

879309



UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE

FACULTAD DE DERECHO



CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO

CLAVE: 879309

INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ASISTENCIA
FAMILIAR PERSEGUIBLE DE OFICIO

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

DAVID EDUARDO MENDOZA ARELLANO

ASESOR:

LIC. FRANCISCO GUTIERREZ NEGRETE

CELAYA, GTO.

OCTUBRE DEL 2003



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ESTA TESIS NO SALI
DE LA BIBLIOTECA

AGRADECIMIENTOS :

A MI SALVADOR, MI TORRE FUERTE, MI SEÑOR:

Gracias; por que en Ti he encontrado la dicha de la vida, la razón de mi existir; de lo que soy y seré ; por esa Fe y Amor que me das.

Por que “ Ciertamente en Ti esta la Justicia y la Fuerza; a EL vendrán, y todos los que contra EL se enderecen serán avergonzados” **Is 45: 24** .

A MI PADRE :

José Ernesto; a quien fue mi padre, maestro y amigo en consejo, hombre, al fin hombre como él no habrá. Gracias por vivir en Mi. “Nunca lo olvidaré”.

A MI MADRE:

Maria Lourdes ; La gran bendición que me ha dado Dios en esta Tierra, Señora que desde niño hasta hoy me acompaña en todos mis pasos , motivo de mi lucha , mujer como ninguna , con todo mi cariño Para Ti.

A MI HERMANO :

Ernesto; Mi compañero de mi vida, gracias por compartirme tu alegría, tu ayuda, tus desvelos y por creer en mi.

A MIS ABUELOS:

Por creer en mi, el deseo hoy cumplido.

A MI ASESOR:

El Licenciado. Francisco Gutiérrez Negrete, por su valiosa cooperación y paciencia en la realización de esta tesis, agradezco su apoyo incondicional que en cada momento me brindo dentro y fuera del Aula .

A MIS AMIGOS:

Que son muchos y no cabrían en este escrito; Pero lo que sé, es que en todos ellos como Tu; encontré depositada : La confianza, el aliento e impulso de no claudicar hasta alcanzarlo. Gracias por tenerlos.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: David Eduardo

Mendoza Arellano

FECHA: 4 - FEB - 2004

FIRMA: P.A. B...

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I

DERECHO PENAL

1.1.- El Derecho Penal.....	1
1.2.-El derecho Penal en sentido Objetivo y subjetivo.....	4
1.3.- El derecho Penal en sentido sustantivo y adjetivo.....	5
1.4.- La ciencia en el Derecho Penal y Dogmática penal.....	6
1.5- La definición de Delito.....	7
1.6 .- Noción Etimológica.....	7
1.7.- El delito en la Escuela clásica.....	8
1.8.- Noción sociológica del delito.....	8
1.9.- Concepto según la escuela Positivista.....	11
1.9.1- Concepto jurídico del Delito.....	11
1.9.2.-Noción Jurídico-Formal.....	11
1.9.3.-Noción jurídico- Substancial.....	12
1.9.4.- Concepto Legal.....	12

CAPITULO II

ELEMENTOS DEL DELITO Y FACTORES NEGATIVOS.

2.1.- Conducta y ausencia de conducta.....	13
2.2.- Tipicidad - Atipicidad.....	24
2.3.- Clasificación de los delitos.....	26
2.4.-Antijuricidad- y el estudio de las diversas causas de Justificación.....	36
2.5.-Imputabilidad – Inimputabilidad.....	47
2.6.-Culpabilidad – Inculpabilidad.....	52
2.7.-Punibilidad- Excusas absolutorias.....	69

CAPITULO III

PROCEDIMIENTO PENAL

3.1.-Procedimiento Penal.....	76
3.2.-La averiguación Previa.....	77
3.3.-La denuncia.....	78
3.4.-La querrela.....	80
3.5.- La averiguación Previa.....	85
3.6.- Cuerpo del delito.....	86
3.7.- Probable responsabilidad.....	87
3.8.- Instrucción.....	88
3.8.1.- Auto de formal Prisión.....	89
3.8.2.- Auto de formal Sujeción al proceso.....	90
3.8.3.- Auto de soltura.....	90
3.8.4.- Juicio.....	91
3.8.5.- Audiencia Final.....	93
3.8.6.- Sentencia.....	94

CAPITULO IV

FAMILIA

4.1.- Familia.....	96
4.2.- Concepto Biológico.....	97
4.3.- Concepto Jurídico de la familia.....	97
4.4.- La familia en México como célula fundamental de la sociedad.....	98
4.5.- La Protección Constitucional de la Familia.....	99
4.6.- El derecho de la Familia.....	100
4.7.- Definición de familia.....	100
4.8. Fuente de la familia.....	101
4.9.- Ubicación en el campo de las Disciplinas Jurídicas.....	102
4.10.- El derecho de familia y el Orden Público.....	103
4.11.- Alimentos. Concepto de alimentos.....	104
4.12.- Contenido de los Alimentos Según el Código Civil del Estado de Guanajuato	105
4.13.- Su importancia del sustento y supervivencia.....	105
4.14.- Fundamentación.....	106
4.15.- Alimentos en los puros actos Civiles.....	106
4.15.1.- En el matrimonio.....	106
4.15.2.-. En el parentesco.....	108
4.15.3.- En el concubinato.	109
4.15.4.- En la adopción Plena.	110

4.15.5.- En el Divorcio-----	111
4.15.6.- En la Tutela. -----	112
4.16. Definición y concepto de la Obligación alimentaria.-----	116
4.17.- Concepto Jurídico de Alimentos -----	117
4.18.- Fundamento.-----	117
4.19.-Contenido y su objeto de la obligación alimentaria.-----	118
4.20.- Fundamento Constitucional del artículo 4° párrafos VII, VIII Y IX.--	119
4.21.- Los sujetos a la obligación alimentaria.-----	119
a)Acreedor alimentario-----	120
b)Deudor alimentario-----	120
c)Tercero que proporcione alimentos-----	120
4.22.- Características de las obligaciones alimentarias.-----	121
4.23.- Terminación de la obligación alimentaria.-----	124
4.24.- Garantía de aseguramiento. -----	125

CAPITULO V

TIPO PENAL DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE ASISTENCIA FAMILIAR.

5.1.-Tipo Penal del Incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar en el Estado de Guanajuato en su artículo 215°-----	126
5.2.-Presupuesto de Conducta.-----	127
5.3.-Sujeto Activo. Calificado. Deudor alimentario.-----	129
5.4.-Sujeto Pasivo. Acreedor alimentario.-----	129
5.5.-Conducta.-----	130
5.6.- Finalidad.-----	131
5.7.- Párrafo Segundo-----	132
5.8.- Párrafo Tercero.-----	132
5.9.- Características del delito.-----	132
CONCLUSIONES.	
BIBLIOGRAFÍA .	

INTRODUCCIÓN

La obligación de alimentos, nace de múltiples relaciones familiares que unas veces tiene su arranque en la propia naturaleza y otras se originan por mandato de Ley.

La Ley en determinadas circunstancias a la vez que en forma imperiosa, impone la obligación de suministrar a otra persona los recursos necesarios para atender a las necesidades de la vida.

Debiéndose esto explicar en forma breve, la razón y fundamento del derecho a recibir los alimentos. Todas las doctrina, reconocen unánimemente que siendo la personalidad humana un ser físico y espiritual, con necesidades para la realización de sus fines, es indispensable que aquellos que en determinadas circunstancias se encuentran, provean los medios necesarios para el cumplimiento de dicho fin a los que por su propia debilidad, por imposibilidad física, o moral o por cualquier otra circunstancia no pudieran bastarse así mismos.

Por lo que respecta a la familia, requiere recibir más protección y en ella, particularmente los hijos menores naturalmente incapaces de defenderse por si mismos y en ciertos estratos sociales, las mujeres, quienes a menudo personalizan a la parte más vulnerable de la relación.

Debiendo ser la obligación de asistencia familiar cumplida por todo deudor alimentario, y el perdón del ofendido no tuviera cabida, de ninguna forma ya que se violan preceptos normativos como: alimento, vestido, educación, salud, habitación; que generan, un mejor nivel de vida para la familia, y a su vez cumplen con la finalidad intrínseca del matrimonio, que es la perpetuación de la especie, los valores y la ayuda mutua en un entorno llamado sociedad en el que el Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad y ejercicio pleno de sus derechos.

CAPITULO I

1.1.-El Derecho Penal

El Derecho Penal: Es la rama del Derecho público interno relativa a los (delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objetivo inmediato la creación y la conservación del orden Social. ¹

Por derecho público entiéndase el conjunto de normas que rigen relaciones en entre el Estado soberano y el particular gobernado, a diferencia del derecho Privado entendido como un conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre los particulares gobernados. ²

El derecho Penal.- Es una rama del Derecho público en virtud, de que cuando tenemos la existencia de un posible delito, la relación jurídica Material es establecida entre el Estado con Ius poniendi y el presunto delincuente. En esta relación jurídico material interviene el Estado formando parte de ella, relacionándose con el presunto delincuente, consecuentemente si el derecho público es un conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre el Estado Soberano y los particulares gobernados, es indudable que el derecho Penal constituye una rama del derecho público.

Por lo anterior debemos decir Pues todo el Derecho(también el Privado) lo dicta y lo aplica el Estado. Hay necesidad, en consecuencia, de atender a los términos de la relación Jurídica; si en uno de ellos, o en ambos, aparece el Estado como Soberano, las normas reguladoras de tal relación, pertenecerán al derecho público; en cambio, si la relación rige sólo entre los particulares, formara parte del derecho Privado. Por ende

¹ Fernando Castellanos. Lineamientos elementales de derecho Penal, Edit, Porrúa Trigésima primera edición, Pag. 19.

² IDEM Pag 19.

el Derecho Penal es una rama del público, no por emanar del estado las normas en donde se establecen los delitos y las penas, ni tampoco por corresponder su imposición a los órganos estatales, pues, como se ha expresado, todo derecho positivo emerge del estado y por éste se impone, sino porque al cometerse un delito, como ya se dijo anteriormente la relación jurídico material que surge se establece entre el Estado como soberano con su Ius poniendi y el presunto delincuente gobernado y no entre este y el particular ofendido. En Concreto puede decirse que el Derecho Penal es público por normar relaciones entre el poder y los gobernados.³

Por otra parte el Derecho Penal ésta dirigido a los súbditos, aplicándose dentro del territorio y dentro de los límites jurisdiccionales del Estado, se le considera una rama del derecho interno, sin constituir excepción los convenios celebrados entre los países para resolver cuestiones de naturaleza Penal, pues esos tratados no son sino actos de voluntad soberana de quienes los suscriben.

El derecho Penal sólo se distingue de otras ramas por la mayor reacción del poder del estado; este responde con más energía frente al delito que ante las violaciones a normas civiles, administrativas o de otra índole, en consecuencia, la distinción entre el derecho Penal y las otras disciplinas jurídicas, en relación directa al segundo elemento de la norma jurídica que es la sanción y que en materia Penal se traduce precisamente en la pena.

Por otra parte existe un sin número de definiciones tendientes a limitar el concepto derecho Penal, dentro de esas muchas definiciones, destacan las siguientes:

El derecho penal debe valer por la defensa de la sociedad mediante la pena, y las medidas de seguridad, por la significación valoración social y jurídica de la conducta humana, en los casos de violación a la ley impuesta por el Estado para salvaguardar los intereses jurídicos comunes de sus miembros.

³ Ibidem pág 20

Eugenio Cuello Calon. En su obra define al Derecho penal como el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado y que determinan los delitos y las penas.

Para este tratadista el Derecho Penal es un conjunto de normas establecidas por el Estado que es el único titular del derecho penal y las normas jurídicas que lo constituye se dirige a todos los individuos sometidos a esta Ley del Estado.

Todos los intereses del Derecho Penal intentan proteger, son de gran importancia sin embargo de entre ellos, hay algunos cuya tutela debe ser asegurada sin dispensa alguna, por ser fundamentales en determinado tiempo y lugar para garantizar la supervivencia misma del orden social. Para lograr tal fin, el Estado esta naturalmente, facultado y obligado a la vez, a valerse de los medios idóneos, en donde se origina la necesidad y justificación del Derecho Penal, que por su naturaleza esencialmente punitiva, tiene por finalidad crear y conservar el orden social.

Por las ideas expuestas, consideramos que el Derecho Penal es sin duda de importancia y trascendental para la vida Jurídica de toda sociedad, al normar la conducta de sus miembros integrantes y al procurar la seguridad y orden social protegiendo los valores más importantes que la colectividad requiere para vivir pacíficamente.

El lugar que ocupa el Derecho Penal, dentro de la enciclopedia de las ciencias Jurídico Penales es de que se trata de una ciencia y además de un conjunto de normas de carácter represivo, el derecho penal respecto de su aplicación es la instancia más drástica para regular la conducta de los hombres dentro de la sociedad.

1.2 El Derecho Penal en sentido Objetivo y Subjetivo.

El Derecho Penal, en sentido objetivo, dice Cuello Calón, es el conjunto de normas Jurídicas establecidas por el estado que determinan los Delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquellos son sancionados. ⁴

Von List lo define como el sistema de normas establecidas por el Estado, que asocia al crimen como hecho, la pena como su legítima consecuencia. ⁵

Según Edmundo Mezger, el Derecho penal objetivo es el conjunto de reglas que norman el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando en el delito como presupuesto, con la pena que es su consecuencia Jurídica.

Raúl Carrancá y Trujillo, señala que el Derecho Penal" Es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación. ⁶

El sentido subjetivo, el Derecho Penal se identifica con el Ius puniendi: es el derecho a castigar.⁷

Para Cuello Calón es el Derecho del Estado a determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad. op. Cit pág.21

⁴ Eugenio Cuello Calón Derecho Penal I pag 88° Edt. Op. Cit. Castellanos Op. cit. Pag 21

⁵ Tratado de derecho Penal, Reus, Madrid, 1926, t.I, pág. 5. Castellanos Op cit. P.21

⁶ Derecho Penal Mexicano, I pág. 17, 4° edición. Op.Cit Castellanos Pág. 21

⁷ Adolfo de Miguel Garcilópez, Derecho Penal, pág 7. Castellanos Op. Cit Pág 21. Consiste en la facultada del Estado(mediante leyes) de conminar la realización del Delito con penas, y , en su caso, imponerlas y ejecutarlas

En realidad del derecho Penal subjetivo, es el conjunto de atribuciones del Estado, emanadas de normas, para determinar los casos en que deben imponerse las penas y las medidas de seguridad.

1.3.-El Derecho Penal en sentido sustantivo y adjetivo:

Según se ha visto, el Derecho penal se integra con normas relativas al delito, a la pena y a las demás medidas de lucha contra la criminalidad; por lo tanto, la verdadera sustancia del derecho penal la constituyen tales elementos; de ahí la denominación Derecho Penal. sustantivo o material.

Para Eusebio Gómez, el Derecho Penal sustantivo concreta la noción del delito y determina sus consecuencias.⁸

Y se podría definir como un conjunto de normas jurídicas que establecen las instituciones jurídicas y las normativizan; establecen también los derechos y obligaciones provenientes de esas instituciones jurídicas y los instrumentos a través de los cuales se pueden exigir el cumplimiento de las obligaciones.

Las normas del derecho penal sustantivo no debe aplicarse en forma arbitraria o caprichosa, sino de manera sistemática y ordenada, para ello excite otra reglamentación cuyo objeto es señalar el camino a seguir en la imposición del derecho material y recibe el nombre de Derecho Adjetivo o instrumental y con mayor frecuencia, Derecho penal procesal.

El derecho Procesal suele definirse como el conjunto de normas relativas a la forma de aplicación de las reglas penales a casos particulares.

Eusebio Gómez expresa que el derecho Procesal penal regula el desenvolvimiento del proceso penal. Según Manuel Rivera Silva, el Derecho procesal penal es el conjunto de reglas que norman la actividad estatal que tiene por objeto el eslabonamiento del delito con la sanción.⁹

⁸ Tratado de derecho Penal, I pág, 83. Buenos Aires, 1939 Op. Cit Castellanos pág 22

⁹ Procedimiento Penal, México, pag, 17. citado IBIDEM pág 23 .

1.4 La Ciencia del Derecho Penal y Dogmática Jurídico Penal.

Para Eugenio Cuello Calón, la Ciencia del Derecho Penal es el conjunto sistemático de principios relativos al delito, a la pena y a las medidas de seguridad. Se trata de una sistematización cuyo objeto lo constituyen las normas que definen los actos seriamente trastornadores del orden social y las medidas adecuadas para su prevención y represión.

En los sistemas de derecho Liberal como el nuestro, sólo la Ley establece delitos y penas. Así lo manda la constitución federal en su artículo 14. En consecuencia, para el penalista la Ley es como verdadero Dogma, debe tener por verdad firme y cierta, base de toda investigación. La Dogmática Jurídico Penal es la disciplina cuyo objeto consiste en descubrir, construir y sistematizar los principios rectores del ordenamiento penal positivo.

Suele identificarse la Dogmática Jurídico penal con la Ciencia del Derecho Penal. Contra la opinión general, consideramos a la primera, parte de la segunda. Mientras el derecho Punitivo es conjunto de normas, la ciencia del derecho Penal integrarse por principios cuyo objeto es, desde luego, el estudio de las normas, positivas, pero también, como expresa el maestro Villalobos, fijar la naturaleza del delito, las bases, la naturaleza y los alcances de la responsabilidad y de la peligrosidad, así como la naturaleza, la educación y los límites de la respuesta respectiva por parte del estado Derecho ¹⁰

En concreto. Derecho Penal: La Dogmática es una rama de la Ciencia del Derecho Penal cuya misión es el estudio integral del ordenamiento penal positivo.

El Derecho Penal se ha dividido para su estudio en dos partes: la Parte General y la Parte Especial, siendo la primera subdividida en:

¹⁰ Penal Mexicano, pág 19, segunda edición . Porrúa 1960. Castellanos. Op.cit. pag.24

Introducción; Teoría de la Ley Penal; Teoría del Delito; Teoría de la Pena y de las medidas de seguridad.

La Teoría del Delito es la que nos interesa mencionar, la cual comprende, las generalidades sobre la definición; concepto; elementos; factores positivo y negativos; la vida del Delito; la Participación; y el concurso y la teoría del Pena y de las medidas de Seguridad, nos ayudaran para poder desarrollar este tema.

1.5 Definición del Delito.

Los autores han tratado en vano de producir una definición del delito con validez universal para todos los tiempos y lugares, una definición filosófica, esencial. Como el delito esta íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, los hechos que unas veces han tenido ese carácter, lo ha perdido en función de situaciones diversas y, al contrario, acciones no delictuosas, han sido erigidas en delitos. A pesar de tales dificultades, como se verá, después, es posible caracterizar al delito jurídicamente, por medio de formulas generales determinantes de sus atributos esenciales.

1.6 Noción Etimológica.

La definición del delito, la palabra delito, deriva del supino delictun del verbo delinquere, a su vez compuesto de linquere, deriva del verbo latín delinquere, que significa abandonar apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley; dejar, y el prefijo de en la connotación peyorativa, se toma linquere viam o rectam viam: dejar o abandonar el buen camino.

En este sentido el gran maestro italiano Francisco Carrancá, afirma que el delito es una infracción que se traduce en la separación del camino y de la disciplina tratado por el derecho y consecuentemente la trasgresión a las disposiciones que regula el orden social.

Es decir que el delito es acto penado por la ley como dispone el código penal Mexicano y añadir que es la negación del derecho.

1.7 El Delito en la Escuela Clásica.

Según Francisco Carrancá. Que es el principal exponente de la escuela clásica, quien lo define 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. El delito para Carrancá no es un ente de hecho, sino un ente jurídico que consiste necesariamente en la violación del Derecho.

Llama al Delito Infracción a la Ley, en virtud de que un acto se convierte el delito únicamente cuando choca contra ella; y para no confundirse afirma su carácter de infracción a la ley del Estado y agrega que dicha ley debe ser promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, pues sin tal fin carecería de obligatoriedad y además, para hacer patente que la idea especial del delito no esta en transgredir las leyes protectoras de los interés patrimoniales, sino la seguridad de los Ciudadanos.

Resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, haciendo significar que solamente el hombre puede ser agente activo del Delito, tanto en sus acciones como omisiones. Moralmente Imputables, por estar el individuo sujeto a las leyes criminales.¹¹

No obstante a lo anterior El maestro Carlos Binding dice que el delincuente al llevar a cabo una conducta delictuosa no viola la Ley, sino que se ajusta al tipo y lo que realmente se viola es la norma Jurídica Penal.

1.8 Noción Sociológica del Delito.

Por mucho tiempo los positivistas se limitaron a repetir que el delito es hecho natural, fruto de factores antropológicos, físicos y

¹¹ Castellanos Op. Cit. Pág .125

sociales, pero sin ensayar una definición del mismo que lo caracteriza con independencia de toda valoración legal.

Cada delito en particular se realiza necesariamente en la naturaleza o en el escenario del mundo, pero 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 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 él.

Garófalo afirmó que el delito es la violación de los sentimientos de piedad y probidad poseídos por una población en la medida mínima que es indispensable para la adaptación del individuo en la sociedad.

Garófalo seguía los caminos del darwinismo y, trasladando la investigación del delito natural al campo del sentido moral como *substratum* de la reproducción de ciertos actos calificados como delitos, acepto con su maestro que el origen de tal sentido moral se debe a la simpatía instintiva que sentimos por los semejantes llegando por esa vía a los ya mencionados sentimientos de piedad y probidad.¹²

Dentro de los conceptos modernos resultan muy exigidos los alcances de la piedad y de la probidad para explicar los delitos contra la seguridad de la Nación, contra el Derecho Internacional, contra la seguridad Pública, contra la autoridad, contra la moral sexual, contra la economía pública, contra el Estado Civil, contra la libertad de pensamiento, etc., los cuales son tan esencialmente delictuosos como el homicidio o el robo, si lo jurídico no se confunde con lo sentimental.

Por eso se ha hecho notar que es una base falsa, para una noción Jurídica, el referirse a sentimientos individuales, y no a necesidades colectivas.

¹² GARAFALO, Op Cit. por Villalobos Ignacio, p.207

Y en cuanto a la simpatía por los semejantes, hay que recordar que la verdadera cultura esta llevando a reprimir las crueldades y los malos tratos contra los animales.

Spencer considera el sentido moral como algo no natural o congénito en la raza humana, sino debido al raciocinio; si bien el comprender desde las primeras agrupaciones humanas la necesidad de ciertas reglas de conducta produjo una costumbre intelectual que transmita por herencia a la posteridad se ha convertido en instinto.

Suponiendo, pues, que hoy se conservara este instinto o este sentido moral como algo que exista en la mayoría de los hombres, las ideas aceptadas por el propio Garófalo no podrían llevarnos sino a lo que en sus orígenes fue raciocinio, valoración intelectual, creación de la mente y no hecho natural.

Como consecuencia de haber una noción sociológica del delito, no sería una noción inducida de la naturaleza y que tendiera a definir el delito. Como el Hecho natural que no lo es; si no como concepto básico, anterior a los códigos que el hombre adopta para calificar las conductas humanas y formar los catálogos legales.

Por eso Berenini¹³ trato de subsanar la omisión del elemento subjetivo y propuso una nueva fórmula que se acerca más a la noción del delito, en la que habla de acciones determinadas por móviles individuales antisociales (supuesto contenido de la culpabilidad), que turban las condiciones de vida y contravienen la moralidad de un pueblo (contenido material de la antijurídica violación de la ley penal); y por eso a de entenderse que la esencia del delito se halla en todo atentado grave al orden jurídico.

¹³ BERENINI, Op.Cit. IBIDEM.p.p. 208

1.9 Concepto según la escuela Positivista.

Los Positivistas pretendieron demostrar que el Delito era un fenómeno o hecho natural, resultado necesario de factores hereditarios, de causas físicas y de fenómenos.

1.9.1 Concepto Jurídico del Delito

La definición jurídica del Delito debe ser, naturalmente, formulada desde el punto de vista del derecho, sin incluir ingredientes causales explicativos, cuyo objeto es estudiado por ciencias fenomenológicas como la antropología, la sociología, la psicología criminal y otras. Una verdadera definición del objeto que trata de conocerse, debe ser una fórmula simple y concisa que lleve lo material y lo formal del delito. En lugar de hablar de violación de la Ley como una referencia formal de antiguridicidad, o concretarse a buscar los sentimientos o intereses protegidos que vulneran, como un contenido material de aquella violación de la Ley.

Desde el punto de vista jurídico se ha elaborado definiciones del tipo formal y de carácter sustancial.

1.9.2.-Noción Jurídico- Formal.

La verdadera Noción Formal del delito la suministra la ley Positiva mediante la amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de ciertos actos, pues formalmente hablando, expresan, el delito se caracteriza por su sanción Penal; sin una Ley que sancione una determinada conducta, no es posible hablar del delito.

1.9.3 Noción Jurídico -Sustancial.

Las nociones formales del Delito no penetran en la verdadera naturaleza del mismo, Mezguer elabora también una definición jurídico-sustancial, al expresar que el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable.

Para Cuello Calon es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible. Por su parte Jiménez de Asúa textualmente dice: "Delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. En forma semejante Ernesto Beling pero sin hacer la referencia a la imputabilidad.

Como se ve, a Jiménez Asúa se incluyen como elementos del Delito: La acción, la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de penalidad. En consecuencia, para nosotros, los elementos esenciales del delito son: Conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, mas esta ultima requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario.

Lejos ya, culturalmente, de los tiempos en que sólo se atendió al daño hoy reconoce que sólo puede atribuirse criminalidad a los seres humanos y por tanto, que la base estructural de toda definición del delito tiene que ser una actuación humana, sobre la cual recaerán las calificativas de antijuricidad y culpabilidad que la hagan punible.

1.9.4 Concepto Legal.

El código Penal Federal en su artículo 7° lo define: Como el acto u omisión que sanciona las Leyes Penales, concepción impecable.

El Código Penal para el Estado de Guanajuato lo definía en el artículo 11° ,como la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible, acogía a las doctrinas alemanas en la que se menciona los elementos esenciales del delito.

Pero el código Penal vigente para el Estado de Guanajuato, en su Capítulo I Clasificación y reforma; en su artículo 8°. No Lo define; y que a su letra dice: " El delito puede ser cometido por acción o por omisión".

