

“El tutor no puede adoptar al pupilo, sino hasta después que hayan sido definitivamente aprobadas las cuentas de la tutela.”

Se deben cubrir ciertos requisitos para poder adoptar.

Artículo.- 451 de dicho Código.

I.- Tener el adoptante diecisiete años más que el adoptado.

II.- Ser benéfica la adopción para el adoptado.

III.- Tener el adoptante medios bastantes para proveer la subsistencia, cuidado y educación del adoptado, y,

IV.- Que el adoptante tenga buenas costumbres y reconocida probidad.”

Pueden ser adoptantes hombres y mujeres, solteros o cónyuges, nacionales o extranjeros; ya que la adopción fue creada por el legislador en beneficio del menor o incapaz. En el caso de los extranjeros se aplican las leyes en los mismos términos que a los nacionales en virtud de que las leyes mexicanas se aplican a todas las personas que se encuentren en territorio nacional, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados o sean transeúntes.

Los solicitantes de la adopción de un menor, deben reunir los requisitos establecidos en las disposiciones legales tales como los Reglamentos de Adopción de Menores de los Sistemas para el Desarrollo Integral de la Familia, en caso de que los hubiere y en su caso la Ley Civil Aplicable en el Estado o entidad correspondiente.

Pueden ser adoptados, los menores abandonados o expósitos, menores o mayores de edad incapaces; también los hijos de cuyos padres hayan perdido la patria potestad, siempre y cuando se cuente con el consentimiento de quienes la ejerzan.

Elementos formales.

La adopción es un procedimiento judicial, el cual se rige por el Código de Procedimientos Civiles de nuestro Estado, en el Libro Cuarto, Jurisdicción Voluntaria, Título Unico, Capítulo IV.

El juez competente para conocer del procedimiento de adopción, será el del domicilio del menor o incapacitado que se pretende adoptar.

De acuerdo al procedimiento que la ley establece para efectuar la adopción, tenemos los siguientes requisitos formales:

1. "Un acto judicial. La declaración de adopción hecha por el juez.
2. El consentimiento, de quién legalmente debe otorgarlo.
3. Registro: Asentamiento en el Registro Civil del acta de adopción, con la anotación de la resolución judicial de la adopción al margen del acta de nacimiento." ³⁹

En lo tocante a quién debe dar el consentimiento, deben ser los que ejerzan la patria potestad (padres o abuelos) o el tutor legítimo (procurador auxiliar) en caso de menores abandonados o expósitos, y el menor en el caso de tener más de catorce años (capacidad de ejercicio especial) y si quienes deban otorgar su consentimiento se niegan a hacerlo no podrá llevarse a cabo la adopción. El consentimiento deberá referirse a la adopción simple o plena, manifestándose ante el juez, quien hará saber sobre el contenido y alcance del acto.

IV.4.3.3.- Clases de Adopción.

Nuestra legislación de Guanajuato contempla dos tipos de adopción, la simple y la plena, comenzaré por la primera.

³⁹ Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, Derecho de Familia y Sucesiones, 1ª. Edición, Editorial Harla, S.A. de C.V., México, 1990, Págs. 217 y 218.

La adopción simple.

Es aquella en la que el parentesco civil que resulta y los derechos y obligaciones que surgen de ella, solo existirán entre el adoptante y el adoptado. Con la excepción en lo relativo a los impedimentos de matrimonio.(art. 460 C.C.).

Esta adopción genera vínculos jurídicos sólo entre adoptante o adoptantes, y el adoptado. Como consecuencia, los derechos y obligaciones que nacen se limitan a la relación entre ellos, "excepto en lo relativo a los impedimentos de matrimonio", respecto de los cuales se observará lo que dispone el artículo 153 C.C.). " El que adopte tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo" (artículo 447 C.C.).

En la adopción simple la patria potestad la ejercen únicamente las personas que lo adoptan; teniendo el adoptado la adopción de llevar o no los apellidos del o de los adoptantes (artículo 473 C.C.).

