

879309

UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE



FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



CLAVE 879309

TEMA:

**“EL TRAFICO DE MENORES COMO
DELITO FEDERAL”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

ALEJANDRO TOVAR VEGA

ASESOR:

LIC. FRANCISCO GUTIERREZ NEGRETE

CELAYA, GTO.

OCTUBRE 2004



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS

A DIOS.

POR LA VIDA QUE ME HA DADO , YA QUE SIN ESO NO SERIA NADA, ASI COMO SU FORTALEZA Y DEBILIDAD EN LOS MOMENTOS ALEGRES Y TRISTE CON LOS QUE CUENTA UN SER HUMANO, GRACIAS DIOS TAMBIEN POR LA FAMILIA QUE ME ELEGISTES, Y TODOS LOS SERES QUE ME RODEAN GUIAME E ILLUMINAME PARA PODER AYUDAR SATISFACTORIAMENTE A QUIEN REQUIERA DE MI AYUDA, SEA ESTA CUAL SEA.

A MIS PADRES.

ESTO SE LOS DEDICO COMO UN TRIUNFO, EL CUAL CON ESTE TRABAJO LLEGAMOS A CULMINAR JUNTOS:

PAPA: GRACIAS POR TODO LO QUE ME HAS DADO, POR TU EJEMPLO DE SUPERACION, COMO TE DIJE EL DIA DE LA GRADUACIÓN, TU TAMBIEN TE GRADUASTE CON MIGO Y AHORA CON ESTE TRABAJO TU TAMBIEN TE TITULAS, Y RECUERDA EL CUIDARTE LA SALUD, QUE TODAVIA FALTAN MUCHAS COSAS POR VIVIR, CON TODO MI AMOR Y ADMIRACIÓN.

MAMA: QUE TE PUEDO DECIR, GRACIAS POR TODAS TUS PREOCUPACIONES Y DESVELOS , PERO YA VES POCO A POCO SE VAN DANDO LOS FRUTOS Y RECUERDA SIEMPRE CUIDARTE TU TAMBIEN POR QUE TU ERES MUY IMPORTANTE PARA MI Y LA FAMILIA, AHORA ESTE TRABAJO LO TERMINAMOS JUNTOS, CON LO CUAL, TU TAMBIEN TE TITULAS, CON TODO MI AMOR Y ADMIRACIÓN.

A MIS HERMANOS:

JOSE RAMON. LUIS , ALMA , LAURA:

ESTE TITULO SE LOS DEDICO CON TODO MI AMOR, GRACIAS POR ESTAR SIEMPRE AHÍ CUANDO NOS NECESITAMOS, RECUERDEN LOS TRIUNFOS CUESTAN PERO UNA VEZ OBTENIDOS NOS SABEN A GLORIA, Y RECUERDEN SIEMPRE HAY UNA PERSONA QUE NOS PONDRÁ LAS PENAS Y NUESTRAS ALEGRÍAS, EN EL CAMINO QUE VAMOS RECORRIENDO PERO CON SU AYUDA, ESTAS LAS SABREMOS LIBRAR ADECUADAMENTE, Y ESTA PERSONA ES DIOS, SIEMPRE TENGÁMOSLO DENTRO DE NUESTROS CORAZONES. QUE EL SIEMPRE ESTARA AHÍ.

A MIS ABUELOS Y ABUELAS:

AUNQUE FUE MUY POCO EL TIEMPO QUE TUVE A MIS ABUELOS GRACIAS. ESTE TRABAJO SE LOS DEDICO A MIS ABUELOS RAMON Y AUSENCIO , ASI COMO A MIS ABUELITAS ROSA Y CONCHITA, CON TODO MI AMOR Y ADMIRACIÓN. GRACIAS POR SER COMO SON ABUELITAS.

A MI TIO REFUGIO Y MI TIA JUANITA. GRACIAS TIO POR TODO TU APOYO Y TUS CONSEJOS AL IGUAL QUE MI TIA TENGAN POR SEGURO QUE NO LOS DEFRAUDARE EN LA REALIZACIÓN DE MI CARRERA.