Si bien es cierto que no lo define, se debe presumir la existencia de su definición, es decir todo el aspecto positivo del Delito, en razón en el artículo 33 del Código Penal para el Estado de Guanajuato establece todo el aspecto Negativo del delito. En el artículo 12 que a la letra dice "Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse en forma dolosa o culposa.

CAPITULO II

ELEMENTOS DEL DELITO Y FACTORES NEGATIVOS.

De acuerdo con el método aristotélico de sic et non, contrapone lo que el delito es a lo que no es:

Aspectos Positivos

- a) Conducta
- b) Tipicidad.
- c) Antijuricidad.
- d) Imputabilidad.
- e) Culpabilidad
- f) Punibilidad.

Aspectos Negativos

- Ausencia de Conducta
- Atipicidad
- Causas de Justificación
- Causas de inimputabilidad.
- Causas de inculpabilidad
- Excusas absolutorias.

2.1 CONDUCTA Y SU AUSENCIA DE CONDUCTA.

EL CONCEPTO DE CONDUCTA.

El Delito es una Conducta humana, y como tal es el primer elemento esencial del Delito. A este elemento del Delito se le ha denominado: Accto, Acion, Hecho.

La Conducta es el elemento objetivo del delito que Fernando Castellanos ha definido como comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a, un propósito. En tanto que para Von Liszt, este elemento objetivo lo denominaba acción y se traducía en el movimiento corporal voluntario positivo o negativo, desencadenante del proceso causal que modifica el mundo exterior ¹

A este elemento objetivo del delito se le ha llamado también; acción, conducta, actividad. La conducta es un término que podemos comprender tanto su aspecto positivo, acción, como su aspecto negativo, omisión, siendo los dos constitutivos de un comportamiento humano.

Solamente el hombre puede ser sujeto del elemento objetivo del delito llamado conducta debido a que solo los seres humanos pueden cometer conductas positivas o negativas ya sea una actividad o inactividad. Es voluntario dicho comportamiento porque es decisión libre del sujeto y esta encaminado a un propósito, porque tiene finalidad al realizarse la acción u omisión.

Siguiendo la definición de Fernando Castellanos, como la definición de Liszt, respecto de ese elemento del delito, la conducta o acción, tiene un factor rector que es la voluntad, es decir, para que exista este llamado elemento objetivo del delito es necesario que el comportamiento o movimiento corporal del agente o sujeto activo,

¹ Moreno Moisés. Teoría del delito. 20 edición. Editorial Porrúa, S.A.1975. Pag. 1-16.

obedezca siempre a una manifestación de la voluntad, solamente así podremos hablar de conducta o acción.

El tratadista Hegel consideraba que la voluntad estaba compuesta de dos factores: El factor externo y el factor interno o de dirección que se traducía en lo que el sujeto quiere o pretende con su movimiento corporal voluntario.

El termino conducta; dentro de el se puede incluir correctamente tanto el hacer positivo como el negativo "El actuar y el abstenerse de obrar siendo los dos constitutivos de un comportamiento humano."

Acción o conducta.- Es un comportamiento que media un movimiento de la psique.

El delito independientemente de su composición técnico jurídica requiere del sujeto humano que viene hacer constituida por la conducta humana, sin esta no puede ni tan si quiera pensarse en los demás elementos del delito.

La manifestación de voluntad.- puede consistir en la realización o en la omisión voluntarias a un movimiento del cuerpo. La conducta interviene dos factores, uno de ellos eminentemente material externo llamado "soma" (cuerpo material) y el otro carácter interno denominado "psique" (animico-mental- espiritual).

En tanto que para Von Liszt, detennina que la acción Humana, debe ser voluntaria y que esa acción se refiere únicamente al movimiento corporal que produce un resultado material y donde únicamente existe una relación entre el movimiento corporal y el resultado material, de ahí el nombre de la relación causal.

Para Porte Petit: El elemento objetivo del delito es la conducta (si es el tipo legal describe simplemente una acción o una omisión) la producción de un resultado material, unido por un nexo causal. La sola conducta agota el elemento, objetivo del delito cuando por si misma llena el tipo, como sucede en los delitos de mera actividad (o en los de simple omisión) carentes de un resultado material.

ELEMENTOS QUE INTEGRAN LA CONDUCTA.

La acción, concepto y elementos.

Hemos señalado que la conducta puede presentarse en dos sentidos; mediante haceres positivos o negativos; es decir, por actos u abstenciones.

En la comisión , desde el punto de vista positivo tenemos un hacer, ese hacer es una acción, la acción *se* nos convierte en comisión cuando *se* viola una norma prohibitiva.

En estricto sentido la acción es la actividad voluntaria realizada por el sujeto; *se* integra por el movimiento, que es un elemento físico, y por la voluntad, que es un elemento Psíquico. Este movimiento voluntario produce un resultado y por ende existe un nexo causal entre la conducta y el resultado.

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

La voluntad *se* refiere el querer de la acción, por eso *se* dice que existe una relación de causalidad, al presentarse un nexo psicológico entre el sujeto y la actividad, donde la voluntad va dirigida a la realización de la acción.

Elementos de la Accion:

En tal sentido el maestro Porte Petit señala que generalmente se consideran como elementos de la acción son: a una manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad; así mismo para el maestro Español Cuello Calon los elementos de la acción son: un acto de voluntad y una actividad corporal; en tal sentido se expresa el tratadista Jiménez de Asúa que los elementos son: Una manifestación de voluntad, resultado y la relación de causalidad. Al respecto el gran Dogmático Alemán Edmundo Mezguer manifiesta que la acción se encuentra compuesta por los elementos siguientes, por ejemplo un

querer del agente, un hacer del agente y una relación de causalidad entre el querer y el hacer.²

Maggiore define al resultado como la consecuencia de la acción, que la ley considera decisiva para la realización del tipo de delito, o lo que es lo mismo, la realización del tipo de delito fijado por la ley. El resultado es el efecto voluntario en el mundo exterior como efecto de la actividad delictuosa.³

La ley considera decisivo para la configuración del Delito, el resultado que corresponda a la modificación o modificaciones que la conducta produzca o haya producido en el mundo exterior.

Debe existir la relación causal entre la conducta y el resultado, esto es, el resultado debe tener como causa un hacer de la gente, una conducta en sentido positivo o en sentido negativo.

En la conducta debe establecerse la relación de causalidad entre la acción física y el resultado exterior para que pueda ser atribuido al sujeto, debe existir la relación causal en el nexo, entre el comportamiento humano, la consecuencia de este y el resultado material.

Los tratadistas en relación a la doctrina Penal han afirmando que los elementos de la acción son:

1.- Una manifestación de Voluntad.

Que se traduce movimientos corporales ya sea Positivos o negativos de tal forma que cuando la manifestación de voluntad se expresa al exterior, esta puede crear un movimiento corporal, un hacer efectivo, un llevar acabo es decir una acción; pero cuando esa manifestación de voluntad representa un aspecto negativo de la conducta o sea una conducta negativa, esta se traduce en una inactividad que se nos convierte en omisión. Desde el punto de vista positivo la acción cuando viola una norma prohibitiva se nos convierte en una comisión; pero cuando se trata de una inactividad esta se

² Castellanos Fenando. Lineamientos elementales de derecho Penal.p 154

³ Magiore , Giuseppe, Derecho Penal, 15 ed, Ed. Temis, bogota, 1989 p.357

convierte en omisión cuando viola una norma dispositiva que ordena y manda .

2.- Resultado:

Este es el segundo elemento de la ACCIÓN O CONDUCTA, que no es otra cosa que la Mutación o modificación en el mundo exterior producto de la conducta considerada como la manifestación de la voluntad, cuando se trata de comisión y cuando se trata de Omisión los tratadistas han afirmado que el segundo elemento o resultado que nos encontramos comentando es la no mutación del mundo exterior por la conducta o acción esperada y ordenada, por la Ley y no llevada a cabo por el sujeto activo.

3.-Nexo Causal:

Este se traduce en un vinculo causa efecto entre la conducta y resultado, de tal manera que el resultado debe ser consecuencia de la conducta, es decir que la conducta en sentido positivo o negativo, es la causa del efecto llamado resultado.

LA OMISION, CONCEPTO y ELEMENTOS

Frente a la acción como conducta en sentido positivo, tenemos por otro lado a la omisión, que es otra forma de conducta en sentido negativo, o inacción, que consiste en el no hacer, en tener la voluntad de inactividad al presentarse el deber de obrar establecido en las normas penales.

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

La omisión puede presentar dos formas:

- A) la omisión simple o propia originante de delitos de simple omisión.
- B) La omisión impropia, que da nacimiento a los delitos de comisión por omisión.

Así, Cuello Calon expresa: la omisión es la conducta negativa. Mas no toda inactividad es omisión, de acuerdo con ese autor, la

omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la ley Penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado

Para Jiménez Huerta la omisión es una inacción corporal, un estado de quietud de aquellas partes del cuerpo cuyos movimientos dependen de la voluntad que es, como la acción, forma integrante de la conducta, pues la inactividad es un comportamiento frente al mundo externo.⁴

Maggiore dice que la omisión es " toda conducta humana, dolosa o culposa, que sin necesidad de una acción material (movimiento corpóreo), produce algún cambio en el mundo exterior."

Los delitos de omisión consisten en la abstención del sujeto, cuando la ley ordena la realización de un acto determinado. Esta omisión es la conducta inactiva , es la manifestación de la voluntad exteriorizada pasivamente en una inactividad, para que esta omisión sea sujeta de Derecho penal, debe existir el deber jurídico de hacer algo.

Como en la acción, en la omisión existe una manifestación de voluntad que se traduce en un no actuar; diciendo que los elementos de la Omisión son:

- 1.- Manifestación de la voluntad.
- 2.- Una conducta pasiva.
- 3.- Deber jurídico de obrar.
4. -Y un resultado.

Todo esto unido por el llamado nexo-causal.

- a).- Voluntad(también en los delitos de olvido, pues como dijimos en ellos se aprecia, a nuestro juicio el favor volitivo); La voluntad encamínese a no efectuar la acción ordenada por el derecho.
- b).- Inactividad o conducta pasiva.

La inactividad esta íntimamente ligada al otro elemento, al psicológico, habida cuenta de que el sujeto se abstiene de efectuar el acto a cuya realización estaba obligado.

⁴ Pavón Vasco selos Francisco. ; Manual de derecho Penal Mexicano 24 edición Ed Porrúa, S.a 1976. P 224

Para Franz Von Listz en la omisión la manifestación de voluntad consiste en no ejecutar, voluntariamente, el movimiento corporal que debiera haberse efectuado.⁵

La omisión impropia o comisión por omisión.

La esencia de la omisión impropia, también denominada comisión por omisión, se encuentra en la inactividad voluntaria que al infringir un mandato de hacer acarrea la violación de una norma prohibitiva o mandato de abstenerse, produciendo un resultado tanto típico o jurídico como material. Por ello Jiménez de Asúa, estima que dichos delitos existen cuando se causa una mutación en el mundo exterior no haciendo aquello que se espera de agente, o como lo expresa Cuello Calon, la omisión impropia consiste en producir un cambio en el mundo externo, mediante la omisión de algo que el derecho ordenaba hacer.

En síntesis, se esta en presencia de un delito de comisión por omisión cuando el agente llega a producir un resultado material típico a través de una inactividad o no hacer voluntario o culposo, con violación de una norma preceptiva, disposición que ordena, y una norma prohibitiva.⁶

Son por tanto elementos de la omisión impropia:

- 1.- Voluntad.
- 2.- Inactividad o no hacer, cuya relevancia jurídica se encuentra en la acción esperada y exigida, y
- 3.- Un deber de obrar y un deber jurídico de abstenerse que resultan violados.

⁵ Tratado de derecho penal, pag. 79, 3a edición en español, Reus, Madrid.

⁶ Pavón Vasco selos.p. 226

Se señala como diferencias fundamentales entre la omisión simple y la comisión por omisión, las siguientes:

En la omisión simple se vigila únicamente una norma preceptiva penal, en tanto que en los delitos de comisión por omisión, se viola una norma preceptiva penal o de otra rama del derecho y una norma prohibitiva de naturaleza estrictamente penal.

En los delitos de omisión simple solo se da un resultado jurídico; en los de comisión por omisión, se produce un resultado tanto jurídico como material.

En la omisión simple es la omisión la que integra el delito, mientras en la comisión por omisión es el resultado material lo que configura el tipo punible.⁷

AUSENCIA DE *CONDUCTA*.

La ausencia de conducta es el aspecto negativo de la conducta, abarca la ausencia de acción o de omisión de la misma, en la realización de un ilícito.

Liszt consideraba al movimiento corporal voluntario tanto desde el punto de vista positivo, como negativo; esto nos da como resultado las clases de conducta o acción; la acción en estricto sensu, que es un hacer, un llevar a cabo efectivo; y la omisión, que es un dejar hacer, una abstención u omisión, ambos aspectos necesariamente dependientes de la voluntad.

La ausencia de la conducta es uno de los aspectos impeditivos para la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico.

Así como la conducta humana es el primer elemento para que se de el delito, la falta, de conducta se refiere a los casos en que habiendo movimiento corporal o abstención, estas no obedecen a la voluntad, o sea, que no hubo voluntad. En nuestra legislación consideraba: En el artículo 16 del Código Penal comentado para el Estado de Guanajuato,

⁷Op. Cit. p .229

Cardona Arizmendi dice: "No existe conducta se viola la ley penal fuerza física irresistible, impedimento físico, fuerza mayor o en cualquier otro caso en que haya ausencia de voluntad del agente. En él artículo se reglamenta el aspecto negativo de la conducta. De igual forma se hace mención en el actual Código Penal para el Estado de Guanajuato en su artículo 33.- Que a la letra dice:

El delito se excluye cuando:

1.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente. Faltando la voluntad se anula o se destruye el elemento objetivo del delito como lo es la conducta y consecuentemente no puede haber delito.

Es pues un impeditivo de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico.

La ausencia de conducta se presenta por:

- a) Vis absoluta
- b) Vis mayor
- c) Impedimento físico
- d) Movimientos reflejos
- e) Sueño
- f) Sonambulismo
- g) Hipnotismo.

Una de las causas impeditivas de la integración del delito por ausencia de conducta, es la llamada vis absoluta, o fuerza física exterior irresistible, la aparente conducta desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana en el sentido valorativo del derecho, por no existir la manifestación de la voluntad, quien es violentado materialmente, es decir que la integración de esta figura requiere que la fuerza sea material, física, producida por hechos externos y que quien la sufre no pueda resistirla y se vea obligado a ceder ante ella. (no amedrentado, no cohibido, sino forzado de hecho) no comete delito, es inocente.

La vis maior. Es una fuerza mayor, es cuando el sujeto realiza una acción en sentido amplio (acción u omisión) coaccionado por una fuerza irresistible proveniente de la naturaleza, opera porque su presencia demuestra la falta del elemento volutivo, indispensable para la aparición de la conducta que, como se ha dicho es siempre un comportamiento humano voluntario.

Vis absoluta, vis maior: Se refieren a fuerzas físicas que actúan sobre el individuo. Tanto la Vis absoluta como la vis maior se caracterizan por su impulso físico irresistible que lleva a la causación de un resultado típico, con la diferencia que en la primera de ellas, tal impulso proviene del hombre, mientras la segunda no.

Por su parte, el impedimento físico: puede derivar de un tercero o de la naturaleza, pero ambos casos impide actuar, debiendo hacer para ese efecto, necesariamente invencible.

Por movimientos reflejos: Debemos entender aquellas reacciones del sistema neuro- vegetativo,(movimientos corporales involuntarios) en las que por tanto no interviene los centros nerviosos superiores del hombre, por lo que sí como consecuencia de un movimiento reflejo se produce un resultado típico, entonces no existirá conducta. Sobre estos cuatro aspectos existe un consenso más o menos unánime en el sentido de que tales casos no hay conducta por ausencia de voluntad.

Como falta de ausencia de la conducta tenemos también al:

Sueño: Es el descanso regular y periódico de los órganos sensoriales y del movimiento, acompañado de relajación de los músculos y disminución de varias funciones orgánicas y nerviosas, así como la temperatura del cuerpo.

Sonambulismo: Si existe conducta, más falta una verdadera conciencia; el sujeto se rige, por imágenes de la subconciencia provocadas por sensaciones externas o internas o por estímulos somáticos o psíquicos, esas imágenes producen “ una especie de conciencia ” no correspondiente a la realidad (inimputabilidad).

Hipnotismo: En esta figura la deriva del estado que guarda el individuo, en el que se dice hay una obediencia automática hacia el sugestionador.

2.2 LA TIPICIDAD Y SU AUSENCIA.

No es difícil suponer que, en su infancia, procedió la humanidad como aún se estila en algunas familias: teniendo por indiscutible una conciencia intuitiva de lo ilícito y sancionando actos sentidos como injustos, sin previa prohibición expresa. Esta practica, fue formando listas de aquellos acontecimientos concretos que habían sido calificados como injustos o antijurídicos. La tendencia de los pueblos a gobernarse por la ley, como mejor forma de asegurar la igualdad, la libertad y la justicia, continuo una elaboración que puede percibirse, en el campo penal, por jalones tan conocidos con la Carta Magna.

LA TIPICIDAD.- Es el elemento objetivo del delito que fue adicionado por Ernesto Von Beling en 1906, a la definición dogmática del Delito de Franz Liszt.

Para que exista el delito como tal, se necesita la realización de una conducta (acción u omisión) o hecho humano; pero, no todo acto o hecho son delictuosos, se requieren que sean típicos, Antijuridicos y culpables.

Su relación con la antijuridicidad se fijo como indicio. La tipicidad resulta como una característica objetiva sin valorización o subjetividad (incolora o sin sangre). Lo que interesa constar es el resultado producido por la acción y la relación de causalidad. La tipicidad es descriptiva y objetiva.

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración, habida cuenta que en nuestra constitución Federal establece en forma expresa:

"En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata", lo cual se significa que no existe delito sin tipicidad.

La Tipicidad es la adecuación de la conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. Sin embargo, en ocasiones la ley limitase a formular la conducta prohibida (u ordenada, en los delitos omisivos); entonces no puede hablarse de descripción del delito, sino de una parte del mismo.

"Como definición de la Tipicidad tendremos que es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Para Celestino Porte Petit la Tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la formula nullum crimen sine tipo Según Mezger, "el que actúa típicamente actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto. ⁸

Para Jiménez de Asúa, la tipicidad es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la Ley en cada especie de infracciones.

⁹

Su función de la Tipicidad

Es de una función predominante descriptiva, que singulariza su valor con el concierto de las características del delito y la relaciona con la antijuricidad por concretarla en el ámbito penal. La tipicidad no sólo es pieza técnica. Es, como secuela del principio legalista, garantía de legalidad.

⁸ Castellanos Op.Cit. 168

⁹ Jimenez de Asua Luis, Tratado de Derecho Penal 111 20 edicion., Editorial Losasda, S.A. Buenos Aires, 1958, p. 744.

2.3 CLASIFICACION DE LOS DELITOS SEGÚN SU TIPO.

En función de su Gravedad:

Tomando en cuenta la gravedad de las infracciones penales, se han hecho diversas clasificaciones . Según una división bipartita se distinguen “los delitos de las faltas”; la clasificación tripartita habla de “crímenes, delitos y faltas o contravenciones”. En esta división se consideran crímenes los atentados contra la vida y los derechos naturales del hombre; delitos, las conductas contrarias a los derechos nacidos del contrato social, como el derecho de propiedad; por faltas o contravenciones, las infracciones, las infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno.

En la forma de la conducta del agente.

Por la conducta del agente, o como dicen algunos autores, según la manifestación de voluntad, de los delitos pueden ser de Acción y omisión. Los delitos de acción se comenten mediante un comportamiento positivo; en ellos se viola una Ley prohibitiva. En los delitos de omisión el objeto prohibido es una abstención del agente, consisten en la no ejecución de algo ordenado por la ley.

Por el resultado.

Según el resultado que producen, los delitos se clasifican en formales y materiales. A los primeros también se les denomina delitos de simple actividad o de acción, a los segundos se les llama delitos de resultado. Delitos formales son aquellos en los que se agota el tipo penal en el movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo necesario para su integración que se produzca un resultado externo.

Por el daño que causan.

Con relación al daño resentido por la víctima, o sea en razón del bien jurídico, los delitos se dividen de lesión y de peligro.

Los primeros, consumados causan un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma violada. Los segundos no causan daño directo a tales intereses, pero los pone en peligro, siendo la situación en que se coloca los bienes jurídicos, de la cual deriva la posibilidad de causación de un daño.

-Por su duración.

Los delitos se dividen en instantáneos, instantáneos como efectos permanentes, continuados y permanentes.

La acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento. El delito instantáneo puede realizarse mediante una acción compuesta de varios actos o movimientos.

-Instantáneos con efectos permanentes.

Es aquel cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en forma instantánea en un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo.

-Continuado.

Este delito se da en varias acciones y una sola lesión jurídica. Es continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución."Continuado cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal"

-Permanente.

Puede hablarse de delito permanente solo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se la pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del Derecho en cada uno de sus momentos"

Para nosotros es de especial interés subrayar que el delito permanente requiere, esencialmente, la facultad por parte del agente activo, de remover o hacer cesar el estado antijurídico creando con su conducta.

-Por el elemento interno o culpabilidad.

Teniendo como base la culpabilidad, los delitos se clasifican en dolosos y culposos.

El dolo, cuando se dirige la voluntad consistente a la realización del hecho típico y antijurídico. En la culpa no se requiere el resultado penalmente tipificado, mas surge por el obrar sin las cautelas y precauciones exigida por el Estado para asegurar la vida en común.

Delitos simples y complejos.

En función de su estructura o composición, los delitos se clasifican en simples y complejos. " Llámense simples aquellos en los cuales la lesión jurídica es única. Los delitos complejos son aquellos en los cuales la figura jurídica consta de la unificación de dos infracciones, cuya fusión de nacimiento en una figura delictiva nueva, superior en gravedad a las componen, tomadas aisladamente".

Delitos unisubsistentes y plurisubsistentes.

Por el numero de actos integrantes de la acción típica, los delitos se denominan unisubsistente y plurisubsistentes; los primeros se forman de un solo acto, mientras los segundos constan de varios actos.

-Delitos unisubjetivos y plurisubjetivos.

Esta clasificación atiende a la unidad o pluralidad de sujetos que intervienen para ejecutar el hecho descrito en el tipo.

Es delito unisubjetivo, por ser suficiente, para colmar el tipo, la actuación de un solo sujeto que tenga el carácter de encargado de un servicio público y sólo él concurre con su conducta a conformar la descripción de la Ley.

Es un delito plurisubjetivo, por requerir, necesariamente, en virtud de la descripción típica, la concurrencia de dos conductas para integrar el tipo (a menos que opere a favor de uno de los sujetos.

Por la forma de persecución .

Como una reminiscencia del periodo de la venganza privada, se conserva en las legislaciones un grupo de delitos que sólo pueden perseguirse si así lo manifiesta el ofendido o sus legítimos representantes. Estos delitos son llamados privados o de querrela necesaria, cuya persecución sólo es posible si se llena el requisito previo de la querrela de la parte ofendida.

Si el acto quebranta la armonía social, debe perseguirse independientemente de que lo quiera o no la parte ofendida y si por cualquier razón vulnera únicamente intereses particulares, ese acto debe desaparecer del catalogo de los delito de los delitos para ir a hospedarse a otra rama del derecho.

La razón por la cual se mantiene en las legislaciones estos delitos perseguibles por querrela de la parte ofendida, se basa en la consideración de que en ocasiones , la persecución oficiosa acarrearía a la victima mayores daños que la misma impunidad del delincuente.

Los delitos perseguibles de oficio son todos aquellos en los que la autoridad, previa denuncia, está obligada a actuar, por mandato legal, persiguiendo y castigando a los responsables, con independencia de la voluntad de los ofendidos. Consecuentemente, en los delitos

perseguibles de oficio no surte efecto alguno el perdón del ofendido, a la inversa de lo que ocurre en los de querrela necesaria.

-Clasificación Legal.

Son los títulos de los delitos repartidos en el Código Penal.

ELEMENTOS DEL TIPO.

El tipo Penal según lo definió Beling, en 1906, es la descripción de la conducta en abstracto que puede considerarse delito.

Debemos hacer mención, que el tipo penal de Beling era considerado como un tipo puramente objetivo y, por lo tanto avaloradamente neutro, objetivo por que contenía solamente elementos objetivos, y avaloradamente neutro porque no lo relacionaba con el juicio de valor de antijuridicidad, ni de la culpabilidad, por elle mismo, Beling definía al delito como una conducta típica, antijurídica y culpable haciéndose notar que solamente hablaba de conducta típica por la razón que consideraba al tipo de manera avalorada.¹⁰

El tipo es siempre modelo en que se incluyen todos los individuos de una especie, ya que se haya formado por las características y rasgos esenciales a todos ellos; por tanto, el tipo penal es la descripción esencial, objetiva, de un acto que, si se ha cometido en condiciones ordinarias, la ley considera delictuoso.

Elementos objetivos del tipo Penal.

Los elementos objetivos del tipo de Beling son los siguientes:

1.- Conducta, definida como el movimiento corporal voluntario, positivo o negativo, desencadenaste del proceso causal. -La acción con

¹⁰ Vela Treviño Sergio. Antijuricidad y justificación. 30 edición, Editorial Trillas, México 1990.P. 47

sus modalidades propias descritas en general con las formulas" haga o deje de hacer" esto o aquello;

2. - Resultado, que es la modificación al mundo exterior.

3. - Nexo causal, que es él vinculo que une a la conducta con su resultado en una relación de causa efecto.

4. - Especiales formas de ejecución, que están referidos a los medios comisivos.

5.- Modalidades de lugar, tiempo y modo.

6.- Los sujetos, que pueden ser de dos clases: activo, que es el que lleva a cabo la conducta descrita por el tipo, y sujeto pasivo, que es el titular del bien jurídico tutelado. En cuanto al sujeto Activo hay que tener en cuenta la calidad y el numero. El sujeto activo del delito, indeterminadamente denominado por medio de las expresiones "el que" o "al que":

7.- Objeto Material, que es la persona o cosa sobre la que recae la conducta delictuosa y algunos autores consideran al objeto jurídico, que es el bien jurídico tutelado que no es otra cosa más que el interés social jurídicamente protegido, o sea aquel sobre el que recae la acción típica y que nuestra ley denomina "otro".