En la adopción simple subsisten los derechos y obligaciones de los parientes consanguíneos con relación al menor adoptado, excepto la patria potestad, la cual se transfiere al o los adoptantes (art. 461 C. C. Gto.)

Además en la adopción simple puede haber lugar a la revocación cuando el adoptado y el adoptante convengan en ello o por ingratitud del demandado. La ley señala tales causas de ingratitud en el artículo 464-D del Código Civil de Guanajuato las cuales son:

I.- Si comete algún delito intencional que merezca una pena mayor de un año de prisión contra la persona, la honra o los bienes del adoptante o del adoptado, según el caso, de su cónyuge, de sus ascendientes o descendientes;

II.- Si el adoptado acusa judicialmente al adoptante, viceversa, de algún delito que pudiera ser perseguido de oficio, aunque lo pruebe, a no ser que hubiere sido cometido contra el mismo adoptado o adoptante, en su caso, su cónyuge, sus descendientes o ascendientes, y

III.- Si el adoptante o adoptado rehusan darse alimentos, cuando alguno ha caído en pobreza.

También puede quedar sin efecto la adopción, aún antes de que se declare la revocación de la adopción por ingratitud del adoptado.

Causas de Revocación.

En nuestro Código Civil artículo 464-B encontramos dos clases de revocación la revocación voluntaria por mutuo consentimiento (cuando las dos partes así lo convengan), y la revocación por ingratitud del adoptado en los casos en que la misma ley le permite.

Respecto de la primera, prevista en la fracción primera del artículo 464-B del Código Civil requiere el consentimiento de ambas partes, del adoptado cuando sea mayor y del adoptante; si el adoptado es menor, deberán oírse a las personas que prestaron su consentimiento para la adopción, y a falta de ellas, al Ministerio Público.

Es revocable. Por disposición legal ésta adopción puede revocarse, por las causas señaladas en el artículo 464-B, D, E, F, G, H, I, del Código Civil vigente en el Estado.

En relación a la revocación por ingratitud, tanto al adoptado como al adoptante por actitudes que configuran delitos en contra de ambos, o por formular denuncia o querrela por el adoptante o viceversa por algún delito "aunque se pruebe a no ser que hubiere sido cometido contra el mismo adoptado, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes", o si rehusa dar alimentos al "adoptante que ha caído en pobreza".

En resumen la revocación tiene como efectos. Si se trata de revocación voluntaria, "el decreto del juez deja sin efecto la adopción y restituye las cosas al estado que guardaban antes de efectuarse éste" (art. 464-G Código Civil). produce efectos similares a la nulidad.

La revocación por ingratitud del adoptado, el artículo (464-F Código Civil) previene que "la adopción deja de producir efectos desde que se comete el acto de ingratitud, aunque la resolución judicial que declare revocada la adopción sea posterior".

Toda revocación debe asentarse en actas del Registro Civil y anotarse al margen de las partidas de nacimiento y adopción.

Impugnación.

El menor o el incapaz, podrán impugnar la adopción dentro del año siguiente a la mayoría de edad o a la fecha en que haya

desaparecido la incapacidad. La impugnación tiene lugar por alguna razón que perjudique el menor o incapaz.

La adopción plena.

La adopción plena genera el parentesco semejante al consanguíneo. Nuestro Código dice que "adquiere lazos de parentesco como si hubiera filiación consanguínea" (art. 456 Cód. Civil. Gto.).

Las relaciones que tuvo el adoptado con su familia de origen se extinguen. Se extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con las familias de estos. (art. 456 mismo Código). Incluso se cancela el acta de nacimiento del adoptado anterior a la adopción y se levanta una nueva acta de nacimiento en la que figuran como padres el o los adoptantes, como hijo del adoptado y como abuelos los padres de o de los adoptantes.