A GEMA :

YA VEZ, TODO EN ESTA VIDA SE PUEDE REALIZAR, Y NUNCA DESERTAR, YA QUE SIEMPRE TENDRAS MI APOYO Y EL DE TODOS LOS QUE TE RODEAN PARA SALIR ADELANTE, ANIMO GEMIX TU PUEDES CON ESO Y MAS. ASI COMO GRACIAS POR ESTAR AHÍ SIEMPRE CON TODO MI AMOR, ASI COMO UN AGRADECIMIENTO A LA FAMILIA MARTINEZ GIL. EN ESPECIAL A TUS PAPAS YA TUS HERMANAS (VERO Y CLAU). GRACIAS

A MIS TIOS TOVAR CERRITOS Y VEGA CASTILLO Y ASI COMO A MIS PRIMOS: . DESCRIBIRLOS NO ME ALCANZARIA YA QUE SOMOS BASTANTES, PERO A MIS TIOS Y TIAS GRACIAS POR SUS CONSEJOS QUE ME HAN DADO, ASI COMO SU ESTIMULO PARA SEGUIR ESTUDIANDO Y DESARROLLÁNDOME EN MI CARRERA. GRACIAS A TODOS Y CADA UNO DE ELLOS.

AL IGUAL QUE MIS PRIMOS ., ANIMO TODO EN ESTA VIDA SE PUEDE SI UNO SE LO PROPONE..

A MI UNIVERSIDAD YA MIS CATEDRATICOS

GRACIAS. POR PERMITIRME FORJARME DENTRO DE ESTA UNIVERSIDAD, DESDE LA PRIMARIA HASTA LLEGAR A ESTE NIVEL GRACIAS A TODOS LOS QUE AYUDARON A QUE ESTO SE LOGRARA. A MIS MAESTRO DE SECUNDARIA , PREPARATORIA Y PROFESIONAL. GRACIAS POR TODO.

ES ESPECIAL A MIS CATEDRÁTICOS DE LA CARRERA, GRACIAS POR TODO SU APOYO Y APRENDIZAJE EN ESPECIAL A LOS LICs. GALLEGOS, RODOLFO RAMOS, LIC. KINNEY, LIC. RAUL ,LIC. SANTOYO, LIC. GUSTAVO, LIC. NEGRETE Y A MI MAESTRA DE FRANCES LA MISS JUDITH Y CON ESPECIAL CARÍÑO AL LIC. NIETO (q.e.p.d.) GRACIAS POR TODO.

A MIS AMIGOS

JORGE Y ADRIANA.- GRACIAS POR SU APOYO,

A DAVID.- YA VEZ TODO SE PUEDE , Y ESPERO QUE TU TAMBIEN ALGUN DIA ME DIGAS QUE YA ESTAS POR TITULARTE, QUE ESO CREO QUE NO SERA MUY LEJOS. Y ACUERDATE, TODO EN ESTA VIDA HAY QUE VIVIRLA SIN EXCESOS Y RESPONSABLEMENTE. GRACIAS HERMANO.

A LA FAMILIA OLIVAS JAMAICA:

GRACIAS POR DARME LA CONFIANZA QUE ME HAN DADO , ASI COMO SUS CONSEJOS Y APOYOS, CUANDO LOS HEMOS NECESITADO. USTEDES GUARDAN UN LUGAR MUY ESPECIAL DENTRO DE MI PERSONA.. GRACIAS.

A LIC. JOSE MORA: PEPE, GRACIAS POR TUS BUENAS PLATICAS QUE HEMOS ENTABLADO ASI COMO GRACIAS POR TUS ENSEÑANZAS QUE ME TRANSMITISTES, AL IGUAL QUE TUS CONSEJOS Y LOS BUENOS RATOS QUE HEMOS COMPARTIDOS AUN NOS FALTAN MAS COMPAÑERO Y AMIGO. GRACIAS

A LALO Y CLAUDIA:

LALO GRACIAS POR PERMITIRME COLABORAR CONTIGO ASI AL IGUAL POR PERMITIRME APRENDER DE TUS CONOCIMIENTOS, GRACIAS POR TU CONFIANZA QUE HAS SABIDO DEPOSITAR EN MI . LA CUAL TEN POR SEGURO QUE NUNCA TE DEFRAUDARE. Y A TI CLAUDIA GRACIAS TAMBIEN POR PODER ESTABLAR BUENOS RATOS DE AMISTAD CON USTEDES. Y PODER SER CONSIDERADOS AMIGOS Y NO UNICAMENTE COMPAÑEROS DE TRABAJO GRACIAS.