Elementos Normativos del tipo.

Existen elementos subjetivos que la doctrina les ha denominado normativos, que son juicios de valor, y estos se dejan a la interpretación subjetiva del Juez, tomando en consideración, lo que por ellos entiende la sociedad, y a sí tenemos la honestidad, la castidad, el honor, la deshonra, la propiedad, la posesión, etc.

Este quiere decir, que no existe una definición exacta de lo que es honor, deshonra, sino que se toma en cuenta lo que la sociedad entiende por esos conceptos.

Elementos subjetivos del tipo.

En cuanto a los elementos subjetivos del tipo penal, fueron descubiertos por Mayer, quien se dio cuenta que algunas descripciones penales de las conducta, exigían cierto aspecto anímico del individuo, como son: ánimos, propósitos, fines, conocimiento o saberes.

Los elementos subjetivos del tipo penal van a atender a la intención, al animo que el sujeto activo debe tener, en la realización de un delito, atiende a las circunstancias que se dan en la mente del autor.

Constituyen referencias típicas a la voluntad del agente o al fin que se persigue.

Con razón el profesor Mariano Jiménez Huerta, en su obra la "Tipicidad"; el Tipo como el injusto recogido y descrito en la ley penal.

El tipo a veces es la descripción legal del delito y en ocasiones la descripción del elemento objetivo (comportamiento), como sucede en el homicidio, pues según el Código, lo comete "el que priva de la vida a otro.

El tipo Jurídico penal. Es fundamento real y de validez de la antijurídica, por tanto al observar cómo toda conducta típica es siempre antijurídica (salvo la presencia de un justificante) por ser en los tipos en donde el legislador establece las prohibiciones y mandatos indispensables para asegurar la vida comunitaria.

Ausencia de tipo y de Tipicidad.

Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presentan el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta del tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa, en cambio, la ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero, no se amolda a él la conducta dada.

Ausencia de tipo: Se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catalogo de los delitos.

Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes:

- a) Ausencia de la calidad o del número exigido por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo;
- b) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico;
- c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo;
- d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados por la ley;
- e) Si falta los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos;

f) Por no dar, en su caso la antijuricidad especial.

CUERPO DEL DELITO.

Si Recurrimos al diccionario de la lengua española, nos encontramos con la siguiente acepción: Cosa en qué, o con qué, se ha contenido un delito, o en la cual existen las señales de él.

Si la finalidad del proceso penal es la de aplicar la ley penal, no cabe duda que el mismo deberá seguir determinado método para cumplir tal objetivo: descubrir la verdad real entorno al hecho material que se dice delictuoso y a la individualización de Su autor(la persona física del autor y la personalidad moral del mismo) .

Cuando el proceso penal ha llegado a la verdad en torno a los elementos materiales que el delito supone, se dice que se encuentra acreditada la existencia material de la infracción. A este aspecto de la investigación es al que se vincula el instituto procesal conocido por "cuerpo del Delito".

De ahí que se puede decir que el cuerpo del delito es el objeto u objetos que prueban la existencia del quebrantamiento de la Ley o bien de todo objeto que sirve para hacerle constar.

Ortolan, uno de los cultores del derecho penal (sustantivo y adjetivo), es el que con mayor empeño procura dar un concepto claro de lo que se entiende por "cuerpo del delito". Dice que toda infracción se compone dos elementos principales e inseparables: el hecho considerado en si mismo, esto es, la materialidad de la infracción y la culpabilidad del agente, sea la moralidad del acto.

Se dice cuerpo del delito, como se dice cuerpo del hombre, haciendo abstracción de su naturaleza moral, empleando esta expresión para designar el conjunto completo de los elementos materiales que forman el delito.

No siendo el cuerpo del delito sino el conjunto de los elementos materiales que entran en el, lo componen en las tres épocas en que puedan manifestarse: pasado, en el presente y en el futuro.

El cuerpo del delito comprende no solo los elementos físicos cuyo concurso es indispensable para que la infracción exista, sino también los elementos accesorios que se refiere al hecho principal, particularmente las circunstancias agravantes, tales como la violencia, amenazas, que han acompañado a ciertos delitos.

Cuando se dice que por cualquier medio se puede acreditar el cuerpo del delito, se quiere significar que hay libertad en la elección de la prueba, pero ello no significa que el juez, al valorar los distintos medios probatorios, se pronuncia por la existencia del cuerpo del delito por un simple estado de conciencia, sino que está obligado a analizar razonablemente la prueba y emitir un juicio lógico conforme a ese razonamiento; el juez debe fundar su decisión en pruebas que realmente se han recepcionado en el proceso y sobre hechos sometidos a su consideración.

Manzini, coloca en tal posición, dice: "cuerpo del delito son todas las materialidades relativamente permanentes sobre las cuales o mediante las cuales se cometió el delito, así, como también cualquier otro objeto que sea efecto inmediato de ese mismo delito o que en otra forma se refiera a él de manera que pueda ser utilizado para su prueba" Por su parte Framarino expresa: "el cuerpo del delito consiste en los medios materiales inmediatos y en los efectos materiales (permanentes o momentáneos en que se objetiva el delito).

La mayoría de los autores que sostienen que el cuerpo del delito son los elementos materiales (permanentes o momentáneos) en que se objetiva el delito, al desarrollar la teoría sostiene que también forman parte del mismo los elementos accesorios que se refiere al hecho principal.

La función del juez es que deberá procurar de acreditar todos los elementos de que se integra el cuerpo del delito y según pertenezca a uno u otro grupo por ejemplo a las manifestaciones materiales permanentes, elementos materiales en cuanto representa a huellas inmediatas dejadas por el delito u objetos que inmediatamente sirvieron como medio para ocasionar el hecho punible; puede ser distinto el medio de llegar al conocimiento del objeto de la prueba. Tal es la forma como el juez debe tratar de llegar al conocimiento del cuerpo del delito,

cuando los elementos materiales permanentes ligados al delito no han desaparecido.

En cambio, en un sistema de libertad de la prueba y de la libre convicción en Su valoración, no hay limitaciones para acreditar el cuerpo del delito por cualquier medio.

Las leyes procesales disciplinan una serie de actos enderezados a comprobación del cuerpo del delito, los que deberá cumplir el Juez, siendo ello posible. Teniendo presente el principio de la mejor prueba.

Al respecto de nuestro Código Penal sustantivo para el Estado de Guanajuato en su fracción II del artículo 33 del nuevo Código Penal, determina como eximente de responsabilidad y como causa de exclusión del delito "La falta de algunos de los elementos del tipo Penal de que se trate"; lo cual indica que no hay variación al aspecto negativo de la tipicidad. De lo anteriormente dicho debemos de mencionar que nuestro código actual habla de los elementos del tipo, en tanto que nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 19 en su primer párrafo nos habla:

"Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en la que se expresaran: el delito que se impute al acusado; el lugar; tiempo y circunstancias de ejecución , así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

El cuerpo del delito cuestión que ya se tratado con anterioridad pero es importante mencionar lo que establece el artículo 158 de nuestro Código de procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato en Su párrafo segundo, en donde se determina que "se entenderá por cuerpo del delito" el conjunto de elementos que su integración requiera de acuerdo a la definición legal, como se puede apreciar en nuestra ley adjetiva se habla de un conjunto de elementos que su integración requiera de acuerdo a su definición legal precisamente al tipo penal como la descripción en abstracto de la conducta penalmente relevante o que se considera como delito; es decir que para poder tipificar se requiere que la conducta reúna todos y cada

uno de los elementos que el tipo penal exige, ya sea objetivos, subjetivos o normativos, por lo cual a través de la tipicidad se demuestra la existencia del cuerpo del delito, subsanándose así cualquier contradicción que pudiera existir en nuestro Código y nuestra Carta Magna.

El cuerpo de delito de que se trate y la probable responsabilidad, se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la Ley.

2.4.-LA ANTIJURIDICIDAD Y SU AUSENCIA

Para que una conducta humana sea delictuosa, es necesario que sea una conducta típica, antijurídica y culpable.

La Antijuridicidad es un concepto negativo, antilógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario al derecho.

Para el autor Javier Alba Muñoz, actúa antijurídicamente quien contradice un mandato de Poder. La antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo respectivo, la contradicción objetiva de los valores Estatales... en el núcleo de la antijuridicidad, como en el núcleo mismo de todo fenómeno penal, existe sólo el poder punitivo del Estado valorando el proceso material de la realización prohibida implícitamente.

Según Cuello Calón, la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico- penal. La antijuridicidad es puramente objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa. Para llegar a la afirmación de que una conducta en su fase material y la escala de valores del estado. La antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo.

Como lo expresa Reinhart Maurach, los mandatos y prohibiciones de la ley penal " rodean, protegiendo y salvaguardando, el bien jurídico."

Lo antijurídico entraña en juicio unitario, pero nada impide percibir dos aspectos, como enseña el profesor Jiménez Huerta" sin

contrariedad formal con un mandato o prohibición del orden jurídico no puede formularse un juicio desvalorativo sobre una conducta", pero expresando que no es suficiente tal contradicción para integrar la esencia del acto antijurídico," lo que contradice dicho orden ha de representar una sustancia, una negación de los valores sociales que nutren el contenido y la razón de ser del orden jurídico".

Sin embargo, Franz Von Liszt ha elaborado una doctrina dualista de la antijuridicidad. El acto será formalmente antijurídico cuando implique trasgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la ley) y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.

La antijuridicidad se ha definido doctrinariamente como la relación de contradicción entre la conducta típica y el orden jurídico. Para considerar la existencia de la antijuridicidad, se toma en cuenta a la conducta con su factor rector, que es la voluntad como generadora de la comisión o de la omisión, pero sin tomar en cuenta lo que el sujeto quiere o pretende.¹¹

Es indudablemente, la antijuridicidad es un elemento objetivo del delito y se ha dicho que ello es en virtud de la relación de contradicción con las normas objetivas del derecho; pero además se ha dicho que la antijuridicidad es objetiva en virtud de que la relación de contradicción se encuentra establecida en la propia ley; al establecer las llamadas causas de Justificación en las normas objetivas del Código sustantivo. Por lo que toda conducta típica puede ser antijuridicidad siempre y cuando no exista una causa que la justifique.

La antijuridicidad también es un juicio de valor que necesariamente, tiene que ser efectuado por el juzgador, valorando la conducta típica y determinando si esa conducta se encuentra en contradicción misma, relativa a que, si la conducta típica se encuentra o no amparada por una causa de justificación, y si esto es así, entonces valorar si esa conducta reúne los elementos que la justificante exige para tenerla por lícita, por lo tanto la antijuridicidad, también es un juicio de valor, además de ser un elemento constitutivo del delito, siendo una relación de contradicción.

¹¹ Lic.Francisco Gutiérrez Negrete.Comentario.

Este juicio de valor entre la conducta y la norma, como ya se dijo, tiene un objeto y el objeto de valoración es la conducta típica, la cual una vez que se hace el estudio para determinar que no hay causa de justificación que la ampare, se convierte en acción típica en antijurídica; esto es el injusto penal, por lo tanto la conducta antijurídica o el injusto penal, es el resultado de la valoración del juicio de la antijuricidad.

En su aspecto negativo de la Antijuridicida encontramos la ausencia de antijuridicidad. Puede ocurrir que la conducta típica este en aparente oposición al derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna "causa de justificación" constituye el elemento negativo de la antijuridicidad.

Las Causas de Justificación generalmente se le agrupan al lado de otras causas que anulan el delito, o mejor dicho, impeditivas de su configuración. Suele catalogarse causas excluyentes de responsabilidad, causas de incriminación. Las causas que excluyen la incriminación son: Ausencia de conducta, atipicidad, causa de justificación, causas de inimputabilidad y causas de inculpabilidad. Las justificantes no deben ser confundido con otras eximentes. Hay entre ellas una distinción precisa en función de los de los diversos elementos esenciales del delito que anulan.

Referentes a las causas de Justificación, el Código Penal vigente para el Estado de Guanajuato en su artículo 33, en sus diferentes fracciones nos señala el, aspecto negativo de la antijuridicidad como son:

III.- (El Cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho) Cuando se obrare en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legitimo de un derecho.

IV.- (El consentimiento). Cuando se cometa con consentimiento válido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquellos de que pueden disponer lícitamente los particulares.

V.- (La legitima defensa). Cuando se obrare 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 impedirla.

VI.- (el estado de necesidad). Cuando en situaciones 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.
- c) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

No opera esta justificante en los delitos derivados del incumplimiento de sus obligaciones, cuando responsables tengan el deber legal de afrontar el peligro.

Como las causas de justificación recaen sobre la acción realizada, son objetivas, se refieren al hecho y no al sujeto; atañe a la realización externa.

Tratándose de las justificantes, por ser la conducta apegada al orden jurídico, no acarrea ninguna consecuencia, ni civil, ni penal, pues como dice Cuello Calón de quien obra conforme a derecho no puede afirmarse que ofenda o lesione intereses jurídicos ajenos; todo esto hace que impidan la aparición de alguno de los elementos del delito evitaren su configuración " toda Antijuridicidad se descompone en un contenido material o sociológico de oposición al orden, de inconveniencia para la vida colectiva y en una declaración expresa hecha por el Estado, que constituye la antijuridicidad formal y que no puede ser eliminada sino por otra manifestación del mismo género legal, es decir por una declaración expresa del legislador.

La razón de ser de las causas de justificación, en la antijuridicidad, sólo puede ser eliminada por una declaración expresa del legislador. El Estado excluye la antijuridicidad, que en condiciones ordinarias subsistiría, cuando no existe el interés que se trata de proteger, o cuando concurriendo dos intereses jurídicamente tutelados, no pueden salvarse ambos y el derecho opta por la conservación del más valiosos.

Por ello, para Edmundo Mezger la exclusión de antijuridicidad se funda:

a) AUSENCIA DE INTERES.

Normalmente el consentimiento del ofendido es irrelevante para eliminar el Carácter Jurídico de una conducta, por vulnerar el delito no sólo intereses individuales, sino que también quebranta la armonía colectiva.

b) INTERES PREPONDERANTE

Cuando existan dos intereses incompatibles, el derecho, ante la imposibilidad en que ambos subsistan, opta por la salvación de la mayor valía y permite el sacrificio del menor, como único recurso para la conservación del preponderante. Esta razón por la cual se justifica la defensa legítima, el estado de necesidad (en su caso) el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho, una hipótesis de la obediencia jerárquica y el impedimento legítimo. Pero cuando el sujeto rebasa los límites de una conducta legitimada por una justificante, emerge la ilicitud, pues mientras las causas de justificación excluyen la antijuricidad del comportamiento, el exceso queda ya situado dentro del ámbito de la delictuosidad.

El orden Jurídico, necesario para la constitución y mantenimiento de la sociedad como tal, supone un conjunto de normas de necesidad moral cuyo quebrantamiento daña o pone en peligro la tranquilidad, la justicia, la seguridad y el bien común; estas normas, derivadas de la naturaleza de las cosas de la naturaleza humana que necesita de la convivencia y por tanto del respeto mutuo entre los individuos, de la limitación recíproca en las actividades y en los movimientos, para no entorpecer, estorbar y perjudicar las actividades de los demás y de la cooperación que sume los esfuerzos particulares para lograr el supremo beneficio de la unión, forma un acervo equitativo de las obligaciones y derechos a que todos nos hallamos ligados y de que todos podemos disfrutar.

La violación de esas obligaciones o el ataque a esos derechos, el atentado contra esas normas jurídicas, es lo que tiene el carácter de

antijuricidad material o el contenido material de la antijuricidad consiste en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos o de los intereses jurídicamente protegidos, o en el solo atentado contra el orden instituido por preceptos legales.

Por su parte, la infracción de las leyes significa una antijuricidad formal, por la violación del precepto positivo derivados de los órganos del estado; y una antijuricidad material por el quebrantamiento de las normas que la ley interpreta, o de los intereses sociales que una y otra reconocen y amparan.

La valoración de los actos es netamente objetiva; por tanto, es acertada la formula que declara la antijuricidad es la violación de las normas objetivas de la valoración. En cambio, la actitud de quien comete un delito desentendiéndose de la prohibición a la dirigida, constituye la culpabilidad, elemento subjetivo del delito en cuya ausencia éste no se integra, de suerte de aquellos actos objetivamente lesivos del orden jurídico pero cometidos por error substancial, por ignorancia o sin capacidad mental, no serán delictuosos por falta del elemento subjetivo de culpabilidad; pero si plenamente antijurídicos por violar las normas objetivas de valoración.

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER, EJERCISIO DE UN DERECHO.

Existe otras acciones que privan a la conducta del elemento de antijuricidad, y por esto, no se pueden integrar un delito como tal. Hay derechos que el Estado a través de la norma jurídica le otorga a los particulares, los cuales solamente podrán ejercer en determinadas ocasiones, ya sea para proteger los bienes jurídicos tutelados o para ayudarlo en sus acciones de trabajo.

El artículo 33 del Código Penal sustantivo para el Estado de Guanajuato lo contempla en su fracción III, ya anteriormente citada; que a la letra dice: Cuando se obrare en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legitimo de un derecho.

El cumplimiento de un deber debe traducirse en actos cuya licitud este enmarcada en la ley, si no hay tal, la conducta no puede justificarse y caeremos en el ámbito del exceso o del cumplimiento del deber

putativo, esto es, cuando el sujeto por error cree que su conducta esta justificada.

Por otra parte, se reglamenta en el ejercicio de un derecho, precisándose que debe ser "legítimo". Sin necesidad de estar expresamente contenido en la ley, caso de los derechos que emane de un contrato.

Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho, distinción. Se incide en un error técnico al equiparar el cumplimiento de un deber con el ejercicio de un derecho, pues a un cuando ambas excluyentes son justificantes, en el caso del ejercicio de un derecho se trata de una situación potestativa, en tanto que el cumplimiento de un deber la acción es compulsoria; en el ejercicio de un derecho el sujeto puede o no ejecutar la acción y si la ejecuta queda exento de pena, en virtud de que su conducta es jurídica, en tanto que el cumplimiento de un deber el gobernado esta obligado a actuar.

CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO.

Ahora que, en nuestro Código Penal, en su artículo 33 Fracción IV establece: " Cuando se cometa con consentimiento válido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquellos de que pueden disponer lícitamente los particulares."

El consentimiento del sujeto pasivo es la manifestación primordial del principio de la ausencia de interés. Dicho consentimiento debe ser "válido" precisa la de tal expresión debe interpretarse en el sentido de relevancia o eficacia. Ahora, para que se de la relevancia o eficacia del consentimiento como causa de justificación, se requiere:

- I.- Que provenga del titular del bien jurídico tutelado.
- II. Que verse sobre bienes disponible jurídicamente por su titular.

- III. Que provenga de una persona capaz y
- IV. Que la voluntad no este viciada ¹²

Es necesario establecer que el consentimiento debe otorgarse antes o coetáneamente a la realización de la conducta.

Como la ley no precisa forma del consentimiento, es dable afirmar que este puede darse válidamente de manera expresa o tácita, ello se fundamenta en el principio general de derecho que establece que donde la Ley no distingue no debemos distinguir.¹³

El Código penal para en materia federal en su artículo 15, hace el señalamiento de forma expresa como causa excluyente del delito, el consentimiento del interesado en la fracción III del artículo 15 señalando que:

"El delito se excluye cuando se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

- a) Que el bien jurídico sea disponible;
- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que de haberse consultado al titular.,Este hubiese otorgado el mismo.

LEGITIMA DEFENSA

Se hace mención en la fracción V.- (La legitima defensa)."Cuando se obrare 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 impedirla.

¹² Cardona Arizmendi y otros. Código Penal comentado del Estado de Guanajuato 2º Edición. Editorial Porrúa. P 145.

¹³ IDEM P. 146

La Ley permite a los particulares actuar en defensa de una agresión o a la puesta en peligro de bienes jurídicos, esto se traduce que al obrar en legítima defensa en contra de la persona para evitar o repeler la agresión, esta sea en el momento mismo de dicha agresión, o bien, en un momento anterior, pero que sea inminente. No necesitamos esperar el ataque efectivo, podemos defender bienes jurídicos en contra de agresiones evidente, pero jamás en forma posterior. Este repeler, impedir, obrar, debe ser en la medida necesaria razonable para repeler o impedir la agresión.

Para Cuello Calon es legítima defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesiones bienes jurídicos del agresor. Según Franz Von Litz, se legitima la defensa necesaria para repeler una agresión actual y contraria al derecho mediante una agresión contra el atacante. Para Jiménez de Asúa la Legítima defensa es la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad para la protección. ¹⁴

Los elementos de la legítima defensa son:

1. Una agresión:

a) Ilegítima.

b) Actual o inminente.

c) En contra de bienes jurídicos propios ajenos,

2. Repulsa o impedimento razonables necesarios.

La agresión es simple y llanamente el ataque a un bien jurídico.

EL ESTADO DE NECESIDAD.

Existe el estado de necesidad cuando en situaciones de peligro para un bien jurídico, propio ajeno, se lesionare otro bien para evitar un mal mayor, conforme al artículo 33 fracción VI, siempre que concurren los siguientes requisitos:

¹⁴ Castellanos Fernando Op.Cit. p. 191.

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

Es decir, el bien jurídico que se sacrifica debe de ser de menor valor que el bien jurídico que se salva. Solamente de esta manera podemos tener el estado de necesidad.

No opera esta justificante en los delitos derivados del incumplimiento de sus obligaciones, cuando los responsables tengan el deber legal de afrontar el peligro.

El maestro Cuello Calon señala que; el estado de necesidad es el peligro actual o inmediato para los bienes jurídicamente protegidos, que solo pueden evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona.

El autor Sebastián Soler dice que el estado de necesidad es una situación de peligro para un bien jurídico, que solo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico.

Von Liszt afirma que el estado de necesidad es una situación de peligro actual para los intereses protegidos por el derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos.¹⁵

Dentro de los elementos del estado de necesidad consideramos los siguientes:

- a) Una situación de peligro, actual o inminente.
- b) Que el titular del bien salvado no haya provocado dolosamente el peligro;
- c) Que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno);
- d) Un ataque, por parte de quien se encuentra en el estado necesario.

¹⁵ IBIDEM p.203.

e) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.

La diferencia entre la legítima defensa y el estado de necesidad las clasificamos de la siguiente manera:

a).-En la legítima defensa hay agresión, mientras en el estado de necesidad hay ausencia de ella; por lo que no debe confundirse el ataque de un bien, con sus agresión.

b).-La Legítima defensa crea una lucha, una situación de choque entre un interés ilegítimo (la agresión) y otro lícito (la reacción, contra ataque o defensa); en el estado de necesidad no existe esa lucha sino un conflicto entre intereses legítimos.

Una de las notas características fundamentales de esta institución se hace consistir en el sacrificio de un bien jurídico con el objeto de eludir una situación de peligro para otro bien, no proveniente de una agresión injusta. Es decir, el peligro creado para un bien jurídicamente protegido propio o ajeno, no deriva de un tercero voluntariamente colocado en un plano de ilegalidad, sino que en todo caso dicho peligro proviene de elementos naturalísticos o de conductas lícitas de terceros.

En otras palabras y siguiendo a Sebastián Soler, el estado de Necesidad".Es una situación de peligro para un bien jurídico, que solo puede salvarse Mediante la violación de otro bien Jurídico" ¹⁶

El estado de necesidad es el género, la legítima defensa es la especie y su diferencia específica radica en que " En el estado de necesidad la lesión es sobre el bien de un inocente, mientras que la legítima defensa recae sobre el bien de un injusto agresor."

Si carece del elemento actualidad o inminencia del peligro, es obvio que la afectación al bien jurídico no puede justificarse porque dicha afectación no era necesaria y en tal caso podía evitarse el peligro

¹⁶ Cardona Arizmendi.p.p151.

sin la: puesta en juego de la violencia o sea sin la consumación última y definitiva de sacrificio.

2.5 IMPUTABILIDAD Y SU AUSENCIA.

Nuestra Ley considera a la imputabilidad como un elemento formador del delito; no obstante, la Dogmática ha considerado a la imputabilidad como formadora del elemento culpabilidad, de tal manera que un sujeto, para ser culpable es necesario que sea imputable.

La imputabilidad es la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal. La imputabilidad es pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mental en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo ¹⁷

La imputabilidad es la capacidad del sujeto activo para responder de sus actos ante el Derecho Penal; es la posibilidad de ejercer las facultades de conocimiento y voluntad; es la capacidad de querer y entender de un sujeto, tendiente a conocer la ilicitud de su hecho y querer realizarlo; es la aptitud intelectual y volitiva de un sujeto para querer y entender y determinarse en función de aquello que conoce.

Tomando en consideración lo anterior, se dice que es imputable, al ser un sujeto capaz, en la realización de los hechos penalmente relevantes, es culpable, pero atento a que se realice el juicio de culpabilidad.

La Imputabilidad es pues, la posibilidad de ejercer las facultades de conocimiento y voluntad, aptitud intelectual y volitiva, capacidad de querer y entender de un sujeto tendiente a conocer la

¹⁷ (Fernando Castellanos. Lineamientos elementales del derecho Penal. Trigésimaprimer Edición, Editorial, Porrúa, S.A. pag. 223.) .

ilicitud de su acto y querer realizarlo determinándose en función de aquello que conoce.

La imputabilidad, dentro de la dogmática penal alemana, no es considerado como un elemento del delito, sino que es considerado como un elemento formador de la culpabilidad, en tales circunstancias por lo que respecta a la Escuela Clásica, la imputabilidad es considerado como un presupuesto; en tanto que la escuela neoclásica es considerada como un elemento de la culpabilidad.¹⁸

ELEMENTOS DE LA IMPUTABILIDAD.

Elemento intelectual o capacidad de entender.

Es la capacidad de conocer, saber y entender la ilicitud de hecho y comportarse de acuerdo a esa comprensión.

Según Maggiore, la capacidad de entender es la facultad de aprender las cosas en sus relaciones necesarias y universales, y por lo mismo, de medir y prever las consecuencias de la conducta propia. El que mejor prevé, más entiende.