El duplicado del expediente y la resolución judicial que declara la adopción, se guardan en el apéndice de la nueva acta de nacimiento y que queda absolutamente prohibido dar información sobre ellos, salvo una orden del juez competente.

En cuanto a la patria potestad el adoptante se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales" (art. 456 de dicho Código).

El adoptado debe llevar el apellido del adoptante o adoptantes.

Como consecuencia de lo expuesto en los puntos anteriores, la adopción plena es irrevocable. Se genera un parentesco consanguíneo entre el menor y los miembros de su nueva familia.

Los efectos son definitivos porque no hay impugnación ni revocación. Se genera una relación de consanguinidad que es permanente por naturaleza.

La nueva relación interpersonal y jurídica se inicia con la adopción, la resolución que la decreta tiene un doble efecto: se extingue la relación de filiación y parental original, y se genera una relación semejante a la consanguínea con los padres adoptivos y la familia de éste.

En este tipo de adopción, el adoptado se integra plenamente como miembro de la familia del adoptante, adquiriendo lazos de parentesco no solo con el adoptante sino con toda su familia, como si existiese filiación consanguínea, extinguiéndose los vínculos consanguíneos con la familia del adoptado, subsistiendo los impedimentos del matrimonio.

La adopción plena será irrevocable una vez que haya causado ejecutoria la sentencia que la pronuncie.

La adopción plena, responde de una manera completa a la finalidad social de otorgar protección a la niñez desvalida y evita las maniobras fraudulentas haciendo aparecer en el Registro Civil como hijos consanguíneos a niños abandonados o niños cuyos padres por diferentes circunstancias no quieren conservarlos con ellos.

CAPITULO V.

CAPITULO V

EL TIPO ESPECIAL PROPUESTO.

La finalidad de la creación de este tipo penal especial, es el establecer una sanción penal para el incumplimiento de obligaciones familiares y civiles que tienen su origen en las relaciones de parentesco tanto filial como legal, y tutela. Esto en base a la importancia de tales obligaciones y del cumplimiento de las mismas como medio para proporcionar un ambiente de seguridad a los menores y a los incapaces, por parte de las personas que legalmente están obligadas a hacerlo.

A continuación mencionaré y daré una descripción de los elementos que considero tal tipo debe contener.

V.5.1.- Elementos objetivos.

V.5.1.1.- Conducta.

Puede tratarse tanto de una comisión como de una omisión, un movimiento corporal voluntario positivo o negativo, un hacer o un no hacer.

La comisión se traduce en que el cumplimiento de las obligaciones de proporcionar asistencia, guarda, cuidado y protección al menor o incapaz, obligaciones que la norma civil establece, en el no haber proporcionado la asistencia, el cuidado, la protección o la guarda que el agente se encuentra obligado a proporcionar.

V.5.1.2.- Sujetos.

Activo: Es la persona física que deba de cumplir con las obligaciones impuestas por la norma civil, obligaciones que como ya mencione antes, consisten en proporcionar asistencia, cuidado, protección y guarda de el menor o incapaz, y que lo hace sin observar la diligencia requerida ni los cuidados mínimos; o que simplemente no cumplió con las obligaciones que debía cumplir y que ya fueron señaladas en supralíneas.

La calidad del sujeto activo requerida para que este tipo penal se pueda tipificar es la de ser titular de la patria potestad ejercida sobre el menor, o el tutor del menor o incapaz.

b) Pasivo: Es el menor o incapaz que resiente la afectación de la conducta calificada de delictiva; el titular del bien jurídico tutelado por la ley penal que ha sido violado.

A este respecto, comparto la idea de Jiménez Huerta, quien manifiesta que la ley penal ha dejado fuera de su tutela a personas cuya situación, a pesar de que no han sufrido disminución alguna en su capacidad de ejercicio, es de peligro, como el caso de los ancianos; esto porque ya no poseen sus habilidades físicas en la medida que solían hacerlo.