AL DESPACHO RAMÍREZ VALDEZ:

GRACIAS POR ABRIRME LAS PUERTAS PARA PODER INICIAR CON MI CARRERA Y PODER ASI APRENDER DE SUS ENSEÑANZAS. A CADA DE USTEDES. LIC. GUSTAVO. SRA. CARMEN. DON CHUY, MINER, HUGO Y ARQ. MORADO , ZOYLA, A CADA UNO DE LAS PERSONAS QUE FORMAN PARTE DE ESTE DESPACHO GRACIAS.

A MIS COMPAÑEROS DE GENERACIÓN. GRACIAS POR TODO, LOS BUENOS Y MALOS RATOS QUE CONVIMIMOS, DE LOS CUALES APREDI MUCHÍSIMO, Y SOLO RECORDARLES QUE CUANDO ME NECESITEN AHÍ ESTARE PARA ECHARNOS LA MANO. GRACIAS

*AL LIC. FRANCISCO GUTIERREZ NEGRETE
ASESOR DE ESTA TESIS Y UN GRAN AMIGO, LICENCIADO ME FALTAN PALABRAS PARA PODER AGRADECERLE TODO LO QUE HA HECHO POR MI, GRACIAS POR SUS BUENOS REGAÑOS DE LOS CUALES CREAME QUE HE APREHENDIDO MUCHO, ASI COMO DE SUS PREOCUPACIONES, Y YA VE LIC. "AUNQUE UN BARCO ESTE EN LA PEOR TORMENTA, CON ESFUERZO SALDRA A FLOTE Y A DIAS SOLEADOS, Y YA VE ESTE BARCO NO SE HUNDIO" GRACIAS POR TODO LIC. POR SU TIEMPO, Y DEDICACIÓN Y PACIENCIA PARA PODER REALIZAR ESTE TRABAJO. Y RECUERDE TODAVÍA QUEREMOS LIC. PARA RATO, YA QUE EL TERMINAR ESTA TESIS NO QUIERE DECIR QUE SE LIBRARA DE UNO. GRACIAS POR TODO.*

CON AFECTO ALEJANDRO

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I GENERALIDADES

	Pags.
1.1 DEFINICION DE DERECHO PENAL.....	1
1.2 PUNTOS DE VISTA EN QUE SE APRECIA EL DERECHO PENAL.....	3
1.3 DEFINICION DE DELITO Y SU EVOLUCION.....	6
1.4 DOGMATICA PENAL.....	8
1.5 NOCION JURÍDICO FORMAL.....	9
1.6 NOCION JURÍDICO SUSTANCIAL.....	10
1.7 ELEMENTOS DEL DELITO.....	10
1.7.1 ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO.....	10

CAPITULO II TEORIA DEL DELITO (ELEMENTOS OBJETIVOS)

2.1 CONDUCTA.....	12
2.1.1 Acción.....	13
2.1.2 Omisión.....	16
2.2 Aspecto negativo de la conducta (Falta de Conducta).....	17
2.3 Tipicidad.....	21
2.3.1 Elementos del tipo.....	21
2.3.1.1 Elementos Objetivos	22
2.3.1.2 Elementos Subjetivos.....	24
2.3.1.3 Cuerpo del Delito.....	24
2.3.2 Tipo Penal.....	25
2.3.3 Principio Generales de la Atipicidad.....	28
2.3.4 Aspecto Negativo .Atipicidad.....	29
2.4 Antijuridicidad.....	30
2.4.1 Causas de Justificación.....	32
2.4.1.1 Cumplimiento de un deber o ejercicio legitimo de un derecho.....	35
2.4.1.2 Consentimiento valido del sujeto pasivo.....	36
2.4.1.3 La legitima defensa.....	37
2.4.1.4 La situación de peligro o estado de necesidad.....	38