Pavón Vasconcelos hace un análisis de la importancia de que el sujeto conozca la ilicitud de sus actos, para que de esta manera tenga la capacidad de determinarse en función de lo que conoce: "la noción de imputabilidad requiere no solo el querer del sujeto, sino además su capacidad de entendimiento, pues únicamente que por su desarrollo y salud mental es capaz de representar el hecho, conocer su significado y mover su voluntad al fin concreto de la violación de la norma, puede ser reprochado en el juicio integrante de la culpabilidad. De tenerse presente la corriente psicológica, esa capacidad habrá de dar significación al nexo psíquico entre el hecho y su autor."¹⁹

¹⁸ (Comentario del Lic. Gutiérrez Negrete Francisco.)

¹⁹ Pavon Vasconcelos Francisco Manual de Derecho penal Mexicano Ed. Porrúa, Mexico 1967 p 340.

ELEMENTOS VOLITIVO O CAPACIDAD DE QUERER.

Es el querer comportarse de acuerdo a la comprensión de la ilicitud del hecho. Maggiore nos dice que: la capacidad de querer es la facultad de autodeterminarse, es decir, de determinarse con libertad entre los diversos motivos que impulsan a la conducta.²⁰

La capacidad de querer consiste en determinarse la voluntad, para realizar un hecho.

Querer, es librarse, obrar y realizar a cada momento la propia autonomía espiritual.

INIMPUTABILIDAD.

Las causas de inimputabilidad son las capaces de anular o neutralizar, el desarrollo o salud de la mente, careciendo en este caso el sujeto de aptitud psicológica para la delictuosidad.

La inimputabilidad no es otra cosa más que la capacidad del sujeto para responder de sus actos ante el derecho penal.

Es un concepto psicológico -jurídico que entraña poseer los atributos intelectuales necesarios para conocer la conducta y aprender el orden jurídico debiendo existir la posibilidad de emitir un juicio contraste entre dicha conducta y el orden jurídico. Comprender los mandatos y prohibiciones de las leyes penales, no significa que el sujeto sepa que su conducta es subsumible en un tipo penal, sin que basta que tenga conciencia de la ilicitud de su proceder. La capacidad de

²⁰ Maggiore p .500

determinarse de acuerdo con esa comprensión no es otra cosa mas que la facultad o actitud de regirse o autodeterminarse.²¹

Nuestro anterior código penal en su artículo 35 en su párrafo primero, nos hablaba de la inimputabilidad que es el aspecto negativo de este elemento subjetivo del delito, señalando que: no es imputable quien, en el momento del hecho, 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, atentas las peculiares de su personalidad y las circunstancias específicas de su comportamiento, no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y de determinar su conducta de acuerdo a esa comprensión.

Pero hoy en nuestro código Penal vigente para este Estado dice en su artículo 33 Fracción 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 aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión."

Cuando el agente solo haya poseído en grado moderado la capacidad a que se refiere el párrafo anterior, se estará a lo dispuesto en el artículo 35 se aplicara una punibilidad de un tercio del mínimo a un tercio del máximo de la establecida para el delito de que se trate.

De Esta manera podemos tener las siguientes. causas de inimputabilidad:

²¹ CARDONA ARIZMENDI y OTROS, Código. Penal comentado del Estado de Guanajuato. Segunda edición. Edición Orlando Cardenas edición. Irapuato. pag. 160

- 1.- Perturbación grave de la conciencia con base Patológica.
- 2.- Perturbación grave de la conciencia sin base patológica
- 3.- El desarrollo mental, intelectual retardado o incompleto.
- 4.- El legislador determina que los menores de 16 años no tienen la capacidad de querer y comprender, esto señalado en el artículo 37 de nuestro código Penal.

5.- Cuando la perturbación grave de la conciencia es producto de la ingestión de alcohol, o por el uso de estupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias semejantes, sin libre voluntad o por error invencible, se rige por lo previsto en el artículo 33 fracción VII y 35 de este código.

Cuando el agente se hubiere provocado la grave perturbación de la conciencia a que aluden los artículos señalados en el párrafo anterior y sea de origen únicamente emocional, se le considera imputable, esto se encuentra establecido en el artículo 36 de nuestro Código Penal.

La imputabilidad, es pues considerada en nuestro sistema como un elemento subjetivo del delito, de tal manera, que un inimputable podrá realizar una conducta típica y antijurídica, desarrollando con ello, la parte objetiva del delito, pero lo que no desarrolla, es la parte subjetiva del delito y, por ende al faltar o anclarse el elemento imputabilidad por alguno de los aspectos negativos de este elemento, el sujeto será inimputable, faltando entonces, uno de los elementos subjetivos de la definición del delito y en este sentido, el sujeto inimputable no puede ser culpable y consecuentemente no se le podrá imponer una pena.

2.6 CULPABILIDAD Y SU AUSENCIA

Concepto de culpabilidad.

Como se ha dicho la imputabilidad funciona como presupuesto de la culpabilidad y constituye la capacidad del sujeto para entender y querer en el campo penal; corresponde ahora, delimitado el ámbito respectivo, externar una noción sobre la culpabilidad.

Siguiendo un proceso de referencia lógica, una conducta será delictuosa no sólo cuando sea típica y antijurídica, sino además culpable. Por otra parte se considera culpable la conducta -según Cuello Calón, cuando a causa de las relaciones psíquicas existe entre ella y su autor, debe ser le jurídicamente reprochada.

Para Jiménez de Asúa señala en el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad: Como el conjunto de presupuestos que fundamenta la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.

Porte Petit define la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto, posición solo válida para la culpabilidad a título doloso, pero no comprende los delitos culposos o no intencionales en los cuales, por su naturaleza misma no es posible querer el resultado; se caracteriza por la producción de un suceso no deseado por el agente ni directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, pero acaecido por la omisión de las cautelas o precauciones exigidas por el Estado. Por ello consideramos la culpabilidad como nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.

Para Villalobos, " la culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por

indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa. ²²

TEORIAS SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA CULPABILIDAD.

Teoría psicologista o psicológica de la culpabilidad.

Para esta concepción, la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuricidad, ya supuesta, la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual -volitivo desarrollado en el autor. El estudio de la culpabilidad requiere el análisis del psiquismo del agente, a fin de indagar en concreto cual ha sido su actitud respecto al resultado objetivamente delictuoso. Lo cierto es que la culpabilidad con base psicológica, consiste en un nexo psicológico entre el sujeto y el resultado; lo cual quiere decir que contiene dos elementos: uno volutivo, o como lo llama Jiménez de Asua, emocional; y otro intelectual. El primero indica la suma de dos querereres : de la conducta y del resultado; y el segundo, el intelectual, el conocimiento de la antijuricidad de la conducta. ²³

Luis Femando Doblado se expresa así: Para la doctrina que se comenta, la culpabilidad es considerada como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho punible, y como tal su estudio supone el análisis del psiquismo del autor, con el objeto de investigar concretamente cual ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al resultado objetivamente delictuoso.

²² Derecho, Penal Mexicano, pag. 283, 3° edición, Porra, 1975.

²³ Porte petit, Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, pag. 49

Roberto Muñoz Ramón sostiene, que para los psicólogos la culpabilidad se agota sólo en el hecho psicológico. Ya hemos, dicho como el estudio del factor subjetivo del delito se realiza supuesta la integración de los anteriores elementos: conducta, tipicidad y antijuricidad, y sobre esa base se analiza la culpabilidad del sujeto imputable; por otra parte, claro está que en la teoría psicologista se trabaja en el campo normativo como es el derecho, único donde puede hablarse de delito.

TEORÍA NORMATIVA O NORMATIVISTA DE LA CULPABILIDAD.

Para esta teoría el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche; una conducta es culpable, si aun sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el, orden normativo una conducta diversa a la realizada. La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber. La exigibilidad sólo obliga a los imputables que en el caso concreto puede comportarse conforme a lo mandado. Así, la culpabilidad, no nace en ausencia del poder comportarse de acuerdo con la exigibilidad normativa, por faltar un elemento básico del juicio de reprochabilidad. Este juicio surge de la ponderación de dos términos: por una vertiente, una situación real, una conducta dolosa o culposa cuyo autor pudo haber evitado; y, por la otra, un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme al derecho; es decir, el deber ser jurídico.

Reinhart Maurach, jurista alemán escribe: " Culpabilidad es reprochabilidad. Como el juicio desvalorativo de culpabilidad, se reprochará al autor el que no actuado conforme a derecho, el que se ha decidido a favor del injusto, aun cuando podía comportarse conforme a derecho. El mismo autor, citando a Frank, fundador de la teoría normativa, expresa que la culpabilidad es reprochabilidad del injusto

típico. Este juicio normativo esta justificado, en la misma medida, tanto frente al agente doloso como frente al que actúa por imprudencia.

En el primer caso alcanza al autor el reproche de haberse alzado conscientemente contra los mandatos del derecho; en el ultimo se le hace patente que, por descuido, ha infringido las exigencias impuestas por la vida social. Mas adelante señala el propio Mauranch que en la dogmática actual existe avenencia de pareceres en concebir la esencia de la culpabilidad como un juicio de desvalor que grava al autor.

Para el psicologismo, la culpabilidad radica en el hecho psicológico causal del resultado; en el nomartivismo, es el juicio de reproche a una motivación del sujeto

CLASES DE CULPABILIDAD.

La culpabilidad reviste dos formas: dolo y culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo), o por descuidar las precauciones indispensables exigidas por el Estado para la vida gregaria (culpa).

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 la inconsciente o sin previsión, no se prevé un resultado previsible; existe descuido por los intereses de los demás. Tanto en la forma dolosa como culposa, el comportamiento del sujeto se traduce en desprecio por el orden jurídico.

La característica que distingue al dolo de la culpa es que ambos existe la violación o querer respeto de la conducta, solamente que la culpa a diferencia del dolo, el resultado nunca es querido.²⁴

EL DOLO.

Según Eugenio Cuello Calón, el dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso.

Luis Jiménez de Asúa lo define como la producción de un resultado antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.

En Nuestro Código Penal vigente para el Estado de Guanajuato, describe en el artículo 13 " Obra dolosamente quien quiere la realización del- hecho legalmente tipificado o lo acepta, previéndolo al menos como posible."

EL DOLO CONTIENE DOS ELEMENTOS:

El elemento intelectual o ético, que esta constituido por la conciencia de que se quebranta la norma, ya que esta, es la que impone el deber de respeto al bien jurídico tutelado.

El elemento Volitivo o psicológico, que consiste en la voluntad de realizar el acto. Es decir; en la volición del hecho típico.

²⁴ CARDONA pag. 204.Op.Cit. p.p.55

Se ha establecido varias especies de Dolo:

DOLO DIRECTO; Es aquel en que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere. El resultado coincide con el propósito del agente. Villalobos lo define como aquel en el cual la voluntad del agente se encamina directamente al resultado o al acto Típico. Según Cuello Calón el dolo directo se da cuando el resultado corresponde a la intención del agente.

DOLO INDIRECTO: También conocido como dolo de consecuencia necesaria, se presenta cuando la agente actúa ante la certeza de que va a existir otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aun previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho. En este caso el resultado no es directamente querido por el agente, pero si hubo previsión, representación y voluntad de realizar un acto ilícito, presentándose además otros resultados como consecuencias necesarias, que llevando adelante su actuar., consiente mente los admitió o consintió y ello es mas que suficiente para que proceda un reproche doloso. Hay dolo indirecto cuando queriendo el resultado, se prevé como seguro otro resultado derivado de la misma conducta.

DOLO INDETERMINADO:

Existe dolo indeterminado si el agente tiene la intención de delinquir, sin proponerse causar un delito en especial. En este tipo de dolo el sujeto no se propone causar un daño concreto, sino que su propósito es causar alguno. Aquí existe previsión de resultados posibles vinculados a la acción y el sujeto admite o consiente la producción de cualquiera de ellos. Se sabe que va a existir un resultado pero no sabemos cual o cuales. Para Maggiore, dolo indeterminado es aquel en que la intención no se dirige a un resultado único y exclusivo, sino indiferente a varios resultados, mas o menos graves.

DOLO EVENTUAL:

Para que exista el dolo eventual, el resultado no querido debe haberse previsto como consecuencia probable o posible de la conducta, es decir, el resultado que el sujeto ve con indiferencia puede o no darse, pero su sola actitud de menosprecio es suficiente para fundamentar el reproche doloso. Existe dolo eventual cuando el sujeto se propone un evento determinado, previendo la posibilidad de otros daños mayores y a pesar de ello no retrocede en su propósito inicial.

Se desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente. Esta clase de dolo se caracteriza por la eventualidad o incertidumbre respecto a la producción de los resultados típicos previstos pero no queridos directamente, a diferencia del indirecto, en donde hay certeza de la aparición del resultado no querido, y del indeterminado, en que existe la seguridad de causar daño sin saber cual será, pues el fin de la acción es otro y no el daño en si mismo. Existe la posibilidad de que existan otros resultados.

EL DOLO EN EL DERECHO MEXICANO.

Nuestro Código, divide los delitos en intencionales (dolosos) , no intencionales o de imprudencia (culposos).

En Nuestro Código Penal vigente para el Estado de Guanajuato, describe en el artículo 13 “Obra dolosamente quien quiere la realización del hecho legalmente tipificado o lo acepta, previéndolo al menos como posible”.

LA CULPA.

La culpa como segunda forma de la culpabilidad.

Existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley

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

En Nuestro Código Penal vigente para el Estado de Guanajuato, describe en el artículo 14.- en su primer párrafo, que a la letra dice:
"Obra culposamente quien produce un resultado típico que no previó siendo posible o que previo confiando en que no se produciría, siempre que dicho resultado sea debido a la inobservancia del cuidado que le incumbe, según las condiciones y sus circunstancias personales.

Obra con culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley; existe culpa cuando se realiza la conducta sin que la voluntad este dirigida a la producción de un resultado típico, pero este surge a pesar de ser previsible y evitable por negligencia, por imprudencia, por falta de cautela o de cuidado.

Obra con culpa quien actúa sin observar el cuidado que la norma exige para vivir dentro de la colectividad.

La culpa se diferencia del dolo, en que en el dolo el resultado es siempre querido y en la culpa el resultado nunca es querido.

Para determinar la naturaleza de la culpa se ha elaborado diversas teorías.

Teoría de la previsibilidad

Fue sostenida principalmente por Carrara, para quien la esencia de la culpa" consiste en la previsibilidad del resultado no querido".

Afirma que la culpa consiste en la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho; por ende se puede considerar que se en un vicio de la inteligencia el cual no es, en ultima instancia, sino un vicio de la voluntad.

LA TEORIA DE LA PREVISIBILIDAD y EVITABILIDAD

Expuesta por Binding y seguida por Brusa, acepta la previsibilidad del evento, pero añade el carácter de evitable o prevenible para integrar la culpa, de tal manera que no ha lugar al juicio de reproche cuando el resultado, siendo previsible, resulta inevitable.

LA TEORIA DEL DEFECTO DE LA ATENCION

Fue sostenida por Angliolini, hace descansar la esencia de la culpa en la violación, por parte del sujeto, de un deber de atención impuesto por la ley.

Según Antolisei una acción es culposa cuando existe una violación a determinadas normas establecidas por la ley, por algún reglamento, por alguna autoridad, o en fin, por el uso o la costumbre. y de este modo, el mecanismo de la culpa se desarrolla reprochando al autor del acto el no haber acatado las disposiciones establecidas.

Por nuestra parte, consideramos que existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero este surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas.

ELEMENTOS DE LA CULPA

Por ser necesaria la conducta humana para la existencia del delito, ella constituirá el primer elemento; es decir, un actuar voluntario (positivo o negativo); en segundo termino que esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado;

El tercer elemento son: los resultados del acto que han de ser previsibles y evitables y tipificarse penalmente; por ultimo, precisa una relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido.

EXISTEN DOS CLASES DE CULPA:

Culpa consciente o con previsión con representación:

En este tipo de culpa existe previsión, solo que el agente no esta interiormente de acuerdo con la producción de un; resultado, sino que espera que este no se dará. La falsa esperanza que alimenta el activo descansa en el descuido o desatención de un deber concreto. Existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, si no abriga la esperanza de que no ocurrirá.

Hay voluntariedad de la conducta causal y la representación de la posibilidad del resultado; este no se quiere, se tiene la esperanza de su no producción. Existe en la mente la previsión o representación de un posible resultado tipificado penalmente y a pesar de ello, confiado en la no realización del evento, desarrolla la conducta.

La culpa inconsciente o sin previsión sin representación:

Consiste en la no previsión de un resultado típico previsible, por desatención a un deber de cuidado, ya sea por imprudencia o negligencia. La culpa es inconsciente, sin previsión o sin representación, cuando no se prevé un resultado de naturaleza previsible, penalmente tipificado. Existe voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de la naturaleza previsible. En una conducta en donde no se prevé lo previsible y evitable, pero mediante la cual se produce una consecuencia penalmente tipificada.

AUSENCIA DE CULPABILIDAD: INCULPABILIDAD

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad. Esta definición, expresa con razón Jiménez de Asúa, es tautológica. El penalista hispano, consecuentemente con su concepción normativa de la culpabilidad, sostiene que la inculpabilidad consiste en la absolucón del sujeto en el juicio de reproche.²⁵

Lo cierto es que la inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: Conocimiento y voluntad.

Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia. Así, la tipicidad debe referirse a una conducta; la antijuricidad a la oposición objetiva al derecho de una conducta consiente con un tipo penal; y la culpabilidad (como aspecto subjetivo del hecho) presupone ya una valoración de antijuricidad de la conducta típica. Pero al hablar de la inculpabilidad en particular, o de las causas que excluyen la culpabilidad, se hace referencia a la

²⁵ La Ley el Delito, Mencionado por Castellanos pag 480, CARACAS 1945

eliminación de este elemento del delito, supuesta una conducta típica y antijurídica de un sujeto imputable.

ELEMENTOS DE LA INCULPABILIDAD

- a) Ausencia de voluntad
- b) Ausencia de intelecto o conocimiento

La inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad. Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, solo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia.

LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

En el Código Penal para el Estado de Guanajuato, anterior al vigente, tanto en su artículo 44 como el 45, nos hablaba de los aspectos negativos de la culpabilidad que se traduce en el error y en la coacción, siendo estos pues, los dos aspectos negativos de la culpabilidad en cuya presencia se genera inculpabilidad. El error afecta a el elemento intelectual que se traduce en el conocimiento, que por cierto este es también un de los elementos del Dolo, el conocimiento de la ilicitud o el conocimiento de la Antijuricidad ; y la coacción que afecta el elemento volitivo que se traduce en el querer.

Más en el actual código Penal para el Estado de Guanajuato en su artículo 33 fracciones VIII, IX y X, hacen referencia en cuanto nos habla del aspecto negativo de la culpabilidad.

EL ERROR

El error es la falsa apreciación de la realidad, y cuando esto sucede no tenemos el conocimiento, por eso, el error afecta al elemento intelectual que es el saber, conocer, comprender. El conocimiento es la relación de adecuación entre un sujeto cognoscente y otro conocido. Estaremos ante la verdad cuando nuestro conocimiento concuerde con la realidad, pero cuando este conocimiento no concuerda con la realidad, estaremos ante el error, y ante el error, no existe conocimiento.

El Error se clasifica en error de hecho y error de derecho.

El Error de Hecho se clasifica en esencial y accidental, el error esencial puede ser vencible o invencible.

El error de hecho accidental en: *aberratio ictus*, *aberratio im personam* y *aberratio delicti*.

Clases de error de hecho:

Error de hecho esencial: Vencible e invencible

Error de hecho accidental: *Aberratio ictus*, *aberratio im personam*, *aberratio delicti*.

El error de hecho es la falsa apreciación de la realidad, no existe el conocimiento, y al no existir el conocimiento se afecta el conocimiento intelectual. Es aquella equivocada representación entre lo que es y lo que se piensa que incide sobre las circunstancias fácticas de, la figura o de la justificante.²⁶

El error de hecho esencial, el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, o sea que hay desconocimiento de la antijuricidad de su conducta y por ello, constituye, el aspecto negativo

²⁶ Op. Cit.p.55. p. 203.

del elemento intelectual del dolo. Recae sobre un elemento fáctico, cuyo desconocimiento afecta el factor intelectual del dolo, por ser tal elemento requisito constitutivo del tipo, o bien fúndante de una conducta justificada. El error esencial es aquel que recae sobre los elementos constitutivo del delito, es decir, sobre los elementos o componentes típicos de la figura.

El error esencial puede ser vencible o invencible, según deje subsistente la culpa o borre toda culpabilidad.

El error esencial vencible es aquel al cual el sujeto puede sustraerse con diligencia o cuidado, esto es que pueda reprochársela a título de culpa y por ende, el daño pudo ser evitado.

El artículo 17 de nuestro Código Penal para el Estado de Guanajuato describe al Error vencible cuando quien lo sufre pudo sustraerse de él aplicando la diligencia o el cuidado que en sus circunstancias le eran exigibles.

El Error esencial es invencible cuando no puede hacerse ningún reproche culposo por no existir infracción a un deber de cuidado. El error invencible o insuperable el sujeto esta imposibilitado para conocer la ilicitud de su acción u omisión, lo cual significa que si con inteligencia pudo tener información de la ley y de su sentido y no se esforzó en hacerlo, no puede alegar que su error sea inculpable.

El error de hecho esencial vencible elimina el dolo pero deja subsistente la culpa. Entonces el único error que verdaderamente tiene efectos de eximente es el error de hecho esencial invencible, porque elimina el dolo y la culpa afectando el conocimiento.

El error accidental. Se realiza el hecho y se tiene la intención de que se produzca el resultado pero el vicio psicológico no se da sobre las circunstancias "esenciales" del hecho si no en circunstancia acesorias que son las que rodean al hecho; sino en secundarias. El error de

hecho accidental no tiene efectos de eximentes. Este tipo de error es ineficaz para borrar la culpabilidad; solo tiene relevancia para variar el tipo del delito.

El error de hecho accidental aberratio ictus (error en el golpe): se da cuando el resultado no es precisamente el querido, pero a el equivalente.

El error de hecho accidental aberratio in personam (error en la persona) : es cuando el error versa sobre la persona objeto del delito.

El error de hecho accidental aberratio delicti (error en el delito): Es cuando se ocasiona un suceso diferente al deseado.

El error de derecho:

La esencia del error de derecho radica en que el sujeto, no obstante conoce el hecho que realiza, esta ignorante de la obligación que tiene de respetar o acatar una norma penal determinada, ya por desconocimiento de la propia norma. que le impone hacer algo o abstenerse de hacerlo, o porque su conocimiento de ella es imperfecto.

Se define como aquel que incide sobre elementos valorativos consiste en discrepancias axiológicas entre el sujeto y el legislador. ²⁷

Por lo que se refiere al error de derecho éste representa la ignorancia de la ley, es decir que el sujeto desconoce la prohibición establecida por la ley, y de esta manera delinque. Esta clase de error en nuestro Código Penal anterior de ninguna manera representaba eximente de responsabilidad por disposición expresa en el artículo 10 del Código Penal Sustantivo que determina "a nadie' servirá de excusa la ignorancia de la ley penal". Esta disposición desaparece en nuestro código actual, pues como se menciono, el error de derecho o error de

²⁷ IDEM pag.220

prohibición, actual mente es una eximente de responsabilidad que genera inculpabilidad.

LA COACCION O LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA.

Otra causa de inculpabilidad la encontramos en la coacción. El artículo 45 del anterior Código penal sustantivo para el Estado de Guanajuato, establecía: " No es culpable quien obrare bajo coacción o peligro de un mal actual y grave, sea o no provocado. por la acción de un tercero, cuando razonablemente no pueda exigírsele una conducta diversa.

Para este estudio es menester no olvidar que la culpabilidad tiene dos elementos característicos: El intelectual y el volitivo, de la suerte de que cuando exista error, estamos ante una deficiencia en el proceso intelectual que origina la inculpabilidad; pero cuando se presenta deficiencia en la fase volitiva de la culpabilidad es cuando aparece la coacción, siendo la coacción una causa determinante, de la inculpabilidad por incidir en la fase volitiva que integra la culpabilidad.

La nota característica de la coacción radica en que es un constreñimiento de la voluntad. y que dicha coacción debe ser invencible, ya que de otra manera la conducta sería reprochable a título de culpa.

Debemos distinguir también que la coacción como causa determinante de inculpabilidad.

En nuestro Código Penal Sustantivo actual las cosas han

cambiado ya no se establecen como causas de inculpabilidad el error de hecho esencial invencible, ni la coacción, ahora se habla del error invencible sobre alguno de los elementos esenciales que integra el tipo penal y esto no es otra cosa más que el error de tipo, que consiste en la falsa apreciación de los elementos que integran el tipo penal.

Así mismo se establece el error invencible respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea que porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o porque crea que esta justificada su conducta lo cual trae como consecuencia la existencia, como eximente de responsabilidad, o como causa que excluye al delito y que genera inculpabilidad, al error de prohibición por desconocimiento de lo establecido por la ley penal en sus alcances y en sus causa de justificación.

Todo esto se encuentra establecido en la fracción VIII inciso a) y b) del Código Penal Sustantivo actual, estableciéndose además los errores de tipo y los de la ignorancia de la ley vencibles estableciéndose en el artículo 15 y en relación con la fracción VIII inciso a) del artículo 33, donde nos señala que si el error es de tipo es vencible se impondrá la punibilidad del delito culposo siempre y cuando el hecho delictuoso admita la forma culposa de realización.

En la misma Ley el artículo 16 nos habla que por lo que respecta a la ignorancia de la ley si el error es vencible se aplicara una punibilidad hasta de una tercera parte por el delito de que se trate.

2.7 PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA

CONCEPTO DE PUNIBILIDAD

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Es punible un comportamiento cuando se hace acreedor a la pena; este merecimiento trae como consecuencia la conminación legal de aplicación de la sanción. También significa la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito. Es punible una conducta por su naturaleza amerita ser penada; se engendra entonces una amenaza estatal para los infractores de ciertas normas.

La punibilidad es el ingrediente de la norma en razón de la calidad de la conducta, la cual por su naturaleza típica, antijurídica y culpable, amerita la imposición de la pena.

Cuello Calon considera que la punibilidad no es más que un elemento de la tipicidad, pues el hecho de estar la acción conminada con una pena, constituye un elemento del tipo delictivo.