V.5.1.3.- Objetos.

a) Jurídico (bien jurídico tutelado).- La integridad física y la vida del menor e incapaz.

b) Material.- El menor e incapaz.

V.5.2.- Elementos Subjetivos.

V.5.2.1.- Animo.

Encontraremos este elemento cuando la forma de culpabilidad del tipo penal sea la dolosa. Que la conducta se realice con el ánimo de ocasionar una lesión o la muerte del menor e incapaz.

V.5.2.2.- Sabiendas.

Este elemento subjetivo estará presente implícitamente en toda conducta delictiva, ya sea de forma de culpabilidad tanto dolosa como culposa, que encuadre en el tipo penal propuesto, pues en base a la calidad del sujeto activo el mismo tiene conocimiento de las obligaciones que debe de cumplir, además de que debe realizarlas con la diligencia y los cuidados mínimos.

V.5.3.- Descripción abstracta del tipo penal especial propuesto.

Para tal efecto, y tomando en cuenta los elementos mencionados en los puntos anteriores, la descripción abstracta que yo considero debe hacerse del tipo penal especial propuesto sería la siguiente:

“Al que con el ánimo de inferir una lesión o provocar la muerte de un menor o incapaz, en el ejercicio de la patria potestad o desempeño de la tutela, actúe con diligencia y cuidado, o que en caso de hacerlo no lo proporciones en la medida mínima necesaria”.

Si las lesiones inferidas o la muerte del menor o incapaz, se dan como resultado de que en el ejercicio de la patria potestad o desempeño de la tutela, no se actuó con la diligencia y cuidado mínimo requeridos pero sin el ánimo de obtener el resultado”.

El tipo penal admitirá ambas formas de culpabilidad: Dolo y culpa.

V.5.4.- Tentativa.

La tentativa sólo se dará cuando el delito se de en su forma dolosa; puesto que al carecer los delitos culposos del elemento subjetivo ánimo, sería imposible determinar la tentativa.

CONCLUSIONES.

CONCLUSIONES.

- I. De acuerdo a la historia, delito es toda acción que la conciencia ética de un pueblo considera merecedora de pena, en determinado momento histórico.
- II. Esa noción nos enseña que la moral cambia con los tiempos y los lugares y que es imposible crear un valor absoluto de los hechos criminales.
- III. Quien dice moral, dice necesidad de un sumo criterio de valoración, que sirva para discernir el bien del mal, lo justo de lo injusto.
- IV. Al concebir la conciencia ética en términos de transformación absoluta, es preciso buscar un criterio absoluto de valoración. Esto supone salir del campo de lo positivo y de la experiencia, para entrar en el de la razón y buscar los valores ideales.
- V. Dentro de este mundo, casi todas las ideas coinciden en señalar que la conducta delictiva es aquella agresión, que produce daño o peligro, a las condiciones esenciales de la vida del individuo o de la sociedad.

- VI. Con ello se circunscribe la noción del delito como *"El acto u omisión que sancionan las leyes penales"*.
- VII. Por lo tanto el tipo penal a proponer que se contemple sin observar la punibilidad, dentro de nuestro ordenamiento penal del Estado es el siguiente:
- VIII. "Al que con el ánimo de inferir una lesión o provocar la muerte de un menor o incapaz, en el ejercicio de la patria potestad o desempeño de la tutela, actúe con diligencia y cuidado, o que en caso de hacerlo no lo proporciones en la medida mínima necesaria".
- IX. Además de lo anterior considero también que "quienes realicen alguna de las conductas descritas en el tipo propuesto, deberán quedar inhabilitados temporal o permanentemente para ser tutores o curadores"
- X. Luego entonces, la característica de la acción en este tipo penal es que el autor no ejecuto en el momento en que debía haber llevado a cabo la acción que hubiera salvado el bien jurídico o la llevó a cabo pero no en la medida necesaria para no lesionar el bien jurídico tutelado.