CAPITULO III

TEORIA DEL DELITO (ELEMENTOS SUBJETIVOS)

3.1 La Imputabilidad.....	41
3.2 La Responsabilidad.....	42
3.3 Accione Liberae in Causa (Acciones libres en su causa).....	43
3.4 La Inimputabilidad.....	45
3.5 Culpabilidad y su ausencia.....	46
3.6 Teoría Psicologista de la culpabilidad (teoría clásica).....	46
3.7 Teoría normativa de la culpabilidad (teoriza neoclásica).....	47
3.8 Teoría de la acción final (teoría finalista).....	48
3.9 Formas de culpabilidad.....	49
3.9.1 Dolo.....	49
3.9.1.1 clases de dolo.....	50
3.9.2 La Culpa.....	51
3.10 La Inculpabilidad.....	52
3.11 Inculpabilidad en el Código Penal Vigente para el Estado Gto.....	57

CAPITULO IV

LA PUNIBILIDAD

4.1 Noción de Punibilidad.....	60
4.2 La Pena.....	61
4.3 Fines Características y Fundamentos de la pena.....	62
4.4 Penas y Medidas de Seguridad establecidas en el Código Penal Vigente en el estado.....	65
4.5 La Punibilidad Como Elemento del Delito.....	67
4.6 Ausencia de Punibilidad.....	68
4.7 Excusas Absolutorias.....	68

CAPITULO V

ANÁLISIS JURÍDICO DEL TIPO PENAL DE TRAFICO DE MENORES EN EL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO

5.1 Análisis jurídico del tipo penal de trafico de menores en el código penal del estado de Guanajuato.....	70
5.1.1 Agentes Activos del delito.....	71
5.1.1.1 Sujeto Activo común primario.....	71
5.1.1.2 Sujeto Activo común secundario.....	72
5.1.1.3 Sujeto Activo calificado.....	72
5.1.2 Presupuesto de la conducta del sujeto activo común primario.....	73
5.1.3 Modalidad de la conducta del sujeto activo común primario	73
5.1.4 Finalidad.....	73
5.1.5 Modalidad de la conducta del sujeto activo común secundari.....	74
5.1.6 Modalidad de la conducta del sujeto activo común calificado.....	74
5.1.7 Sujeto pasivo.....	75
5.1.7.1 El bien jurídico de la libertad.....	77
5.1.7.2 El bien jurídico de la seguridad.....	78
5.1.7.3 El bien jurídico preponderante.....	79
5.1.8 La conducta.....	81
5.1.9 Modalidad Temporal de la conducta.....	81
5.1.10 Modalidad Normativa.....	82
5.1.11 Modalidad de la culpabilidad.....	83
5.1.12 Resultado de la conducta.....	83
5.2 Tipo subordinado atenuado.....	84
5.3 Tipo subordinado agravado.....	84
5.4 Pena Accesorias.....	85
5.5 Concepto de Jurisdicción.....	86
5.5.1 Elementos de la Función Jurisdiccional.....	88
5.5.2 Clases de Jurisdicción.....	88
5.6 Competencia Definición y clases.....	89
5.6.1 Definición de Competencia.....	90
5.6.2 Clases de competencias.....	91
5.6.2.1 Competencia Objetiva.....	91
5.6.2.2 Competencia Subjetiva.....	94
5.7 La importancia de incluir el tipo penal de Trafico de Menores dentro del Código Penal Federal	96

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

Como en México y en todos los países del mundo, y los países de América latina, nos estamos encontrando con un problema que alcanza índices altamente delictivos preocupantes, y que sé esta presentando de manera más frecuente en nuestro país,, el cual causa un gran daño a nuestra sociedad y por lo que cada vez, la misma sociedad se va preocupando por la seguridad de los suyos y el Estado tiene mas responsabilidad de combatir con la delincuencia.