Pavón Vasconcelos señala que la punibilidad es la amenaza de la pena, que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en la norma jurídica, dictada para garantizar la permanencia del orden social.

Guillermo Sauer señala que la punibilidad es el conjunto de los presupuestos normativos de la pena, para la ley y la sentencia, de acuerdo con las exigencias de la idea del Derecho.²⁸

²⁸ GUILLERMO SAUER, DERECHO PENAL, Ed. Bosch, Barcelona, 1956, p. 36.

Bettioli define a la punibilidad como el tratamiento de una consecuencia jurídica del delito, mientras que Jiménez de Asúa precisa que es carácter específico del crimen, pues solo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena.

La punibilidad es un medio de control Social sancionada por el Estado. El Estado interviene ante la realización de un hecho delictuoso para imponer a los delincuentes una pena, esto es el llamado IUS PUNIENDI (Derecho estatal para imponer sanciones)

En resumen, la Punibilidad es:

-Merecimiento de penas.

-Amenaza Estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales.

-Aplicación fáctica de las penas señaladas en la Ley.

PUNIBILIDAD, ELEMENTO O PRODUCTO DEL DELITO.

Discusión en la doctrina ha suscitado el problema de que si la punibilidad es o no elemento esencial del delito. Se ha argumentado que es un error sostener que es una característica substancial, toda vez que una cosa es el delito y otra la sanción, por lo anterior se ha considerado que la Ley Penal en sentido en propio tiene dos partes. A la que describe al delito se le denomina figura delictiva y a la parte que contiene la pena se le llama punibilidad. Se trata entonces del establecimiento en abstracto de la sanción, no de su aplicación concreta (punición), ni menos de su compurgamiento (pena).

La punibilidad es característica esencial del delito, porque la conminación abstracta de la sujeción a sanción forma parte de

sustancia. Un delito sin sanción no es delito, una norma sin sanción no es norma, es una mera recomendación.²⁹

Existe diversas opiniones sobre la punibilidad, respecto al lugar que ocupa en el derecho.

El maestro Porte petit dice: para nosotros que hemos tratado de hacer dogmática sobre la ley mexicana, procurando sistematizar los elementos legales extraídos del ordenamiento positivo, indudablemente la penalidad es un carácter del delito y no una simple consecuencia del mismo.

El artículo 7° del código penal Federal que define al delito como el acto u omisión sancionado por las Leyes penales, exige explícitamente la pena legal y no vale decir que solo alude a la garantía penal "Nula poena sine lege" pues tal afirmación es innecesaria, ya que otra norma de tal ordenamiento Jurídico, el artículo 14 Constitucional, alude sin duda de ninguna especie a la garantía penal. Tampoco vale negar a la penalidad el rango de carácter del delito con base en la pretendida naturaleza de las excusas absolutorias. Se dice que la conducta ejecutada por el beneficiario de una excusa de esa clase, es típica, antijurídica y culpable y, por tanto, constitutiva de delito y no es penada por consideraciones especiales. Sin embargo cualquiera que sea la naturaleza de la excusa absolutoria, obviamente, respecto a nuestra legislación imposibilita la aplicación de una pena, de suerte que la conducta por el beneficiario de ella, en cuanto no es punible, no encaja en la definición de delito contenida en el artículo 7° del código penal Federal.

Contrario a la opinión de porte Petit, encontramos la de Raúl Carrancá que al hablar de excusas absolutorias afirma que, tales causas dejan subsistir el carácter delictivo del acto y excluyen solo la pena. De este modo, podemos inferir que para Carrancá la punibilidad no es elementos esencial del delito; ya que si. se presenta el aspecto negativo

²⁹ Op. Cit.p.55. p. 208.

de la punibilidad al existir excusas absolutorias, el delito permanece inalterable.³⁰

Para Raúl Carrancá la pena es la reacción de la sociedad o el medio de que esta se vale, para tratar de reprimir el delito; es algo externo al mismo y, dados los sistemas de represión en vigor, su consecuencia ordinaria; por esto, acostumbrados a los conceptos arraigados: sobre la justicia retributiva, suena lógico decir: el delito es punible; pero ni esto significa que la punibilidad forme parte del delito, ni el delito dejaría de serlo si se cambiaran los medios de defensa de la sociedad. Un acto es punible porque es delito; pero un acto no es delito por ser punible. En cambio si es rigurosamente cierto que el acto es delito por su antijuricidad típica y por ejecutarse culpablemente. Si a pesar de ser así cayéramos en el empeño de incluir en la definición del delito la punibilidad, tendríamos para ser lógicos y consecuentes con esa manera de apreciar esa característica, necesidad de consignar otras en idénticas condiciones y decir que el delito es el acto humano típicamente antijurídico, culpable, punible, reprochable, dañoso, temible.

En el caso de las excusas absolutorias, se sanciona a los coautores en virtud de sus participación en la comisión de un delito; ello confirma que puede existir este sin la punibilidad. Al amparado por la excusa no se le aplica la pena, pero si a quienes intervienen de alguna forma en la realización del acto, y esto es así, necesariamente porque cooperan en el delito; de lo contrario sería imposible sancionarlos.

Existe infinidad de actos de hecho sancionados con una pena sin poseer carácter delictivo, como ocurre con infracciones disciplinarias, administrativas o meras faltas.

³⁰ PORTE PETIT. DERECHO PENAL MEXICANO. TOMO I .México 1956 pag.125.citado por Castellanos p. 276.

Desde el punto de vista formal y de acuerdo con nuestro sistema positivo, generalmente una conducta es delictuosa cuando esta sancionada por las leyes penales; así como lo que se establecía en el artículo 11 del código Penal para el Estado de Guanajuato anterior.

Pero el Código Penal vigente para el Estado de Guanajuato, en su CAPITULO I Clasificación y reforma; en su artículo 8°. No Lo define; y que a su letra dice: " El delito puede ser cometido por acción o por omisión". Si bien es cierto que no lo define, se debe presumir la existencia de su definición, es decir todo el aspecto positivo del Delito, en razón en el artículo 33° del Código Penal para el Estado de Guanajuato establece todo el aspecto Negativo del delito. En el artículo 12° que a la letra dice". Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse en forma dolosa o culposa.

El código Penal Federal en su artículo 7° lo define: Como el acto u omisión que sanciona las Leyes Penales.

Pero por otra parte el propio ordenamiento establece. delitos no punibles; cuando se trata de excusas absolutorias en las que la delictuosidad aparece, pero la pena no se aplica, de aquí que la punibilidad es una consecuencia más o menos ordinaria del delito, pero no un elemento esencial del mismo. ³¹

AUSENCIA DE PUNIBILIDAD

El factor negativo de la punibilidad lo constituyen las excusas absolutorias, en función de estas, no es posible la aplicación de la pena.

³¹ Op. Cit.p.52. p. 131.

Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena.³²

Dichas causas se llaman: Excusas Absolutorias y difieren de las causas de justificación (eliminan la antijuricidad) en cambio las excusas absolutorias (eliminan la punibilidad y la aplicación de la pena).

En presencia de las excusas absolutorias, los elementos esenciales del delito que son: conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad; permanecen inalterables; solamente se excluye la posibilidad de punición

Jiménez de Asúa dice que son excusas absolutorias las -causas que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública.

Las excusas absolutorias son aquellas circunstancias específicamente señaladas en la ley y por las cuales no se sanciona al agente.

Como excusas absolutorias tenemos las siguientes:

ESPECIES DE EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

A)Excusa en relación de :Mínima temibilidad.

El artículo 196 del Código Penal vigente para el Estado de Guanajuato, establece que cuando la cuantía de lo robado no exceda de veinte días de salario mínimo general vigente en el estado en la fecha

³² Op. Cit.p.52. p. 271.

de los hechos y el activo repara voluntaria e íntegramente el daño, el tribunal no aplicará pena alguna.

B) Excusa en razón de la maternidad consciente.

El artículo 163 del Código Penal vigente para el Estado de Guanajuato, no es punible el aborto cuando sea causado por culpa de la mujer embarazada ni el procurado o consentido por ella cuando el embarazo sea resultado de una violación

C) Otra Excusas Por Inexigibilidad.

El artículo 253 del Código Penal vigente para el Estado de Guanajuato. A cualquiera persona que en la promoción, declaración, informe, peritaje, traducción o interpretación que haga ante la autoridad competente se conduzca falsamente, oculte o niegue intencionadamente la verdad, siempre que con ello se afecte el procedimiento o su materia, se le impondrá de tres meses a cinco años de prisión y de diez a cincuenta días de multa. lo previsto en este artículo no es aplicable a quien tenga el carácter de inculpado.

Existen otros artículos del Código Penal vigente para el Estado de Guanajuato en que se señalan excusas absolutorias son: 270,277.

CAPITULO III

PROCEDIMIENTO PENAL

3.1 PROCEDIMIENTO PENAL.

El procedimiento penal ha sido definido por el maestro Rivera como un conjunto de actividades reglamentadas en donde intervienen dos clases de autoridades, y por lo mismo podemos decir que el procedimiento penal de una manera muy general esta formado, de dos grandes fases, en el primero de ellas intervine como autoridad el Ministerio público que por cierto es una autoridad administrativa perteneciente al poder ejecutivo, y en la segunda fase interviene una autoridad Jurisdiccional. Estas dos grandes fases se encuentran unidas de tal manera que no pueden separarse y por lo mismo como están a cargo de autoridades diferentes, a todo este gran conjunto de actos jurídicos, procesales se le ha llamado procedimiento penal, que tiene por finalidad la imposición de las penas en la aplicación en el derecho penal sustantivo, a todos aquellos sujetos que habiendo desarrollado una conducta delictuosa y que siendo imputables han sido declarados culpables y por consiguiente se hacen acreedores a la pena establecida en el tipo penal que corresponda. ¹

También podemos decir que el procedimiento Penal tiene por finalidad que el indiciado demuestre su inocencia proveyendo de esta manera su defensa y cumpliendo así con la garantía de audiencia.

Según nuestro código de procedimientos Penales en su artículo 2° establece que las fases que constituyen al procedimiento penal son cuatro: la primera de ellas se denomina, Averiguación Previa, la segunda que es la fase de instrucción; la tercera que es la etapa de juicio, y la cuarta a la que se le llama o se denomina etapa, de ejecución.

¹ Rivera Silva Manuel. Procedimiento Penal. Edición.100. editorial Porrúa , México 1970.

3.2 LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

La averiguación previa, es la etapa del procedimiento Penal que se encuentra a cargo del Ministerio público, es una autoridad administrativa que pertenece al Poder Ejecutivo y por disposición expresa establecida por el artículo 21 Constitucional, a esta autoridad se le encomienda la investigación y persecución de los delitos, dicha autoridad estará auxiliada con la policía Ministerial que esta bajo su mando inmediato., A sí pues el Ministerio Público se le atribuye la investigación y persecución de los delitos y por ende se afirma que a través de esta autoridad administrativa se procura la justicia en materia penal. Como consecuencia de la mencionada atribución, es el Ministerio público la única autoridad que tiene para así, el ejercicio de la acción Penal, es decir, que el ministerio público es el único que puede dirigirse al juez en el ejercicio de la acción penal.

Esta fase de averiguación previa única y exclusivamente se podrá iniciar a través de los llamados, requisitos de procedibilidad y estos solamente son la Denuncia y la querella.

La denuncia y la querella al ser los requisitos de procedibilidad significan los elementos indispensables, que previamente deben existir para que el Ministerio público pueda desarrollar su averiguación Previa; de tal forma que, si no existe denuncia o no existe querella, el Ministerio público no podrá bajo ninguna circunstancia iniciar su actividad investigadora.

Como consecuencia de lo anterior todos los habitantes dentro del territorio del estado tanto particulares como toda clase de autoridades tiene la obligación de darle al Ministerio público la noticia delictuosa para que proceda a realizar, su Averiguación previa y en consecuencia a ejercitar la acción penal en el caso que resulte procedente.

De lo anterior se deduce que todos tenemos la obligación de acudir al Ministerio Público cuando tengamos conocimiento de la existencia de un posible hecho delictuoso, y las dos formas para hacerlo es a través de la Denuncia o a través de la querrela y respecto a estas debemos decir que ante el Ministerio Público, indudablemente que no estaremos ejercitando el derecho de acción, ya que este derecho en materia penal es exclusivo del Ministerio público. El derecho que ejercitamos en la Denuncia o en la Querrela no es otra cosa que el derecho de petición, establecido en el artículo 8° de nuestra Constitución. Política de los Estados Unidos Mexicanos.

3.3 LA DENUNCIA

La palabra denuncia o el verbo denunciar, desde de el punto de vista gramatical, significa: aviso, poner en conocimiento de la autoridad competente, verbalmente o por escrito, lo que se sabe respecto a la comisión de hechos que son o pueden ser delictivos.

La denuncia como medio informativo y como requisito de procedibilidad. De esta consideración, se concluye que la denuncia puede presentarla cualquier persona, en cumplimiento de un deber impuesto por la ley. De esta manera, también se previene la ejecución de nuevos delitos.

La noticia de delito o noticia criminis, es un requisito de procedibilidad, que es contenido de la denuncia o querrela, para que el Estado a través del procurador de justicia o del Agente del Ministerio público que éste determine, se avoque a la investigación del delito, bastará que dicho funcionario esté informado, por cualquier medio, para que de inmediato, quede obligado a practicar las investigaciones necesarias para que le permitan concluir, en su oportunidad, si la conducta o hecho de que e conocimiento, constituye una infracción penal y, siendo así quien es el probable autor.

Naturaleza Jurídica .-

Manuel Rivera Silva, considera la denuncia en el orden común y corriente y, por ende, afirma: "la obligatoriedad de la denuncia es parcial y no absoluta, ya que para hablar de obligatoriedad se requiere que exista la sanción. En el caso de nuestro Código de procedimientos penal para el Estado de Guanajuato, no existe alguna sanción.

Quienes deben presentar la Denuncia.

Puede ser presentada por cualquier persona, sin importar que provenga por un procesado, sentenciado, nacional o extranjero, tampoco interesa el sexo o la edad, salvo las excepciones previstas por la ley.

Formas y efectos de la Denuncia.

Esta se hará verbalmente o por escrito, ante el agente del ministerio público. Esto obliga a que "de oficio" proceda la investigación de los hechos, siempre y cuando no se trate de infracciones, que requieran para su investigación, el cumplimiento de algún requisito de procedibilidad o, de que no haya un obstáculo procesal.

La denuncia es un requisito de procedibilidad, se trata de una narración de hechos posiblemente delictuosos que puede ser efectuado por cualquier persona, y debemos decir, que la denuncia se utiliza en todos aquellos delitos que se persiguen de oficio. La denuncia puede ser presentada en forma oral y en forma escrita, con la salvedad que en este último caso resulte necesaria su ratificación ante el propio Ministerio público.²

² COLIN SÁNCHEZ GUILLERMO. Derecho Mexicano de procedimientos Penales 18°ed. Editorial. Porrúa .México 2002 p.p 314- 316

3.4 LA QUERRELLA

La querrella es pues, un acto procesal de postulación, que asiste al ofendido o sujeto pasivo, ante la presencia del Ministerio publico competente a la iniciación de la averiguación Previa y su persecución del presunto delito.

La querrella es el derecho o facultad que tiene una persona a la que se designa querellante, víctima de un hecho ilícito penal, para hacerla del conocimiento del procurador de justicia o del agente del ministerio público, y con ello dar su anuencia para que se investigue la conducta o hecho y satisfechos que fueren los requisitos previstos en el artículo 16, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se lleva acabo el proceso correspondiente.

La querrella, como ya quedo asentado, con anterioridad, también es un requisito de procedibilidad, se trata también de una narración de hechos posiblemente delictuosos y a diferencia de la denuncia, que puede ser presentada por cualquier persona, la querrella solamente podrá presentarse por el ofendido, o sujeto pasivo del delito; por lo tanto podemos decir que la querrella representa una manifestación de voluntad del sujeto pasivo del delito u ofendido, para que esta fenómeno jurídico- social pueda ser perseguido por el Ministerio público.³

Naturaleza jurídica.

En México, Ignacio Villalobos, González Bustamante, Franco Sodi, Piña Palacios y Rivera Silva así lo afirman. Finalmente: la querrella es un derecho potestativo del ofendido por el delito, para dar

³ IDEM. p. 314-321

su anuencia a la autoridad para su investigación persecución del probable autor, todo lo que permite concluir que la intervención de la autoridad está sujeta a lo anterior; si no hay manifestación de voluntad, no es posible proceder; de ahí que la querella sea un requisito de procedibilidad.

Formulación legal.

Para que la querella se tenga por legalmente formulada, deberá satisfacer lo ordenado en los códigos de la materia.

Requisitos. Podrán presentarla:

- a) El Ofendido (artículos 106 y 110 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato) Una relación, verbal o por escrito, de los hechos;
- b) Su representante. (artículo 112 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato, La querella podrá formularse por representante con poder general con cláusula especial para querellarse o poder especial para el caso.
- c) El apoderado. Que tenga poder general para pleitos y, cobranzas, con cláusula especial, sin que sea necesario acuerdo previo o ratificación del consejo de administración o de la asamblea de socios o accionistas, ni poder especial para el caso concreto.

Representación por disposición de la Ley.

De acuerdo con la naturaleza de la representación voluntaria, quedan incluidas con ese carácter, todas aquellas personas con capacidad legal suficiente para intervenir en los actos jurídicos de que se trate; en cambio la representación legal, sólo la tienen quienes están facultados, expresamente, en la ley para fungir como representantes legítimos.

El Código Civil, vigente, para el Estado de Guanajuato en su artículo 468 establece " Los que ejercen la patria son legítimos representantes de los que están debajo de ella. La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

- I.- Por el padre y la madre;
- II.- Por el abuelo y la abuela paternos ,
- III.-Por el abuelo y la abuela Maternos.

Si viven separados se observara en su caso lo dispuesto en los artículos 336 y 437.

La patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercerán únicamente las personas que lo adopten.

El ordenamiento jurídico cita que tiene incapacidad natural y legal:

- I.- Los menores de edad,
- II.-Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos;
- III.- Los sordomudos que no saben leer y escribir, y
- IV.-Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas o enervantes.

Extinción del derecho de la Querrela.

El derecho de querrela, se extingue: por muerte del agraviado; por perdón; por consentimiento; por muerte del responsable, y por caducidad.

EL PERDÓN DEL OFENDIDO O SUJETO PASIVO DEL DELITO

Definición .-

El perdón es el acto a través del cual el ofendido por el hecho delictuoso, manifiesta ante la autoridad correspondiente que no desean se persiga a quien lo cometió; en consecuencia, atendiendo a la teoría de la representación, se tiene que concluir necesariamente que el perdón sólo lo puede hacer a través de dos diferentes tipos de representantes, según sea ese ofendido persona capaz o incapaz.

Si es persona capaz, lo puede hacer:

- a).- Por sí.
- b).- Por medio de Mandatario.
- c).- Por medio de apoderado.

Si es persona incapaz, lo puede hacer:

- a).- Por medio de los que ejercen sobre el, la patria potestad, o,
- b).- Por medio de un tutor o una tutriz especial para el caso.

El perdón, en general puede otorgarse: en cualquier momento de la averiguación previa, durante el proceso, y en algunos casos, en ejecución de sentencia.⁴

Con fundamento en el artículo 114,115 y 116 del Código Penal para el Estado de Guanajuato, establece:

“El perdón del sujeto Pasivo del delito extingue la acción penal, cuando concurren los siguientes requisitos:

- I.- Que el delito se persiga por querrela.
- II.- Que se conceda antes de pronunciarse sentencia ejecutoria; y
- III.-Que se otorgue ante el Ministerio Público, si aún no se ha ejercitado acción penal o ante el Tribunal del conocimiento”.

Artículo 115.- Si el sujeto pasivo del delito es incapaz, podrá otorgarse el perdón por su legítimo representante; si carece de el, por un tutor especial designado por el tribunal del conocimiento.

En caso en que la persona ofendida fuere menor de edad pero mayor de doce años, deberá manifestar su conformidad con el perdón otorgado por su legítimo representante o, en su caso por el autor especial designado por el tribunal.

Si la persona incapaz tiene varios representantes y existiere desacuerdo entre ellos o entre el incapaz y sus representantes, la autoridad ante quien se otorgue el perdón, previa audiencia, decidirá cual voluntad debe prevalecer, atendiendo a los intereses del pasivo del delito.

Artículo 116.-Si existen varias personas acusadas del mismo hecho punible, el perdón otorgado a una de ellas favorecerá a todas las demás.

⁴ IDEM. p. 325-329

Se hace necesario decir cuando se utiliza una denuncia y cuando se utiliza una querrela, esta segunda forma de procedibilidad se lleva a cabo por disposición de la ley, o sea que es la misma ley la que determina cuando el delito se persigue por querrela, afirmación que aparece por lo regular en el tipo o muy cerca del tipo; pero cuando la ley no hace referencia a esta forma de persecución del delito, entonces se utiliza la denuncia, y esta se encuentra en relación directa con los delitos que se persigue de oficio.

Presentada la Denuncia o Querrela el Ministerio Público queda en aptitud para iniciar su Averiguación previa.

3.5 AVERIGUACION PREVIA

La averiguación Previa es una actividad investigadora, que a través de la cual el Ministerio público haciendo uso de los múltiples atribuciones que le concede la Ley tiende a recabar todos los medios de prueba, a través de los cuales demostrará o tratará de demostrar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de indiciado. Esta etapa de averiguación Previa, cuando el Ministerio público tiene detenido, solamente podrá tener una duración de 48 hrs; es decir que en este supuesto el Ministerio público gozará de ese término para poder agotar su Averiguación Previa y así ejercitar al juez en el ejercicio de acción penal. Esta fase de averiguación previa únicamente y exclusivamente se podrá iniciar a través de los llamados, requisitos de procedibilidad y estos solamente son la denuncia y la querrela.

Este termino de 48 hrs que goza el Ministerio público, cuando trabaja con detenido en la Averiguación previa, solamente puede duplicarse exclusivamente en los casos de que se trate de delincuencia organizada. Cuando el Ministerio público en la fase de averiguación previa trabaja sin detenido, gozará de todo el tiempo que le resulte

necesario para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, con la salvedad que deberá estar atento solamente a la prescripción de la acción penal.

Como hemos dicho con anterioridad el Ministerio público en a Averiguación Previa, para poder ejercitar la acción Penal deberá acreditar, con los medios de prueba que establece la ley, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

3.6 CUERPO DEL DELITO

No obstante lo anterior en el segundo párrafo del artículo 158 de nuestro Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato se establece que "Se entenderá por cuerpo del delito el conjunto de elementos que su integración requiera, de acuerdo a su definición legal". De lo anterior podemos deducir que el Tipo penal es la descripción en abstracto de la conducta penalmente relevante o que se considera delito, por lo que debemos entonces, de entender , que en el tipo penal se contienen la definición legal de la conducta delictuosa, es decir del hecho punible; y si el tipo penal contiene o exige elementos objetivos y subjetivos, para acreditar el cuerpo del delito es necesario que en la conducta, se reafirmen tanto los elementos objetivos como los elementos subjetivos que la definición del hecho exija. Por lo tanto para nuestra Ley constituye el cuerpo del delito la reafirmación, en la conducta de los elementos del tipo cualquiera que sea su clase y entonces decir que la conducta es típica y si no existe ninguna causa de

justificación es antijurídica y consecuentemente de esta manera se acreditará el cuerpo del delito.⁵

3.7 PROBABLE RESPONSABILIDAD

La probable responsabilidad que el Ministerio público deberá acreditar para poder ejercitar la acción penal, se traduce en la acreditación de la intervención del indiciado en el hecho delictuoso tanto en su comisión, o bien en alguna forma de participación, en la comisión del delito, esto naturalmente que se acreditará presuncionalmente a través de los medios de prueba, en la Averiguación previa así lo establece la ultima parte del párrafo segundo, así como el párrafo tercero del artículo 158 que hemos estado comentando.

Hemos dicho con anterioridad que el Ministerio público con cuarenta y ocho horas 48 hrs. Para agotar su averiguación previa cuando tiene detenido, es decir, que cuenta con el mencionado término, para efectuar la consignación, y en el supuesto caso de que no tenga detenido cuenta con todo el tiempo que considere prudente para ejercitar acción penal. En cualquier de los dos supuestos el Ministerio público como un acto previo a la consignación deberá dictar una resolución administrativa llamada determinación, en esta resolución administrativa el Ministerio público expresa sus razonamientos jurídicos a través de los cuales considera que con los medios de prueba recabados en la Averiguación Previa se han acreditado tanto el cuerpo del delito como la probable responsabilidad y en donde declara en consecuencia que resulta procedente el ejercicio de la acción penal, en contra de los indiciados, y por el o los delitos que aparezcan comprobados en la Averiguación Previa; y hecho que sea, procederá al

⁵ IDEM.Op. Cit. P.p 373-380.

ejercicio de la acción penal, acto mismo que recibe el nombre de consignación.

Es menester aclarar que durante la averiguación previa ya sea que por el momento no se puedan recabar mas pruebas o que no se pueda demostrar el cuerpo del delito, o la probable responsabilidad se pueden presentar dos figuras como son la reserva de la Averiguación Previa en espera de que aparezcan más datos para poder consignar, o bien proceder al archivo definitivo, cuando el posible hecho delictuoso, no se pueda comprobar o simplemente no haya delito.

3.8 INSTRUCCIÓN.

Lo primero que hace el Juez al recibir la consignación con detenido es verificar si la detención ha sido efectuada conforme a derecho, si esto es así dictará su auto de radicación y se seguirá con el procedimiento Penal y en caso contrario el Juez dictará la libertad del indiciado con las reservas de la Ley.