- XI. El grado de relación del autor con el bien jurídico protegido da como resultado la posición de garante.
- XII. La posición de garante es un elemento característico de la autoría de la omisión impropia y que consiste en una estrecha relación del autor con el bien jurídico. Es lo que el sujeto debe conocer actualmente al omitir su acción.
- XIII. El deber del actuar emergente de esa estrechez solo requerirá de la posibilidad de conocimiento, que en definitiva, es la conciencia de la antijuridicidad.
- XIV. Este tipo de delitos alcanza, en principio a la no evitación de lo resultado prohibido por parte de quien es garante, y que en ese sentido, el tipo requiere que se le complemente con la determinación de la calidad del autor en cada caso concreto.
- XV. La tipicidad requiere la comprobación de la no realización de la acción que hubiera salvado el bien jurídico.
- XVI. Para ello se determinará que acción hubiera salvado el bien jurídico y en qué medida se debiera haber realizado la acción; es decir, se hubiera impedido la producción del resultado en la medida en que la acción del autor no coincide con la que hubiera evitado el resultado. Se tendrá por cumplido con lo que se exige

en este tipo penal considerándolo como un delito impropio de omisión, pudiendo ser también por comisión..

XVII. El objeto de la posición de garante reside, por lo tanto, en la especificación de las relaciones estrechas, que se tienen quedar entre el autor de la conducta y el bien jurídico, para que la infracción de un determinado deber de acción (omisión), caiga en el ámbito de un delito de comisión. Es decir, que en la posición de garante no importa la fuente del deber de evitar un resultado, sino la mayor o menor estrechez en que el autor se encuentre con el bien jurídico.

XVIII. La consecuencia inmediata de esta nueva forma de encarar el problema es la búsqueda de las notas distintivas de la posición del autor con respecto al bien jurídico, o en otra palabra fijar los puntos que permiten la equivalencia de una acción con una omisión a los efectos del tipo de un delito concreto.

XIX. Con la inclusión de este tipo penal especial en nuestra legislación del Estado, además de castigarse el resultado (la lesión o la muerte del menor o incapaz), se castiga la falta de cumplimiento o la no realización en la medida necesaria del cumplimiento de las obligaciones derivadas de cierta calidad especial del sujeto pasivo que es ser el que ejerce la patria potestad o desempeña la tutela del menor o incapaz; llegándose hasta el origen es esta clase de conductas.

BIBLIOGRAFIA.

BIBLIOGRAFIA.

TEXTOS:

1. Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, Derecho de Familia y Sucesiones, 1ª. Edición, Editorial Harla, S.A. de C.V., México, 1990.
2. Civoli, por Rodríguez Camarena José Alvaro, La Necesidad de Tipificar como Delito el Tráfico de Infantes dentro de nuestro Código Sustantivo de Guanajuato, 1991.
3. Cortés Ibarra, Miguel Angel, Derecho Penal Mexicano, Parte General, Editorial Porrúa, S. A., México, 1971.
4. Cuello Calón, Parte General, Volumén I, Ediciones Bosch, Barcelona 1975.
5. Díaz Aranda, Enrique, Dolo, Editorial Porrúa, S. A. México, 2000.
6. Jiménez de Asúa, Luis, Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito, Ediciones Sudamericana, Buenos Aires, 1990.
7. Jiménez Huerta, Mariano, La Antijuridicidad, Imprenta Universitaria, México, 1952.
8. López Betancourt, Eduardo, Teoría del Delito, Editorial Porrúa, S. A., México, 1994.
9. Pavon Vasconcelos, Francisco, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., México, 1995.

10. Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Parte General, 3ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1975.
11. Vonz Liszt, Franz, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Editorial Reus, Madrid España, 1927.

LEGISLACION:

1. Código Civil y de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato, Anaya Editores, S.A., México, D. F., 2000.
2. Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato, Anaya Editores, México, D.F., 2000.
3. Código Penal para el Distrito Federal, Anaya Editores, México, D.F., 2000.
4. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, S. A., México D.F., 2000.