Efectuada la consignación con detenido, en ese momento el Ministerio público pone al indiciado a disposición del Juez y en consecuencia se inicia el periodo de Instrucción del Procedimiento Penal, en su primera fase como lo es el llamado término Constitucional.⁶

Al que también se le llama etapa de preparación del proceso, de tal manera que dentro de este termino, y dentro de las primeras cuarenta y ocho horas, 48 hrs, en que el indiciado esta a disposición de la autoridad Judicial se tomara la declaración preparatoria, donde se le hará saber al indiciado el nombre de su acusador y la naturaleza y causa

⁶ GONZÁLEZ BUSTAMANTE JUAN JOSE. Principios de Derecho Procesal Mexicano. 9 o. Edición. Ed .Porrua Mexico 1988.p.p 197- 213.

de la acusación a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y puede contestar el cargo rindiendo en este acto su declaración preparatoria, fracción tercera del artículo 20 Constitucional, y dentro del término de las setenta y Dos horas 72 hrs, siguientes a que el indiciado está a disposición del Juez, la autoridad jurisdiccional deberá resolver la situación Jurídica del indiciado, la que se puede resolver a través de tres resoluciones judiciales como son: El auto de Formal Prisión, el Auto de Sujeción a proceso; o bien a través del Auto de Libertad o Soltura por falta de elementos para procesar, dictándose la resolución que en su caso proceda.⁷

3.8.1 AUTO DE FORMAL PRISION.

El auto de formal prisión es una resolución judicial que se indica cuando se reúnen los siguientes requisitos:

- a) Que este comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.
- b) Que el delito merezca pena privativa de libertad.
- c) Que se haya tomado la declaración preparatoria al indiciado o bien que se haya asentado en autos la negativa del indiciado a declarar.
- J) Que no exista ninguna eximente de responsabilidad.

⁷ Sánchez Colin.Op Cit. 248.

3.8.2 AUTO DE SUJECIÓN AL PROCESO.

El auto de sujeción al proceso también es una resolución judicial con la cual se puede resolver la situación jurídica del indiciado en el término Constitucional y este auto se dicta con los mismos requisitos que se necesitan para dictar un auto de formal prisión con la única diferencia que para dictar un auto de sujeción al proceso el delito no debe merecer pena privativa de libertad, o bien que el delito tenga señalada pena alternativa.

3.8.3 AUTO DE SOLTURA.

El Auto de soltura se dicta cuando el Juez considera que no está comprobado el cuerpo del delito ni la probable responsabilidad. En este caso se dicta la libertad con las reservas de la Ley.

Hemos dicho que según la fracción segunda del artículo 2° del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato, la instrucción comprende desde el momento en que el indiciado queda a disposición del juez hasta que se declara cerrada la instrucción; por lo tanto podemos decir que la instrucción de acuerdo. A nuestra Ley comprende dos fase, la primera de ellas consiste en el término Constitucional de las setenta y dos 72 horas, mismo que solamente podrá duplicarse cuando así lo solicite el indiciado o su defensa exclusivamente, por lo que dicha petición de ningún modo corresponde al Ministerio público. También hemos dicho que este termino Constitucional se le llama a su vez etapa de preparación del proceso ya que dictándose el auto de formal prisión, se justifica la prisión preventiva y en dicha resolución se señalan los delitos por los que se va a procesar constituyendo así la base para llevar a cabo el proceso Penal, es decir, que con el auto de formal prisión, se inicia propiamente el Proceso Penal.

La otra fase de la instrucción es precisamente lo que podemos denominar. de instrucción en sentido estricto y este periodo constituye una equiparación al termino probatorio del procedimiento Ordinario Civil ya que aquí se ofrece y se desahogan pruebas con la intención por parte de la defensa de lograr una sentencia lo más favorable a su defensa, a diferencia del termino Constitucional, en donde se pueden ofrecer y desahogar pruebas pero siempre con la intención de poder liberar al indiciado de un auto. de formal prisión.

En este periodo de instrucción deberá terminarse en el menor tiempo posible. Cuando exista auto de formal prisión que exceda de dos años se terminará dentro de 10 meses, y si la pena máxima es de dos años de prisión o menor, o se hubiese dictado auto de sujeción al proceso, la instrucción deberá terminarse durante tres meses.

Cuando el Tribunal considere agotada la instrucción le dará vista al Ministerio público por tres días y por tres días a la del acusado y su defensa, para que promuevan o manifiesten si tiene ,o no pruebas que ofrecer; en caso afirmativo, el juez otorgará un termino adicional de quince días para practicar diligencias de desahogo correspondientes, y así transcurridos o renunciados los plazos, o si no se hubiese promovido prueba, el tribunal de oficio declara cerrada la instrucción.

3.8.4 JUICIO

Esta Etapa del procedimiento Penal se encuentra establecida en la fracción tercera del artículo 2º del Código de procedimientos Penales del Estado de Guanajuato, para lo cual el Juez Dictará un auto donde declara cerrada la instrucción y le da vista al Ministerio público para que proceda a rendir sus conclusiones.

Las conclusiones son razonamientos jurídicos y estos podrán ser expresados tanto por el Ministerio como por la defensa. Las

conclusiones en términos generales pueden ser de dos clases las primeras llamadas conclusiones acusatorias y son exclusivas del Ministerio Público.

Las segundas son conclusiones absolutorias o de inculpabilidad y pueden ser expresadas tanto por el Ministerio público como por la defensa.

Cerrada la instrucción se pone el expediente a la vista del Ministerio público por diez días para que formule sus conclusiones por escrito, este termino es de diez días.

Puede ser ampliado en relación al número de fojas que componen el expediente, de tal manera que a ese término de diez días se le aumentará un día mas por cada cincuenta fojas de exceso si es que el expediente excede de las doscientas hojas.

La importancia de las conclusiones acusatorias del Ministerio Público radica en que a través de ellas el Ministerio público concreta el ejercicio de la acción penal, concretiza su acusación y solicitará la imposición de la pena privativa de libertad. Consecuentemente las conclusiones acusatorias del Ministerio público constituyen razonamientos técnicos jurídicos a través de las cuales el Ministerio público manifiesta el porque, considera que con las pruebas recabadas se encuentra a su parecer comprobados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad y por ende le solicitará al Juez la imposición de la pena privativa de libertad.

Si el Ministerio público no rindiere conclusiones en término que se ha señalado, la autoridad jurisdiccional se lo notificará en forma personal al Procurador General de Justicia, con la finalidad que dicha autoridad proceda a formular las conclusiones que sean pertinentes

otorgándole un plazo de quince días hábiles. Transcurridos los mencionados plazos sin que se hayan formulado las conclusiones procederá el llamado sobreseimiento, el cual es una resolución judicial que no resuelve el fondo del negocio pero que sin embargo da por terminado el procedimiento penal, teniendo como efecto la libertad inmediata del procesado.

Si las acusaciones del ministerio público fuesen o no acusatorias o si en las formuladas no se comprenden algún delito que resulte probado en la instrucción, si fuesen contrarias a las constancias procesales o si faltasen algún requisito, de los establecidos por el artículo 281° del Código de Procedimientos Penales, para el Estado de Guanajuato, el Juez enviará el expediente al procurador, señalando cual es la omisión o la contradicción que fuese el motivo del envío a fin de que decida si dichas conclusiones se confirman, se revocan o se modificación, de confirmarse se da lugar al sobreseimiento; en caso de Revocación o modificación, entonces se tendrá al procurador formulando conclusiones acusatorias y el Procedimiento Penal seguirá su cause Legal.

Rendidas las conclusiones acusatorias del Ministerio público o del Procurador, con ellas le dará vista al acusado y a su defensa para que en igual término formulen a su vez sus conclusiones.

En caso de que no rindieran las conclusiones por parte de la defensa y del acusado se tendrán por rendidas las conclusiones de inculpabilidad o absolutorias.

3.8.5 AUDIENCIA FINAL.

Una vez que se han presentado las conclusiones por parte del Ministerio público y las conclusiones absolutorias por parte del acusado, se citara una audiencia final que tendrá los efectos de citación para sentencia en donde se podrá interrogar al acusado sobre los hechos materia del juicio y según el artículo 294° del código de Procedimientos penales para el Estado de Guanajuato en dicha audiencia se podrán repetir las diligencias de prueba que se hubieren

practicado durante la instrucción siempre que fueren necesario y posible a juicio del Tribunal así haber sido solicitado por las partes al día siguiente que se notifico, a las partes para la audiencia final. Se dará lectura a las conclusiones que las partes señalaron y después de oír los alegatos se declara visto el proceso y con ello termina la diligencia.⁸

3.8.6 SENTENCIA

La sentencia es una resolución judicial que resuelve el fondo del negocio, o sea que resuelve el objeto del proceso, entendiéndose por objeto del proceso el litigio, la litis y la reacción jurídica procesal.

Podemos decir que existe desde el punto de vista doctrinal un sin numero de clasificaciones respecto de la sentencia; no obstante solamente nos vamos a referir a la sentencia definitiva; a la sentencia interlocutoria y a la sentencia que cause ejecutoria, llamada también sentencia ejecutoriada.

La sentencia definitiva es la que nos hemos referido cuando definimos a esta resolución judicial, es la sentencia que dicta el juez que conoce del asunto en una primera instancia, que además termina con el proceso, que resuelve el fondo del negocio y de esta manera se le ha llamado sentencia definitiva; mas no obstante dicha resolución judicial, toda vía se encuentra sujeta a la posibilidad de ser impugnada a través de los llamados recursos ordinarios.

La sentencia interlocutoria es la relación judicial que resuelve un incidente entendiéndose por tal a las cuestiones relativas y accesorios al juicio principal que pueden ser promovidos por ambas partes para resolver alguna cuestión accesoria al juicio principal.

⁸ IBIDEM.p. p 397-405

La sentencia definitiva o sentencia que causa ejecutoria es la resolución judicial que queda firme, que ya no admite ningún recurso, la sentencia que esta lista para ejecutarse, la sentencia a la que se le considera la verdad legal a la que también se le sentencia que causa estado y por consiguiente es la cosa Juzgada.

Debemos de hacer mención que no es lo mismo la sentencia ejecutoria o que causa ejecutoria y la ejecución de la sentencia ya que son dos cosas diferentes. Una sentencia se considera que causa ejecutoria en los siguientes casos:

- a) Cuando la ley no nos concede ningún recurso.
- b) Cuando concediéndonos el recurso no se interpone el tiempo.
- c) Cuando se consiente la sentencia.

En estos tres casos se considera que la sentencia a causado ejecutoria y por consiguiente esta lista para resolverse. En materia penal, cuando la sentencia causa ejecutoria el sentenciado o reo deja de estar a disposición de la autoridad jurisdiccional para quedar a disposición del poder ejecutivo para cumplir su pena en los centros que para ellos existen y que se encuentran bajo la competencia del poder ejecutivo.

CAPITULO IV

FAMILIA

4.1 FAMILIA.

Los grupos familiares han existido en todas las culturas a lo largo de la historia del hombre, y dieron origen a diversos tipos de familias que reflejan una gran variedad de contextos económicos, sociales, políticos, jurídicos.

Así, la familia se constituye en una institución que ha sido definida de muy distintas maneras: se le ha considerado como la célula primaria de la sociedad, como el núcleo inicial de toda organización social, como el medio en que el individuo logra su desarrollo, tanto físico y psíquico como social: También se le ha señalado como la unidad económica que constituye la base de la seguridad material del individuo, a través de sus diversas etapas de desarrollo, primero en el seno de la familia dentro de la cual nace y posteriormente en el de la familia que hace.

Rafael de Pina lo define como el agregado social constituido por personas ligadas por el parentesco. ¹

Sánchez Román. Define a la Familia como la expresión de un estado social, que debe calificarse de familiar, y aun se dice domestico, dentro de la cual se desenvuelven diversas relaciones que la integran: relaciones patrimoniales, entre padre e hijos; y en sentido lato,

¹ RAFAEL DE PINA VARA. Diccionario de derecho. Editorial Porrúa, vigesimaquinta, México 1998.

relaciones de parentesco entre las personas que proceden de un origen familiar común mas o menos remoto.²

La familia es el conjunto de personas, en un sentido amplio (parientes) que proceden de un progenitor o tronco común; sus fuentes son el matrimonio, la filiación (legítima o natural) y en casos excepcionales la adopción (filiación civil).

4.2. Concepto Biológico.

Entre los pueblos primitivos, constituidos por tribus o clanes cazadores y trashumantes, la familia normalmente está constituida por un varón y una o más hembras e hijos y a veces, por unos pocos parientes que se agregan al pequeño núcleo de personas, formado por los padres y los hijos, que a cambio de obtener protección y ayuda del jefe del núcleo colaboran en las labores propias del pastoreo y de la caza.

La familia como hecho biológico involucre a todos aquellos que; por el de descender unos de los otros, o de un progenitor común, generan entre sí lazos de sangre.

4.3. Concepto jurídico de Familia

El conjunto de disposiciones jurídicas que organizan y estructuran a la familia a través de su evolución histórica, se caracterizan principalmente por su naturaleza imperativa e irrenunciable. Por otra parte, lo que en un tiempo se consideró que eran derechos de los miembros de una familia, se han transformado en verdaderos deberes, en función de la protección a la persona o bienes de los menores de edad; es decir, el poder absoluto del pater familias romano, se ha transformado, puesto que el ejercicio de la patria

² Rafael de pina Derecho Mexicano. p 302, editorial Porrúa.

potestad debe hacerse mesuradamente, y los padres tienen el deber de educar convenientemente a los hijos.

Siendo el concepto Jurídico, pues el modelo que atiende a las relaciones derivadas del matrimonio y a la procreación conocidas como parentesco, y a las que la Ley reconocen ciertos, efectos esto es, que crean derechos y deberes en sus miembros.

Así, desde la perspectiva jurídica, la simple pareja constituye una familia, porque entre ambos miembros se establecen derechos y deberes recíprocos; también constituyen partes de la familia sus descendientes, aunque lleguen a faltar sus progenitores. En nuestro derecho el concepto jurídico de familia responde al grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como por otras personas unidas por sus vínculos de sangre o matrimonio o sólo civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos.

4.4 La familia en México como célula fundamental de la sociedad.

Si bien la institución del grupo familiar, tiene un origen biogenético que se prolonga en la protección y crianza de la: prole, no debe olvidarse que aún en los grupos domésticos primitivos, la familia cumple una función de sustento y educación de los miembros del agregado familiar, que se resumen en la procreación y en la supervivencia de la especie.

Alimentos. Invocación de la ley de oficio.

Tratándose de cuestiones familiares y de alimentos, el juzgador puede invocar de oficio algunos principios, sin cambiar los hechos, acciones, excepciones o defensas, aunque no hayan sido invocados por las partes, por tratarse de una materia de orden público.

Alimentos, necesidad del pago de Carga de la prueba.

El marido tiene la obligación de alimentar a la mujer y a los hijos, quienes tiene a su favor la presunción de necesitar los alimentos, salvo prueba contrario. La obligación cesa cuando los acreedores ya no se tiene necesidad de ellos, pero la carga de la prueba corresponde en estos casos al deudor.

4.5 La protección constitucional de la familia, nivel normativo.

La familia, en México, en su calidad de célula fundamental de la sociedad, se encuentra protegida desde el máximo nivel normativo, pues el artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Establece en su párrafo segundo, “que la Ley protegerá su organización y el desarrollo del núcleo familiar, sobre la base de igualdad sobre el varón y la mujer”.

En el párrafo tercero señala, “que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y espaciamento de sus hijos”.

Así mismo, en el párrafo sexto, “nos marca que toda familia tiene derecho a disfrutar d vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo”. y séptimo, “los niños y niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.”

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que se coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Por lo anterior, resulta claro que todos los miembros del núcleo familiar, gozan de las garantías Constitucionales que regulan los párrafos mencionados. Tales Garantías consisten básicamente en los siguientes derechos:

- Derecho a la constitución del núcleo familiar y a la decisión sobre el núcleo y espaciamiento de los hijos.
- Derecho al desarrollo armónico del núcleo familiar
- Derecho a la igualdad entre el varón y la mujer.
- Derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental.

4.6 El derecho de Familia.

El derecho de familia puede entenderse en sentido objetivo y en sentido subjetivo, según Clemente de Diego. El derecho de Familia en sentido subjetivo es el derecho que a la familia toca desenvolver en la vida; en sentido objetivo es el conjunto de reglas que presiden de la constitución, existencia y disolución de la familia.

Ambos conceptos, de familia y de derecho, se integra lo que conceptualmente se conoce como derecho de familia, parte del derecho civil que reglamenta las relaciones entre los miembros del conglomerado Familiar. de esta manera, definimos al derecho de familia como la, regulación jurídica de los hechos biosociales derivados de la unión de los sexos a través del matrimonio y el concubinato y la procreación de los hijos por la institución de la filiación.³

4.7 Definición de Familia.

Se ha definido como el conjunto de normas que dentro del código civil y de las Leyes reglamentarias regulan el estado de Familia, tanto de origen matrimonial como extramatrimonial, los actos de emplazamiento en este estado y sus efectos personales patrimoniales.

³ Derecho de familia y Sucesiones, Edgardo Baqueiros Rojas y Rosalia Buen rostro Baez. Editorial harla.

El derecho de familia es un conjunto de normas jurídicas destinadas a regir la conducta de los miembros del grupo familiar entre sí, creando las relaciones conyugales y constituidas por un sistema de derechos y obligaciones, poderes facultades y deberes entre consortes y parientes. Esas facultades y deberes de carácter asistencial, que nacen entre los parientes colaterales (hermanos, tíos, sobrinos,) tiene entre ascendientes un aspecto de potestades y sujeciones establecidas para la protección de los hijos. Estableciendo también derechos y obligaciones, que derivan del simple hecho de la procreación (no del matrimonio ni del concubinato) e decir, de la paternidad o de la maternidad. Nace así un conjunto de deberes del padre o de la madre o ambos, a la vez, en relación con los hijos que han procreado.

4.8 Fuentes de la Familia

Las fuentes reales del derecho de familia están constituidas por el hecho biológico de la generación y la conservación de la especie y el hecho social, de la protección de la persona humana en el caso de menores e interdictos.

A partir de este concepto, es fácil observar que los hechos biosociales regulados por el derecho son exclusivamente aquellos que se derivan de las instituciones- matrimonio, concubinato y filiación, de aquí que se afirme que ellas constituyen fuentes, tanto de la familia como del derecho de familia.

De estas fuentes nacen las instituciones básicas del derecho de familia, a saber: el parentesco, la filiación, el matrimonio y el concubinato. Sin embargo el contenido de este ultimo no se agota en la regulación de esa tres instituciones ya que la ausencia de descendientes de la pareja origina, otra figura jurídica por medio de la cual se ha pretendido suplir el hecho biológico de la procreación al imitar a la filiación; la adopción se constituye así en otra de las fuentes de las relaciones familiares. Siendo además de estas ya mencionadas el derecho de familia regula otras como el patrimonio familiar, la sucesión y la tutela.

Siendo estas fuentes formales están constituidas por el conjunto de normas de derecho que establecen, modifican o extinguen las relaciones jurídicas derivadas del parentesco consanguíneo, por afinidad y civil, la filiación natural y adoptiva, el matrimonio, el concubinato.

4.9 UBICACION EN EL CAMPO DE LAS DISCIPLINAS JURIDICAS.

Tradicionalmente, la regulación de las relaciones familiares se ha ubicado dentro del derecho civil, en la parte correspondiente a las personas, y el concepto de familia sobre entendido en la regulación no tuvo una connotación precisa y reconocida por los ordenamientos jurídicos.

Dicha popularización se ha reflejado en la creación de tratados e intentos legislativo y didácticos, encaminados a separar el código Civil la regularización de las relaciones familiares, con miras a crear una rama autónoma del derecho. Con ello se procura no solo independizar al derecho de familia del derecho civil sino, incluso, sacarlo del ámbito del derecho privado, ámbito al que tradicionalmente ha pertenecido.

Para fundamentar la separación se aducen argumentos que hacen suponer que el derecho de familia como disciplina reúne caracteres que lo asemejan como el derecho público. Así se dice:

-Que es notoria la intervención del Poder público en las relaciones familiares, las que no pueden crearse ni resolverse sin la intervención del agente estatal, ya sea administrativo Juez del registro Civil o Judicial, Juez de lo Familiar.

-Que el concepto de función, propio del derecho publico, es característico de las relaciones familiares, donde los derechos son recíprocos y dados para el cumplimiento de los deberes correspondientes. Por decir el deber de dar alimentos es reciproco, ya que es deber y es derecho y las facultades del padre de familia son otorgados por el Estado para que cumpla con sus deberes como tal.

-Que los Derechos y deberes otorgados y establecidos mediante una norma de esta naturaleza para regular las relaciones familiares, son irrenunciables e imprescriptibles.

Ello indica que la sola voluntad de los sujetos no puede alterarlas o suprimirlas y, además, que muchas de las facultades no se pierden merced al simple transcurso del tiempo. ⁴

4.10 EL DERECHO FAMILIAR y EL ORDEN PUBLICO.

El origen del movimiento autonomista del derecho familiar se atribuye al jurista Italiano Antonio Cicu, quien al pronunciar su celebre discurso inaugural titulado "EL ESPIRITU DEL DERECHO DE FAMILIA", en el año 23 de noviembre de 1913.

El derecho de Familia se considera generalmente como parte del derecho Privado; este suele dividirse en cuatro especiales: Derecho reales, de crédito, de familia y de sucesión, a las que se anteponen una parte general que contiene la exposición de los conceptos y principios comunes a todo el derecho privado. Más sin embargo disintimos de esta concepción tradicional, por lo que se refiere al derecho de familia; y creemos que a él no puede aplicarse los principios y conceptos propios del derecho privado; que, por consiguiente, debe ser estudiado, expuesto sistemáticamente, fuera del campo del derecho privado.

Además sostiene Antonio Cicu, las relaciones jurídicas reconocen dos elementos constitutivos, el interés y la voluntad, el derecho regula los intereses y se actúa mediante voluntades. En el derecho Privado se regula el interés individual, considerando al individuo como ente autónomo, independiente, con libertad de juicio y de voluntad, en tanto que es objeto del Derecho Público el interés del Estado, de carácter supraindividual, en el que prevalece el interés general sobre el particular, en el cual individuo participa cumpliendo una función, como miembro del propio Estado, por ello su interés esta supeditado al de naturaleza general, que resulta ser de rango superior.

José Alberto Garrone, anota que el orden público en tanto que realidad social, es la resultante del respeto, por todos los habitantes, de aquellos principios o normas fundamentales de convivencia, sobre los que reposa la organización de una colectividad determinada. Mas concretamente, resulta de la observancia de un conjunto de normas

⁴ IIDEM. P. 11

jurídicas, cuyo cumplimiento es indispensable para preservar el mínimo de condiciones necesarias para la convivencia normal.

Por tanto al Derecho de Familia se le podría asignar un lugar independiente.

en la distinción entre el derecho público y el derecho privado; es decir que la bipartición podría ser sustituida por una tripartición que respondería a los caracteres particulares que socialmente asume el agregado Familiar frente al agregado político.

Si fuera analizada la realidad del derecho Familiar en México solo a la luz de estos criterios se tomaría cuestionable y endeble su pretendida autonomía, más aun si se tomara en cuenta que fue aquí donde se expidió el primer ordenamiento jurídico familiar del mundo(La Ley sobre las relaciones Familiares de 9 de abril de 1917)derogado posteriormente por el Código Civil de 1928.

4.11 ALIMENTOS. CONCEPTO JURÍDICO.

En el Lenguaje común ,por alimentos se entiende lo que el hombre necesita para su nutrición este concepto solamente es biológico.

En derecho, el concepto de alimentos ,implica en su origen semántico, aquello que una persona requiere para vivir como tal persona.

Según el diccionario de derecho de Rafael de Pina Vara; lo describe asistencias debidas y que deben prestarse para el sustento adecuado de una persona en virtud de disposición legal, siendo reciproca la obligación.⁵

Jurídicamente por alimentos, debe entenderse la prestación en dinero o en especie que una persona, en determinadas circunstancias (indigente, incapaz,) puede reclamar de otras, entre las señaladas por la Ley, para su mantenimiento y subsistencia; es pues, todo aquello que, por ministerio de ley o resolución judicial, una persona tiene derecho a exigir de otra para vivir.

⁵ Rafael de Pina Vera, Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, P. 76, vigesimaquinta edicion.

Podemos definir el derecho de alimentos diciendo que es facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista, para exigir a otra lo necesario para subsistir en virtud del parentesco consanguíneo, del matrimonio o del divorcio en determinados casos.

4.12 CONTENIDO DE LOS ALIMENTOS.

Los alimentos en el derecho comprenden la comida, el vestido, la habitación, la asistencia en casos de enfermedad y tratándose de menores, la educación del acreedor alimenticio y la obligación de proporcionarle un arte, u oficio o profesión adecuados a la condición del menor.

En nuestro Código Civil vigente para el Estado de Guanajuato en su artículo 362°; "Señala que :los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto a los menores los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte, o profesión honestos y adecuado a su sexo y circunstancias personales.

4.13 LA IMPORTANCIA DEL SUSTENTO Y SUPERVIVENCIA.

La familia requiere decidida protección, y en ella, particularmente los hijos menores, naturalmente incapaces de defenderse por sí mismos, y en ciertos extractos sociales, las mujeres, quienes a menudo personalizan a la parte más vulnerable de la relación.

En una sociedad donde la actividad de la mujer se concentra fundamentalmente en la administración del hogar, en la formación de los hijos y en las tareas domesticas materiales, que no producen ingresos pecuniarios, y queda a cargo del varón la aportación de los recursos económicos necesarios para el sustento del grupo, aquella no esta preparada para ganarse la vida, ni frecuentemente posee recursos

propios para alcanzar cierto grado de independencia económica, gravitado como un apéndice del marido.

4.14 FUNDAMENTOS DE LOS ALIMENTOS

Uno de los efectos del parentesco es la ayuda mutua que se deben los cónyuges y parientes, y la forma normal de cumplirla es la obligación de darse alimentos en caso de necesidad. En este sentido diversos autores, consideran a la obligación alimentaria como una obligación natural, fundada en un principio de solidaridad familiar.

Actualmente, al considerar las Naciones Unidas; en su artículo 16 el derecho de todo ser humano a los alimentos como uno de los derechos inherentes la persona humana, la obligación de proporcionarlos no es sólo de los parientes, sino del Estado, a falta de estos, y aun de la comunidad internacional en los casos de desatarse en los que el propio Estado se encuentre imposibilitado de auxiliar a sus nacionales.⁶

Para efectos puramente civiles la obligación alimentaria sólo se considera, como efecto del matrimonio y del parentesco, únicas fuentes de esta obligación.

4.15 ALIMENTOS EN LOS PUROS ACTOS CIVILES.

4.15.1 EN EL MATRIMONIO.

El Matrimonio es una Institución fundamental del derecho familiar, por que el concepto de familia reposa en el matrimonio como supuesto y base necesarios.

⁶ (Compendio de Derechos Humanos, Acopio Del Compendio de La Secretaria General De La Procuracion de Los Derechos Humanos en El Estado De Guanajuato. Agosto Del 2001.P.21.

El matrimonio como estado civil, se compone de un complejo de deberes y facultades, derechos y obligaciones en vista y para protección de los hijos y la mutua colaboración y ayuda de los cónyuges. El conjunto de deberes y facultades, obligaciones y derechos que constituyen ese complejo de relaciones jurídicas matrimoniales, se presentan convergentes y coordinadas ante los fines antes dichos, que para ser realizados requiere el esfuerzo de ambos cónyuges. Y cuando no hay matrimonio, sólo puede surgir tales relaciones, derechos y potestades por benigna concesión.

PLANIOL y RIPERT enseña: El matrimonio crea para cada uno de los esposos deberes morales. El matrimonio no se justifica por el interés personal de los esposos. Su motivo imperioso se encuentra en los deberes comunes de los padres hacia los hijos; la unión prolongada del padre y de la madre es el único medio de satisfacer tales obligaciones.⁷

Del matrimonio se derivan derechos y obligaciones recíprocas entre los cónyuges. En primer término, estos están obligados a contribuir, cada uno por su parte, a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como la educación de estos en los términos en que la Ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para éste efecto, según sus posibilidades.

El artículo 356 del Código Civil Para el Estado de Guanajuato, nos marca Los cónyuges deben de darse alimentos. La Ley determinará cuando queda subsistente esta obligación en los casos de divorcio y en los otros que la misma Ley señale.

El artículo 357.-Los padres están obligados a dar alimentos a los hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en

⁷ PLANIOL MARCEL, RIPERT GEORGS. Tratado elemental del derecho civil traducción por el Lic. J.M. Cajica Jr. Introducción, Familia y Matrimonio. De Jose M. Cajica Jr. Puebla, Puebla, Mex. Pag.306

los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren mas próxima en grado.

4.15.2 PARENTESCO.

El Parentesco implica en realidad un estado jurídico por cuanto que es una situación permanente que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, del Matrimonio o Adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho.

Nexo jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge, o entre adoptante y adoptado, se denomina parentesco. Los derechos y deberes que se originan entre parientes en razón de pertenecer a un determinado grupo familiar, parte de un supuesto previo: La existencia del parentesco.

Definido el parentesco como las relaciones jurídicas familiares que derivan de dos fenómenos biológicos -la unión de los sexos mediante el matrimonio, y la procreación a partir de la filiación -y de un hecho civil encaminado a suplir el fenómeno biológico de la procreación, la adopción. Estos tres tipos de hechos son los únicos que originan a las relaciones de parentesco, de ahí que el matrimonio, filiación y adopción constituyan las tres grandes fuentes del parentesco en nuestra legislación.

Nuestro Código civil Para el Estado de Guanajuato en su artículo 346.-La ley no reconoce mas parentesco que los de consanguinidad, afinidad, y el civil.

Artículo 347. El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.

Artículo 348. El parentesco de afinidad es el que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón.

Artículo 349.- El parentesco civil es el que nace de la adopción plena o de la adopción simple.

En la adopción simple el parentesco, existe entre el adoptante y el adoptado.

En la adopción plena, el parentesco confiere los mismos derechos y obligaciones que los derivados del parentesco consanguíneo.

4.15.3 EN EL CONCUBINATO

Al lado de la unión matrimonial, que es el acto y estado jurídico reconocido por el derecho como generador de efectos no solo respecto de la pareja y de los hijos, sino también en relación con otros parientes, se han dado y existen actualmente otras uniones más o menos permanentes que se asemejan al matrimonio, pero a las cuales el derecho no les ha concedido efectos, o bien se los ha otorgados en términos muy limitados. El concubinato lo podemos definir como la unión libre y duradera entre un hombre y una mujer, que viven y cohabitan como si estuvieran casados, y que pueden o no producir efectos legales.

Los alimentos en caso de concubinato, se desprende de la protección que el Estado otorga a la familia de hecho, reconociéndole su carácter de unidad social; el legislador ha reconocido y reconoce y que el concubinato produce algunos efectos jurídicos.

En nuestro código Civil para el Estado de Guanajuato no se ha ocupado de reglamentar esta situación de hecho; pero ante la realidad y en vista de los intereses de la concubina y de los hijos; la jurisprudencia y otras leyes reglamentarias como La Ley del trabajo , La Ley del Seguro Social, la Ley del Instituto de seguridad y Servicios sociales para los trabajadores del Estado se han visto precisadas a resolver las numerosas situaciones que derivan del concubinato, tales como son, los de carácter económico, otros relacionados con la paternidad y el derecho a los alimentos.

4.15.4 LOS ALIMENTOS EN LA ADOPCION

El parentesco civil es el que nace de la adopción plena o de la adopción simple como tercera forma de parentesco dando origen a la adopción que se define como: Un acto jurídico por el cual se confiere a uno o varios menores o incapacitados, aun cuando estos sean mayores de edad, la posesión de estado de hijo del o de los adoptantes y a estos los deberes inherentes a esta relación de parentesco.

El. Relación a este tema, el Código Civil para nuestro Estado señala en sus artículos siguientes: 361y 447

I.- Dar alimentos recíprocamente, entre adoptante y adoptado.

II.- El adoptante adquiere la patria potestad;

III.- En general, todos los derechos y obligaciones existentes entre padres e hijos, respecto de la persona y bienes de estos.

En la actualidad son pocas las entidades federativas que han admitido la adopción plena una de ellas es Guanajuato, en el que el adoptado se integra plenamente como miembro de la familia del adoptante, adquiriendo lazos de parentesco con todos los parientes de éste, como si hubiera filiación consanguínea. Correlativamente se extinguirán todos los vínculos consanguíneos con la familia del adoptado, subsistiendo los impedimentos para contraer matrimonio.

En cambio en la adopción simple, los derechos y obligaciones que nacen, como el parentesco que de esta resulta, se limitan al adoptante y al adoptado, excepto en lo relativo a los impedimentos de matrimonio.

4.15.5 EN EL DIVORCIO.

Nuestra legislación civil vigente, admite dos clases de divorcio:

- a) Necesario.
- b) Voluntario o por mutuo consentimiento.

Ambos anteriormente citados tienen su origen en las fracciones del artículo 323 del ordenamiento antes señalado.

En lo que respecta a las cuestiones alimentarias en el divorcio resultan variables e incluso nulas, toda vez que en el divorcio por mutuo consentimiento, salvo pacto en contrario, los cónyuges No tiene derecho a pensión alimenticia, ni a la indemnización y por esta situaciones así reguladas.

En el código Civil para nuestra entidad en su artículo 330 que a la letra dice:

“Mientras se decrete el divorcio, el juez autorizará la separación de los cónyuges de una manera (provisional) y dictara las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos a quienes haya obligación de dar alimentos, y los bienes de los consortes.”

De igual forma se sigue mencionando la forma "Provisional" en su artículo 336 Fracción III.-

“Al admitirse la demanda de divorcio o antes si hubiere urgencia se dictara provisionalmente y solo durante que dure el juicio la disposición siguiente:

Señalar y asegurar los alimentos que deben dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos.

Ante la necesidad de la obligación alimentaria en el divorcio sólo establece en el artículo 342 del mismo ordenamiento:

"Que la Mujer tendrá derecho a alimentos mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente. El marido inocente sólo tendrá derecho a alimentos cuando esté imposibilitado para trabajar y no tenga bienes propios para subsistir. Además, cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito.

En el segundo párrafo de este artículo menciona que el divorcio por mutuo consentimiento, salvo pacto en contrario, los conyuges no tienen derecho a pensión alimenticia, ni a la indemnización que concede este artículo"

4.15.6 EN LA TUTELA

La tutela se puede definir como la institución jurídica destinada a proteger los intereses de una persona civilmente incapaz. Atiende en forma permanente a los menores y a los incapacitados para garantizar la guarda y protección de la persona y bienes del tutelado, mientras que la curatela no supone un ejercicio permanente sino limitado a su intervención en ciertos actos concretos y quedan sujetos a ella los incapacitados en los casos de incapacidad.

Curatela.-

En el caso de que la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un tutor de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del presunto incapaz y de su actuación con respecto a los mismos, pudiendo en este caso el Juez dictar las medidas de control y vigilancia que considere oportunas. Una vez que el guardador de hecho ha informado al Juez y confirmada la existencia de una causa de incapacidad, aquel ha de poner el hecho en

conocimiento del Ministerio Público para que éste promueva su incapacitación a través del procedimiento correspondiente.

Entre tanto, los actos realizados por el guardador de hecho en interés del presunto incapaz se considerarán válidos.

¿Quiénes están autorizados u obligados a promover la constitución de la tutela?

Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conociera el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado. Si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial el hecho determinante de la tutela, en cuyo caso pedirá el primero y dispondrá el, segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela. Con respecto a la constitución de la tutela se lleva a cabo a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria en el que el Juez debe dar previa audiencia a los parientes más próximos, a las personas que considere oportuno, y, en todo caso, al tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años.

¿Quiénes pueden ser nombrados tutor y cuáles son los requisitos necesarios?

Para el nombramiento del tutor se preferirá:

1.-El cónyuge que conviva con el tutelado;

1. Los padres;

3.-La persona o personas. Designadas por éstos en su testamento;

4.-El descendiente, ascendiente o hermano que designe el Juez. Excepcionalmente; el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden anterior o prescindir de todas las personas mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere. El defecto de las personas mencionadas anteriormente, el Juez designará tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, considere más

idóneo. Además, se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor. Si hubiere que designar tutor para varios hermanos, el juez procurará que el nombramiento recaiga en una, misma persona.

¿ Cuales son las funciones y deberes del tutor?

Los sujetos a tutela deben respeto y obediencia al tutor, quienes podrán, en el ejercicio de su cargo, recabar el auxilio de la autoridad, así como corregir a los menores razonable y moderadamente de forma similar a lo que se establece, para la patria potestad de los padres.

El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular:

1. A procurarle alimentos; 2. A educar al menor procurarle una formación integral; 3. A promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su inserción en la sociedad; 4. A informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración. El tutor es el representante y administrador legal del patrimonio del tutelado y está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia.

Nuestro código Civil para el Estado de Guanajuato, en sus artículos 595- 599. La obligación alimentaria en la tutela, es un cargo personal que no puede ser delegado. Si bien es 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; obligando al tutor a nutrir al pupilo hasta que llegue a ganarse la vida, como también lo debe educar mientras se encuentre en estado de minoridad.

En nuestro ordenamiento del Código Civil para el Estado de Guanajuato, en su Título Noveno, de la Tutela, Capítulo I en el artículo 502.- Menciona:

" El objeto de 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 Segunda para gobernarse por si mismos. La Tutela puede también tener por objeto la represtación interina del incapaz en los casos especiales que señala la Ley.

En la Tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades que le impongan las Leyes.

Artículo 503.- Tiene, incapacidad natural y legal:

I.- Los Menores de edad

II.- Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tenga intervalos lúcidos;

III.- Los sordomudos que no sepan leer ni escribir;

IV.- Los ebrios consuetudinario, y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes.

Artículo 505.- La Tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima.

Artículo 507.- La Tutela se desempeña por el tutor con intervención del curador, del juez de primera Instancia de lo Civil y del Ministerio público del domicilio del menor, en los términos de este código y del procedimientos Civiles del Estado.

Artículo 515.- La Tutela es Testamentaria, legítima o dativa.

Artículo 518.- El menor de edad que fuere demente, idiota, imbecil, sordomudo, ebrio consuetudinario o que habitualmente abuse de las drogas enervante, estará sujeto a la; tutela de menores, mientras no llega a la mayor edad.

Artículo.- 536.- Ha lugar a tutela legítima.

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

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

Artículo 357.- La tutela legítima Corresponde:

I.- A los hermanos, prefiriéndose a los que sean por ambas líneas;

II.- Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás, colaterales dentro del cuarto grado.

De la tutela dativa

Artículo 549.- La tutela dativa tiene lugar.

I.- Cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien conforme a la ley corresponda la tutela legítima;

II.- Cuando el tutor testamentario este impedido temporalmente de ejercer su cargo y no haya ningún pariente de los designados;

El artículo 554.- A los menores de edad que no estén sujetos a patria potestad ni a tutela testamentaria o legítima, aunque no tenga bienes, se les nombrará, tutor dativo. La tutela en ese caso tendrá por objeto el cuidado de la persona del menor, a efecto de que reciba; educación que corresponda a su posibilidad económica y a sus aptitudes. El tutor será nombrado a instancia del Ministerio Público, del mismo menor, de la autoridad política del domicilio del menor y aun de oficio por el Juez de Primera instancia de lo Civil del domicilio de dicho menor.

4.16 DEFINICIÓN Y CONCEPTO DE LA OBLIGACION ALIMENTARIA

La connotación etimológica de la palabra alimentos, la encontramos en el diccionario de la real academia Española, al expresar: Alimento. m. del latín Alimentum de alere alimentar. Cualquier , sustancia que sirve para nutrir por medio de la absorción y de la asimilación.

Que implica el sostenimiento de la persona refiriéndose solamente a la conservación en la vida en su aspecto material.

De lo anterior deben definirse los siguientes vocablos:

ALIMENTADOR O ALIMENTANTE, es quien: alimenta y su postura legal es de deudor. Una de dichas voces o ambas indistintamente, parecen adecuadas para anteponerlas a las de **ALIMENTISTA** o **ALIMENTARIO**, en el sentido jurídico, toda vez que estos dos últimos

vocablos, indican: el que percibe los alimentos en sentido legal y su postura será la de acreedor.

La obligación alimentaria se define como: la obligación que existe entre parientes próximos de prestarse recíprocamente ayuda en caso de necesidad, es una obligación de orden a la vez social; moral y jurídico.

4.17 CONCEPTO, JURIDICO DE ALIMENTOS.

Encierra un significado de contenido y de mayor adecuación social, puesto que además de conservar la vida, ya que se desprende no de la maternidad de dar lo indispensable para la vida, sino del procurar el bienestar físico del individuo poniéndolo en condiciones de que pueda basarse así mismo, se pueda sostener con sus propios recursos, y así puede ser un miembro útil a la familia y a la sociedad.

Siendo así, como la Prestación generada por el matrimonio y el parentesco de ayudar al pariente en estado de necesidad alimentaria, proporcionándole para su subsistencia.

4.18 SU FUNDAMENTO

La Ley, en determinadas circunstancias a la vez que en forma imperiosa, impone la obligación de suministrar a otra persona los recursos necesarios para atender a las necesidades de la vida. Debe ser de esto, la razón y fundamento del derecho a recibir los alimentos. Todas las doctrinas, reconocen unánimemente que siendo la personalidad humana un ser físico y espiritual, con necesidades de uno y otro orden para la realización de sus fines, es indispensable que aquellos que en determinadas circunstancias que se encuentran, provean de los medios necesarios para el cumplimiento de dicho fin a los que por su propia debilidad, por imposibilidad física o moral o por cualquier otra circunstancia no pudieran bastarse a sí mismos, fundándose en el derecho a la vida que tiene toda persona, en esa razón suprema que es el principio de solidaridad entre los seres humanos, ya que el individuo tiene derecho a la existencia y desarrollo de la misma según sus posibilidades, por lo mismo, la obligación de otras personas de

proporcionar lo necesario para que la existencia de los menos capacitados no se menoscabe.

Siendo también, su fundamento social, porque la subsistencia de los individuos del grupo familiar, interesa a la sociedad misma, y puesto que la familia forma el núcleo social primario, es a los miembros de ese grupo familiar a los que corresponden primer lugar velar porque los parientes próximos no carezca de lo necesario para subsistir.

Es una obligación de orden moral, porque de los lazos de sangre, derivan vínculos de afecto que impiden a quienes por ellos están ligados, a abandonar en el desamparado a los parientes que necesiten ayuda y socorro; a fin de no dejarlos perecer por abandono.

Es finalmente, una obligación de orden jurídico, porque incumbe al derecho hacer coercible el cumplimiento de esa obligación; el interés público interés social demanda que el cumplimiento de ese deber de orden efectivo y de verdadera caridad, se halle garantizado en tal forma, que el acreedor que necesita alimentos puede recurrir en caso necesario al poder del Estado para que realice la finalidad y se satisfaga el interés del grupo social en la manera que el derecho establece.⁸

4.19 CONTENIDO Y SU OBJETO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

Los alimentos fueron, antes que una obligación civil, una obligación natural. El legislador, al realizar esta transformación, dio al deber de alimentar, fundado en los lazos de la naturaleza la eficacia necesaria para exigirlos por la vía judicial en los casos en que la fundamentaron originaria fuese desconocida o rechazadas sus consecuencias.

⁸ Ignacio Galindo Garfias, pag 479 derecho Civil. 1er curso parte general de personas y familia. xiii edición, editorial porrua, mexlco 1994.

RUGGIERO clasifica la obligación alimentaria propia, e impropia. La obligación alimentaria propia es, en su concepto, aquella en que los alimentos son debidos en especie; o adoptando un punto de vista menos materialista, aquellos cuyo objeto es la manutención de la persona, y la impropia aquella cuyo objeto son los medios pensión, asignación o renta alimenticia idóneos para conseguir la finalidad de la manutención.

4.20 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 4° EN LO REFERENTE A LA ASISTENCIA FAMILIAR.

En su párrafo séptimo de este artículo establece:

"Los niños y las niñas tiene derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación, y sano esparcimiento para su desarrollo integral".

"Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos, derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos"

El Estado otorgara facilidades a los particulares para que se coadyuven al cumplimiento, de los derechos de la niñez."

4.21 LOS SUJETOS A LA OBLIGACION ALIMENTARIA

Dadas las fuentes de las cuales emana la obligación alimentaria claramente podemos distinguir que los sujetos obligados a darse alimentos son todos los parientes en los grados reconocidos por la Ley, y que se extienden sin limitación de grado en línea recta a los parientes consanguíneos y en línea transversal o colateral hasta, el cuarto grado; así mismo se incluye la pareja conyugal y el adoptante hacia el adoptado.

a).-ACREEDOR ALIMENTARIO .

Es esta figura la que el derecho faculta para pedir; alimentos, está obligado a darlos en su caso al deudor alimentario, cuando este se halle en necesidad, si quien ahora es el acreedor se encuentra en la posibilidad de darlos; El crédito y deuda por alimentos, son recíprocos, por lo tanto el deudor de hoy, puede ser el acreedor de mañana.

La obligación de dar alimentos es recíproca: el que los da, tiene a su vez el derecho de pedirlos. El derecho y la obligación alimentarios son personales e intransmisibles. Según el artículo 355 del capítulo III de Alimentos de la Ley sustantiva Civil de Guanajuato.

b).- DEUDOR ALIMENTARIO

Dada su naturaleza de reciprocidad, no permite distinguir desde el punto de vista abstracto, entre deudores y acreedores de la relación alimenticia: Se deben reclamar los alimentos cuando se están en necesidad alimentaria. El estado de necesidad alimentaria se manifiesta legalmente por la ausencia de recursos suficientes para proveer a las necesidades de la vida.

Nuestra Legislación Civil lo marca en el artículo su 363.- "El obligado a dar alimentos cumple la obligación asignado una pensión adecuada al acreedor alimentario o incorporándolo a la familia. Si el acreedor se opone justificadamente a ser incorporado, compete al Juez según las circunstancias, fijar la manera de ministrar los alimentos.

c).-EL TERCERO QUE PROPORCIONE ALIMENTOS

Cuando alguna persona muera, o quede total y permanentemente incapacitada, por el motivo del desempeño de funciones o empleos públicos, sin contar con bienes propios que basten al sostenimiento de sus hijos menores de 18 años de edad incapacitados, el Estado y los Municipios según el caso tendrá la obligación de proporcionar

alimentos a dichos hijos según la Ley sustantiva Civil de Guanajuato, en el artículo 380.

4.22 CARACTERÍSTICAS DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA.

De acuerdo con la Naturaleza de la obligación alimentaria, cuyo objeto es la sobre vivencia del acreedor, la misma se encuentra dotada de una serie de características que la distinguen de las obligaciones comunes, tendientes a proteger el pariente o cónyuge necesitado.

Un de las primeras características de la deuda alimentaria es la de:

Orden Público.- Por definición y por esencia, ha sido y será un conjunto de normas de indiscutible contenido de interés público, toda vez que el derecho tiene por objeto; regular las relaciones sociales originadas por la convivencia humana, necesariamente, tanto las normas que clásicamente, se han considerado de derecho privado, como las de derecho público, son por el simple hecho de pertenecer la categoría de las normas jurídicas, de carácter primordialmente publico.

Así las normas de derecho familiar o patrimonial, reconocidas como de derecho privado, tiene principalmente un carácter público, en cuanto a que son indispensable para lograr el fin social y mantener la interdependencia humana. De aquí que la organización jurídica de la familia, cualquiera que sea el papel que desempeñe es una organización social, y aun en los casos en que su importancia y trascendencia se vea reducida por determinado derecho positivo, siempre, será una institución de orden público y de evidente interés social.

Pues toda norma jurídica protege intereses públicos y privados; pero prevalece en ocasiones el interés público sobre el privado. En el derecho civil existen intereses públicos y privados a la vez, pero se considera preferentes y de mayor relieve los intereses públicos, dado que el litigante a través del derecho subjetivo público de acción, provoca, exige y obtiene, la intervención del Estado, para dirimir una controversia siendo por lo tanto de indiscutible valor social la función

de administrar justicia y de mantener la seguridad y la paz pública a través de la función jurisdiccional.

Tiene el carácter de Personal e Intransmisibles.

La obligación o deber alimentario debe reputarse de personalísima, por cuanto depende exclusivamente de las circunstancias individuales del acreedor y del deudor; los alimentos, por otra parte se asignan y confieren a persona determinada en razón de sus necesidades y, la obligación de darlos se impone también a otra persona determinada tomando en cuenta sus posibilidades económicas, si es que media entre, deudor y acreedor, desde luego, algún lazo de parentesco determinado por la Ley.

En nuestra codificación civil se determina en forma clara y precisa, que persona o personas son las indicadas a cumplir con la prestación alimentar.

ES RECIPROCA.

Consecuentemente, la obligación alimentaría es recíproca, tratándose de alimentos, la reciprocidad consiste en que el mismo sujeto pasivo puede convertirse en activo, puesto que las prestaciones correspondientes dependen de la necesidad del que deba recibirlas y de la posibilidad económica del que deba darlas.

ES DE ORDEN SUCESIVO.

La obligación alimentaría tiene las características de ser de orden sucesiva, ello a virtud de que la ley hace gravitar la deuda sobre determinadas personas, conforme a ciertas y determinada graduación de parentesco, de modo que los deudores no están obligados simultáneamente a dar los alimentos; por lo mismo, el indigente debe reclamar estos siguiendo el orden establecido por la ley respecto de los deudores alimenticios, y solo por impedimento de los primeros pasa la obligación a los siguientes.

ES INTRANSFERIBLE.

Los artículos del Código Civil para el Estado de Guanajuato , establecen:

El artículo 355.- “La obligación de dar alimentos es reciproca: El que los da, tiene a su vez el derecho de pedirlos. El derecho y obligación alimentarios son personales e intransferibles”

El artículo 376.-“El derecho de recibir alimentos no puede ser objeto de transacción y es irrenunciable o intransferible; pero si pueden ser objetos de las operaciones indicadas las pensiones caídas”

ES PROPORCIONAL:

La proporcionalidad de los alimentos, se encuentra determinada, como regla general, en los artículos 365 al 368 del Código Civil para el Estado de Guanajuato, al expresar que los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien debe recibirlos.

Por la forma que se encuentran redactados estos artículos en su parte inicial, la obligación alimentaria, además de ser proporcional, tiene el carácter de variabilidad, ello a virtud de que la sentencia Judicial que fija alimentos, no produce excepción de cosa juzgada; ni pueden considerarse alimentos definitivos, puesto que su cuantía se aumentará o reducirá también proporcionalmente según el aumento o disminución respecto de las posibilidades económicas de quien tenga el deber de darlos.

Es Solidaria e Indivisible.

La obligación alimentaría también tiene la característica de ser divisible, en relación al principio de que las obligaciones se consideran divisibles cuando su objeto puede cumplirse en diferentes prestaciones; por el contrario son indivisibles cuando sólo pueden ser cumplidas en una prestación.

Se ha pretendido que los alimentos no son individuales por cuanto que las necesidades vitales no se pueden satisfacer a medias, ni a tercias más a ello se ha respondido, que su objeto esencial consiste en prestaciones pecuniarias y periódicas, donde resulta que si es más fácil de dividir puesto que son en dinero.

Inembargable.

El artículo del Código Adjetivo Civil Para el Estado de Guanajuato, declara inembargables las provisiones alimenticias adjudicadas en justicia.

Incedibles e irrenunciables.

La obligación alimenticia se le considera de orden público.

4.23 Terminación de la Obligación Alimentaría.

En Nuestro derecho, la obligación de dar alimentos cesa por:

a) Dejar de necesitarlos el acreedor.

b) Injuria, falta o daños graves inferidos por el acreedor a quien debe proporcionárselos.

c).- Que la necesidad de los mismo dependa de la conducta viciosa o falta de dedicación al trabajo por parte del acreedor alimentista.

d).-Que el acreedor abandone sin causa justificada, el hogar al cual ha sido incorporado.

e).-Que el menor deje de serlo al llegar a la mayoría de edad y los obligados a alimentarlo sean los hermanos o parientes colaterales.

4.24 Garantía de aseguramiento en los alimentos.

Dada la Naturaleza misma de la obligación alimentaria, que es de orden público, que debe satisfacerse y cumplirse en forma regular, continúa permanente e inaplazable, se hace necesario rodearla de la protección especial. que asegure su debida administración y pago.

Los Cónyuges y los hijos en materia de alimentos, tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia y podrá demandar el aseguramiento de los bienes para hacer efectivo estos derechos.

En nuestro Código Civil en su artículo 369.- Tiene acción para pedir el aseguramiento de los alimentos:

- I.-El acreedor alimentario;
- II.-El ascendiente que lo tenga bajo su patria potestad; .
- III- El tutor;
- IV.- Los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado.
- V.- El ministerio público. .

El articulo 371.- .

El aseguramiento podrá consistir en hipoteca, prenda, fianza, deposito de cantidad bastante a cubrir los alimentos o cualquiera otra forma de garantía suficiente a juicio del Juez.

CAPITULO V

TIPO PENAL DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR.

5.1 TIPO PENAL DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR EN EL ESTADO DE GUANAJUATO EN SU ARTICULO :

Artículo.-215.-A quien injustificadamente deje de satisfacer obligaciones alimentarias, no suministrando a otro los recursos necesarios para que subsista, se le aplicará prisión de seis meses a tres años y de diez a treinta días multa, así como el pago de los alimentos caídos en los términos de la Ley Civil.

Este delito solo se perseguirá por querrela. Si la persona ofendida fuere menor de edad o incapaz, podrá ser formulada por institución de asistencia familiar o de atención a victimas del delito.

A quien se coloque dolosamente en estado de insolvencia con el propósito de eludir el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, se le aplicará de uno a cuatro años de prisión.

El delito previsto en el articulo 215 del Código de penal del Estado de Guanajuato, implica una conducta de omisión pura y simple que constituye un verdadero abandono; esto es, la acción típica que consiste en omitir, la ayuda debida, para la necesaria subsistencia del los sujetos pasivos de manera injustificada por parte del deudor que los abandona; por lo tanto, la omisión de ayuda se traduce en dejar estos

sin los recursos indispensables, para cubrir sus requerimientos vitales y de alimentos, o sea, consiste en desamparar al sujeto pasivo, colocándolo en situación tal, que por su condición estén impedidos para obtener por si mismos los medios pertinentes para atender sus necesidades de subsistencia.¹

5.2 PRESUPUESTO DE LA CONDUCTA: LA OBLIGACION DE SUMINISTRAR ALIMENTOS.

El modo de satisfacer los alimentos, pueden ser de diversas maneras, ya que el obligado puede optar entre pagar la cuota que se le asigne, o bien recibir o mantener en su casa al alimentista.

Para que la obligación asistencial exista en el caso concreto es necesario, en primer, lugar que en el momento del hecho subsista el deber que la Ley establece al autor de prestarle al beneficiario los medios indispensables para su subsistencia. El deber tampoco subsiste sí, en el momento del hecho, el beneficiario, sea porque tiene bienes propios, sea porque gana lo suficiente, no tiene necesidad de la asistencia económica del autor para no caer en un estado de efectiva necesidad si no trabaja o no recibe la ayuda de un tercero o cualquier otro auxilio económico.

Pero para darse los alimentos, es necesario también que exista determinado grado de parentesco; que el alimentista tenga verdadera necesidad de los alimentos y por que se encuentre en precaria situación económica; que el obligado tenga bienes suficientes para poder cumplir

¹ Subsistencia.-Es prevaleciente que los medios indispensables para la subsistencia atañen a las cuatro necesidades que señala este artículo: alimentación, vestido, habitación y asistencia médica, debiendo satisfacerse en la medida indispensable para que el beneficiario pueda subsistir, sin que se deba atender a su condición particular, según se debe hacer respecto de la prestación alimentaria.

con esta obligación, y que no implique por tanto abandono de sus propias necesidades o las de su familia; que el alimentista no haya cometido en contra del obligado falta alguna que implique desheredación y que la pobreza de aquel no debe provenir de su mala conducta ni de la falta de atención a su trabajo.

El delito del Incumplimiento de la obligación de asistencia familiar. Se desprende que éste delito se configura cuando el sujeto activo incurra en un incumplimiento total al deber de proporcionar alimentos de tal manera que de ser insuficientes las sumas entregadas para cubrir las necesidades económicas de los acreedores alimenticios, lo procedente es gestionar en la vía civil el señalamiento del monto adecuado por concepto de pensión alimenticia.

El diccionario de la real Academia Española el vocablo "incumplimiento" significa falta de cumplimiento, la connotación de la palabra reiterado es: "Dicese de lo que se hace o sucede repetidamente" y repetir quiere decir "volver a hacer lo que se había hecho", es de concluirse que si el incumplimiento de la obligación alimentaría es de trato sucesivo, pues día con día se origina, y tomando como punto de partida que la palabra "repetir" es volver hacer lo que se había hecho" para que se configure el "incumplimiento, reiterado" necesariamente tiene que existir una conminación en términos de Ley para que el incumplido observe su obligación alimentaría, pues de otro modo no podría configurarse la conducta de volver a hacer lo que se había hecho, y solamente en este supuesto es cuando se configura el incumplimiento.

Tal incumplimiento debe trascender, por las circunstancias particulares en que se produzca, a la integridad física o moral de los hijos, cuando debido a tal infracción pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de aquellos, ya que la finalidad de la norma no es, en si misma, represiva, sino que tiende, por vía de la prevención, a conservar la integridad física y moral de los hijos.²

² Practica forense en materia de alimentos. Rogelio Alfredo Luis Lugo Editorial Sista S.A de C. V. Tomo I y II c .1997. Pagina.597.

5.3 Sujeto activo. Calificado: Deudor alimentario.

(Del latín debitor)se entiende como tal a la persona que en la relación jurídica es titular de una obligación alimentaria y que se constituye, en el deber de entregar a otro, denominado acreedores, una prestación alimentaria.

Respondiendo el primero del cumplimiento de sus obligaciones con su patrimonio. Instituto de investigaciones Jurídicas.³

El sujeto activo o deudor alimentario, son los que la ley determina tácitamente, las personas entre las cuales rige la relación asistencial cuya violación constituye el delito de que tratamos.

Los sujetos activos de esa relación son:

Los padres matrimoniales, o los extramatrimoniales, que en el momento están decorados tales o han reconocido al hijo vale decir, los anteriores padres legítimos e ilegítimos, sin exclusión de igual manera divorciados los padres, cualquiera que sea la causa del divorcio, persiste la obligación de prestarles a sus hijos de los medios indispensables para su subsistencia.

El adoptante, mientras no se revoque o anule la adopción.

El tutor, nombrado por los padres o legítimo o dativo, confirmados o nombrados por el Juez.

5.4 Sujeto Pasivo: Acreedor alimentario.

Del delito de cada uno de los sujetos activos mencionados en el párrafo anterior, presupone la violación de su deber de prestar los medios indispensables para la subsistencia a una persona determinada.

³ Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo III. pag. 282. letra D. UNAM 1984 Primera edición.

Dada su naturaleza de reciprocidad, no permite distinguir desde el punto de vista abstracto, entre deudores y acreedores de la relación alimenticia: Se deben reclamar los alimentos cuando se están en necesidad alimentaria. El estado de necesidad alimentaria se manifiesta legalmente por la ausencia de recursos suficientes para proveer a las necesidades de la vida.

Nuestra Legislación Civil lo marca en el artículo su 363.-

"El obligado a dar alimentos cumple la obligación asignando una pensión adecuada al acreedor alimentario o incorporándolo a la familia. Si el acreedor se opone justificadamente a ser incorporado, compete al juez según las circunstancias, fijar la manera de ministrar los alimentos.

5.5 Conducta:

Dejar de satisfacer injustificadamente obligaciones alimentarias, no suministrando los recursos necesarios para subsistir.

Nos denota una conducta de omisión pura y simple que constituye un verdadero abandono, más con la importante diferencia de que no se trata de una figura de peligro para la vida o la salud, por lo que basta que no se proporcione lo que el acreedor alimentario requiera indispensablemente para subsistir sin que sea necesario que quede en una situación de peligro, es decir, aunque el sujeto pasivo cuente con medios o recursos propios para su subsistencia.⁴

Es decir que a la deuda alimentaria como el deber que corre a cargo de los miembros de una familia, de proporcionarse entre si, los elementos necesarios para la vida, salud, educación y en su caso es esta conducta sin razón o motivo insatisfecha.

⁴ Enrique Cardona Arizmendi y Cuahutemoc Ojeda Rodríguez. Segunda edición, Editorial Orlando Cardenas, 1985, pag, 425. Código Penal comentado para el Estado de Guanajuato.

Lo que el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar ofende, es el deber asistencial emergente del núcleo familiar o cuasi familiar.

5.6 Finalidad:

Eludir el cumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar.

No parece, sin embargo que el abandono de los deberes de asistencia económica, hasta el grado de alcanzar lo indispensable para la subsistencia, sea algo que deba y pueda reservarse para el círculo de la intimidad familiar, como absoluta abstención de la coacción represiva del Estado, ya que es una situación que por regla es fácil de eludir civilmente cuando faltan la moral y el afecto del grupo.

La responsabilidad por eludir el cumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar por parte de cada una de las personas, no quedará excluida por la circunstancia de existir otras también obligadas a prestar los medios indispensables para la subsistencia.

El apartamiento de la obligación requiere por un lado, no satisfacerla. En lo que atañe a su satisfacción respecto de todo el núcleo familiar de personas necesitadas, en relación a todos los rubros que la componen y en la medida requerida por la subsistencia de esos beneficiarios. La satisfacción parcial equivale a insatisfacción de la obligación, sin perjuicio de que la ejecución parcial se tenga en cuenta para la determinación de la pena.

La materialidad del delito consiste en substraerse a prestar los medios indispensables para la subsistencia, siendo esta una omisión delictiva que constituye el delito en el hecho de eludir o substraerse a prestar los medios, apartándose de la obligación: asistencial impuesta al autor por la Ley. ⁵

⁵ INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR, PAG, 61, que refuta la crítica que le hace Ure al Término "substraer".

5.7 Párrafo segundo:

Tratamiento especial, por tratarse de menores.

5.8 Párrafo tercero:

Agravación de la sanción por dar datos falsos a su insolvencia económica.

5.9 CARACTERISTICAS DEL DELITO:

Sanción:

Corporal: Admite libertad provisional, en los términos del artículo 387 del Código Penal para. el Estado de Guanajuato.

Pecuniaria: De. diez a treinta días multa.

No admite tentativa.

No es posible la Tentativa, porque cualquier acto ejecutivo de la omisión implica la consumación del delito.

Ya que es un delito permanente o continuo, porque el estado de consumación es susceptible de prolongarse mientras la obligación continúe sin cumplirse.

Bien jurídico Tutelado: La seguridad de la familia

De tal manera, la familia aparece protegida como el núcleo de personas constituidos sobre la base del matrimonio civil o de la unión carnal fuera de éste.

Tratándose del primer caso, la protección represiva atiende al aspecto legal del matrimonio, a la pureza y autenticidad de la descendencia matrimonial y a la asistencia económica.

La necesidad de un título particular referido a los delitos que lesionan a la familia, encuentra su razón en que la familia es, se puede decir, una institución que jurídica y naturalmente se encuentra al margen de la protección de los bienes pertenecientes a los individuos como tales y que no obstante representa un bien protegible como valor Social en la familia, teniendo la suficiente entidad y autonomía para figurar con independencia de los delitos que afecten a la sociedad.

Forma de persecución: De Querella.

Del latín querella, acusación ante el Ministerio público o fiscal competente, en una conceptualización generalizadora, más que nada descriptiva siendo una facultad, del ofendido por el delito para hacerla llegar al conocimiento de las autoridades y dar su consentimiento para que sea perseguido.

En el plano sustantivo, puede ser estimada como una manifestación de voluntad del sujeto pasivo del delito dirigida a solicitar el castigo del mismo: Bajo esta conceptualización que da en estrecha conexión con el perdón en cuanto al derecho.

La Querella, es una institución muy discutida por los estudiosos del Derecho Penal; Beccaria, en su tratado de los delitos y de las penas, hizo notar que el derecho de castigar corresponde a todos los ciudadanos, motivo por el cual el derecho de uno solo no puede anular el de los demás.

Carlos Binding, no es partidario de la querella, al respecto indica: cuando el Estado delega sus facultades en manos de los particulares, y

el delito no se castiga, ya sea que el querellante no presenta a tiempo su queja o porque está en manos de un representante inactivo, aquella, no alcanza su objeto y la justicia sufre una lesión; además, el que se deje en manos de un particular la persecución del delito, propicia la inmoralidad en la administración de Justicia.

De tal forma existe otros autores como es el caso de Enrique Ferri, que se muestra inconforme con la querrela, fundamentándose en que si los presuntos delincuentes significa un peligro para la sociedad, es incuestionable que debe perseguirse y no dejar su castigo al arbitrio de los particulares. Por otra parte, si dichas conductas dado el carácter público del derecho penal, únicamente afectan intereses particulares, debieran de desaparecer del Código.

Los delitos de incumplimiento de la obligación de dar alimentos se actualizan por la omisión de cumplir con la obligación de dar tales alimentos, misma que se genera sucesiva y permanentemente pues los efectos que producen son eventualmente permanentes, es decir se prolonga durante el tiempo en que el agente activo mantiene el estado antijurídico, a pesar de que radica en su voluntad la facultad de hacer cesar ese efecto en tanto están referidos a una conducta omisiva, lo que permite concluir que la regla establecida para los delitos de querrela no opera en casos como el que se indica, pues el derecho de exigir el cumplimiento de la obligación de dar alimentos se genera cada vez que esta obligación no se cumple y de la misma manera se genera el derecho a querrellarse por el incumplimiento de ella, es decir, el derecho se genera cada vez que la conducta omisiva se presenta, y por esta razón la prescripción no opera en esos delitos mientras tal conducta no cese.

Forma de culpabilidad: Dolosa o culposa.

El concepto de la substracción o apartamiento de la obligación no se logra, empero, con la simple materialidad de la no entrega de los

medios indispensables para la subsistencia, si no que demanda que ella implique el cumplimiento de la obligación respectiva. No cumple esa obligación el que pudiendo satisfacerla, no lo hace voluntariamente. Esta voluntariedad no requiere necesariamente un obrar malicioso, entendida la malicia en su acepción de maldad o perversidad. Tampoco es indispensable que el autor obre deliberadamente, pues el incumplimiento de la obligación sucede aunque el autor no lo premedite o preordene, cuando pudiendo satisfacerla, no lo quiere hacer. Siendo su culpabilidad de forma Culposa.

No se subtrae. a su obligación asistencial aunque no la preste, el que no se encuentra en condiciones económicas para satisfacerla, si no se ha puesto voluntariamente en ese estado. La falta de prestación por despreocupación, holgazanería, disipación o vicio, implica una actitud voluntaria constituyéndose en su culpabilidad de forma dolosa.

En cuanto a los sujetos que intervienen: Unisubjetivo.

De acuerdo con la responsabilidad de cada uno de los obligados a la asistencia económica, no quedará excluida por la circunstancia de existir otras personas, también obligadas a prestarle al sujeto pasivo los medios indispensable para su subsistencia. Pero el delito de cada obligado es independiente mientras no se satisfaga por alguno la obligación la prestación de uno de los obligados libera a los otros que, por consiguiente, no delinquen porque al haber sido satisfecha la obligación, el beneficiario no necesita de su prestación.

CONCLUSIONES

PRIMERA.

Considerando que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, siendo una supremacía de Ley, fundamenta en su artículo 4º párrafos VII, VIII y IX; disposiciones de orden Público, de interés Social y de observancia general en toda la republica mexicana y teniendo el objeto de garantizar a niños, niñas y adolescentes la Tutela y el respeto de los derechos fundamentales e inalienables reconocidos en este máximo ordenamiento.

Estando encima de las Leyes del congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la Republica, con aprobación del senado, serán la Ley suprema de toda la unión. Los Jueces de cada Estado se arreglaran a dicha Constitución, Leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o Leyes de los Estados.

SEGUNDA.

Siendo el derecho Penal, una rama del derecho Público, relativo a los delitos, a las penas, y a las medidas de seguridad, que tiene por objetivo inmediato, la creación, la conservación del orden social y a la defensa de la sociedad a través de la Ley sustantiva Penal, es decir nuestro ordenamiento jurídico como lo es el Código Penal para el Estado de Guanajuato, establece en los delitos contra el orden familia, capitulo I, del artículo 215 hace referencia al delito de : “El incumplimiento de las Obligaciones de asistencia Familiar”.

Ahora bien si examinamos superficialmente las relaciones que regula este delito y los deberes que engendra, advierte que se trata de vínculos constituidos entre particulares, que atienden a sus íntimos intereses, lo que nos llevaría a suponer que comprende principios y soluciones a tintes al Derecho Privado y no del derecho Público.

En suma es de reflexionar algo más y reparar el impacto Social producido por la violación de dicho deber ser, su necesaria observancia y la importancia de su idónea reglamentación, columbramos que esta es y ha sido la problemática causante del incumplimiento de la obligación de Asistencia Familiar.

TERCERA

Y si vemos a la familia desde la perspectiva de la Justicia, en la óptica del Juez que lo aplica, confirmamos que su observancia resulta de prioritaria importancia para garantizar el orden social y la paz de la comunidad social, haciendo imperativo el acatamiento de sus normas contra cualesquiera intereses individuales opuestos.

CUARTA

En cuanto al concepto Jurídico de familia, pues es el modelo que atiende a las relaciones derivadas del matrimonio y a la protección conocidas como parentesco y a las que la Ley reconoce ciertos efectos esto es, derechos y obligaciones que cumplir entre sus miembros, normas que dispondrán lo necesario para garantizar el cumplimiento de los derechos marcados, como los son el derecho a los alimentos pertenecientes al orden Público.

QUINTA

La familia requiere de decidida protección, en ella, particularmente los hijos menores naturalmente incapaces de defenderse por si mismos, entendiéndose por menores para efectos civiles, niños y niñas hasta 12 años incompletos y adolescentes los que tienen entre 12 años cumplidos y 18 años incumplidos.

En complemento de lo anterior, cabe subrayar, que si observamos en el segundo párrafo del tipo penal del artículo 215 para el Estado de Guanajuato establece:

“Este delito sólo se perseguirá por querrela. Si la persona ofendida fuere menor de edad o incapaz, podrá ser formulada por institución de asistencia Familiar o atención a victimas del delito”.

Por tanto considero que su protección es parcial desamparada, e incompleta, lejos de los principios rectores de los derechos de menores e incapaces, los cuales deben ser tomados en cuenta : Los de garantías Constitucionales y los de interés superior de la infancia y de la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos, según a la Ley reglamentaria del artículo 4° Constitucional.

Ya que al ser formulada la Querrela, por este instituto de orden Público y de interés social, que solamente tiene como objeto establecer las bases y procedimientos de prevención, celebrando convenio de carácter administrativos, o en su defecto archivándose el asunto como concluido, teniendo quien dirija el centro la obligación de brindar orientación a la persona receptora de dicha violación , para canalizar ante las instancias correspondientes que constituyan otra vía para la solución de su problema; dejando como consecuencia sin efecto la finalidad que es el orden público e interés Social al ser formulada dicha querrela por estos institutos.

SEXTA

Este delito se deberá perseguir de oficio.

En Primer lugar siendo que los alimentos son de orden público; y no de interés particular.

En segundo lugar dicho incumplimiento a esta obligación alimentaría se vulnera un derecho de mayor valía, a tendiendo al interés social, como lo es la familia;

En tercer lugar, aun más se afecta tratándose en menores de edad; lo que pone en riesgo la oportunidad de su formación , física, mental, emocional, social y económica.

En cuarto lugar su forma de culpabilidad puede ser culposa e inclusive hasta dolosa,

y por ultimo; en los delitos perseguibles de oficio no surte efecto alguno el perdón del ofendido a la inversa de lo que ocurre en los de querrela.

SÉPTIMA.

Ahora bien si observamos en nuestro Código Penal para el Estado de Guanajuato, el tipo penal del artículo 215 del delito tan connotado, su finalidad como parte del elemento del delito es el de “ Eludir el cumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar” por consiguiente, originándose la voluntad conciente a la realización del hecho típico y antijurídico, en donde el sujeto decide eludir el cumplimiento; debiéndose independientemente de que lo quiera o no la parte ofendida debe ser de forma oficiosa y no tan solo por querrela.

BIBLIOGRAFIA

ACOSTA ROMERO MIGUEL
Y LOPEZ BETANCURT.
DELITOS ESPECIALES.
4ª.ed.Ed Porrúa . México, 1994.p.p.433

ALBALADEJO MANUEL.
DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES. 2ªed. Ed Bosch. España
p.p 174.

AMUCHATEGUI REQUENA IRMA G.
DERECHO PENAL.Curso primero y segundo.
Ed. Harla, México. D.F 1998. p.p. 418.

ANTÓN ONEA JOSE
DERECHO PENAL
ed 15ªMadrid .Ed.Reus.1977.p.p.176

BAQUERIOS ROJAS EDGAR
BUEN ROSTRO BAEZ ROSALBA
DERECHO CIVIL. FAMILIA
Ed. Harla. México, 1990 ,
Oxford University Press p.p 493

BARBARA YLLAN Y MARTA DE LA LAMA
LEY DE ASISTENCIA Y PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA
INTRAFAMILIAR, 1ª ed. Ed. Porrúa. México.p.p. 194.

CARDONA ARIZMENDI YCUAHTEMOC OJEDA RODRÍGUEZ
CÓDIGO PENAL COMENTADO DEL ESTADO DE
GUANAJUATO. 2ª ed. Ed.Orlando Cardenas, Irapuato. p.p. 653.

CARRANCÁ Y TRUJILLO RAUL Y CARRANCA RIVAS.
DERECHO PENAL MEXICANO.
12ª ed. Ed Porrúa, México, . 1995. p.p. 204

CASTELLANOS FERNANDO
LINEAMIENTOS ELEMENTALES DEL DERECHO PENAL.
30ª ed. Ed. Porrúa, México.1992. p.p 359.

COLIN SÁNCHEZ GUILLERMO
DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.
18ª. ed, Ed.Porrúa, México, 2002. p.p. 704

CUELLO CALON EUGENIO.
DERECHO PENAL. I ed 9ª.Ed.Editora Nacional. p.p.788

DE PINA VARA RAFAEL
ELEMENTOS DEL DERECHO CIVIL MEXICANO.,
PERSONAS-FAMILIA- VOL.I
17ª ed. Ed. Porrúa, México.1996.p.p 404.

F. PAVON VASCONCELOS FRANCISCO.
MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO.
29ºed. Ed. Porrúa. México1976.p.p.214.

FIX ZAMUDIO HECTOR
VOZ SUPLENCIA DE LA QUEJA.Diccionario Jurídico Mexicano.
Tomo. P-Z, ed 2ª. Ed. Porrúa p.p 3019

FROYLAN BAÑUELOS SANCHEZ

El Derecho de Alimentos.

3ª ed. Ed.SISTA, p.p.109.

GALINDO GARFIAS IGNACIO

DERECHO CIVIL, 13 ed. Ed. Porrúa .México, 1994. p.p. 688.

GONZALEZ BUSTAMANTE JUAN JOSE

PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO

8ª ed. Ed.Porrúa, México. 1985. p.p. 416.

GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO

DERECHO PENAL MEXICANO. LOS DELITOS.

28ª ed. Ed Porrúa, México 1996. p.p 443.

GONZALEZ DE LA VEGA RENE

COMENTARIO AL CODIGO PENAL. 2ª ed, Ed.Cardenas editor y
distribuidor. México. 1985 p.p. 818.

GONZALEZ QUINTANILLA JOSE ARTURO.

DERECHO PENAL MEXICANO.

2ª.ed, Ed. Porrúa,México, 1995. p.p.504.

GUIZA ALDAY FRANCISCO
CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE
GUANAJUATO.COMENTADO.

4ª ed. Ed. Yussim, Irapuato. p.p 304.

HERNADEZ LOPEZ AARÓN
LOS DELITOS DE QUERRELLA EN EL
FUERO COMÚN, FEDERAL Y MILITAR.

2ª ed.Ed. Porrúa, México 1999.p.p 531.

JIMÉNEZ DE ASUA LUIS
LA LEY Y EL DELITO.

11ª.ed.1980, Ed.Sudamericana Buenos Aires.p.p. 578.

JIMÉNEZ DE ASUA LUIS,
LECCIONES DE DERECHO PENAL MEXICANO. III.

2ºed.Ed.Comite editorial colección Clásico del Derecho. Mexico.
1995.p.p.367.

JIMÉNEZ HUERTA MARIANO
DERECHO PENAL MEXICANO. Tomo V.

2ª ed. Ed. Porrúa. p.p. 520.

MORENO MOISÉS.
TEORIA DEL DELITO.

2ªed,Ed.,Porrúa. 1975.p.p. 623.

PUIG PEÑA FEDERICO

DERECHO PENAL, 5ªed. Tomo. V. Ed. Nauta. España.p.p 469

RIVERA SILVA MANUEL.
EL PROCEDIMIENTO PENAL. 19ª ed.
Ed. Porrúa. México. p.p 394.

ROGINAS VILLEGAS RAFAEL
COMPENDIO DE DERECHO CIVIL.
Tomo I. Introducción. Personas y Familia.
23º ed., Ed. Porrúa. México. p.p. 526.

ROSALIO BAILON VALDOVINOS
NUEVO FORMULARIO DE PROCEDIMIENTOS FAMILIARES.
4ª ed. Ed. OGS. Puebla. México. p.p. 736.

SAUER GUILLERMO.
DERECHO PENAL
ed 3ª. Ed, Bosch, Barcelona, 1956, p.p 177.

VELA TREVIÑO SERGIO.
ANTI JURICIDAD Y JUSTIFICACIÓN.
3ª ed. Ed. Trillas, 1999. México. p.p. 573

VILLALOBOS IGNACIO.
DERECHO PENAL MEXICANO
ed. 9ª, Ed. Porrúa, 1995. p.p. 564

ZAFFARONI EUGENIO RAUL
TRATADO DE DERECHO PENAL.
Ed. Cardenas Editor y distribuidor. México. .p.p. 503.

LEYES Y CODIGOS.

Estados Unidos Mexicanos. Constitución Política.

Ley para la Protección de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes(Publicada el 14 de Agosto de 2001).

Guanajuato.Ley de violencia intrafamiliar.

Guanajuato.Codigo Penal Sutantivo.

Guanajuato.Código Penal Adjetivo.

Código Civil para el Estado de Guanajuato.

JURISPRUDENCIA :En Materia de alimentos.

OTRAS FUENTES

RESPONSA. Varios.Derecho Penal, Segunda Epoca Agosto-Septiembre, 1998, Escuela de Derecho. Universidad Marista.