Es muy común escuchar dentro de los grupos con los que relacionamos comentarios acerca del tráfico de drogas, de órganos, armas, etc., que para cualquiera pudiera ser un tema muy normal, pero cuando se trata del trafico de menores, lo primero que se nos ocurre pensar, es que solo en grandes países como Estados Unidos, Canadá, u otros países con los que se comercia con los menores, pero desgraciadamente y en muchas ocasiones el problema surge en nuestra propia familia, en nuestra sociedad, en nuestro estado, o en nuestro país. Y saber que es decepcionante, que la práctica de tráfico de menores, se ha convertido a ritmos acelerados en grandes mafias, las cuales sus ganancias llegan a ser millonarias y el cual no solamente los menores son sacados de su núcleo familiar, si no incluso fuera de su propio país, ya que este es un delito que traspasa las fronteras de cualquier país.

Proliferando en los países donde los índices de pobreza llegan a ser altos, y aunado a factores como alta explosión demográfica, falta de empleo, etc. y estos lo que hacen es aprovecharse de una familia pobre por una mínima cantidad, los obtienen, y que llegan a vender al menor por cantidades altamente costosas. , pero este problema debería ser atacado en nuestra

legislación penal federal, y no solamente que este establecido en algunos estados donde si se recibe una sanción por realizar este delito,, ya que siendo un delito del orden federal, ya que se ataca a uno de los bienes jurídico más importante como son la familia y la libertad. por lo cual el daño es directamente para el Estado.

En el primer capítulo se tratará de las generalidades que engloba al derecho penal como son definiciones y los diversos puntos de vista en que se puede apreciar este derecho., así como los elementos positivos negativos y positivos del delito en Gral.

En el Segundo y tercer capítulo se tratara básicamente de la teoría del delito, hablando de cada uno de los elementos que son elementos objetivos y elementos subjetivos, así como de su aspecto negativo de cada uno de esos elementos. Y dentro del capítulo cuarto se tratará uno de los elementos que según varios estudiosos del derecho penal, este elemento no constituye ni al elemento objetivo como ni al elemento subjetivo, por esa intención de manejarlo como un punto aparte.

En el capítulo Quinto, se tratará la parte medular de esta investigación, ya que se realiza un análisis jurídico del tráfico de menores que se encuentra establecido en nuestro estado,, así como un estudio de los bienes jurídico tutelados tendientes a la protección del menor, y en lo correspondiente a lo establecido dentro de nuestra constitución,, y que no son protegidos por nuestra legislación penal federal, haciendo mención que el motivo por el cual debería ser considerado como un Delito Federal y no local es esa que ataca los

Bienes Jurídicos protegidos por la constitución que el estado mismo dentro de su territorio, aplique las penas y sanciones correspondientes a quienes realicen esta conducta y no quede impune como ha sucedido hasta ahora, por la falta de incluir este tipo penal dentro de Nuestro Código Penal Federal.

CAPITULO I

GENERALIDADES

1.1 DEFINICION DE DERECHO PENAL

Al iniciar el presente capítulo hablaré acerca de la definición de derecho penal la cual se ha definido como el conjunto de normas penales, esta rama jurídica del Derecho Penal trata de los delitos, penas y medidas de seguridad, pero no siempre se le ha conocido así, ya que en algún momento se le llamó o fue conocido como el Derecho Criminal o Derecho a la Defensa Social..

El Derecho Penal ha sido definido de muy diversas maneras, y aunque hay infinidad de autores quienes sin ser los únicos que los definen, si pueden ser algunos de los más importantes, los cuales tienen gran influencia dentro del mundo jurídico- penal. De esta manera para el Maestro Fernando Castellanos lo define “Es la rama de Derecho Público interno relativos a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tienen por objeto inmediato la creación y la conservación del orden social¹

El Derecho Penal es una rama de Derecho Público, consecuentemente es un Conjunto de Normas Jurídicas, que son Externas, Bilaterales, Heterónomas y Coercibles, Así este conjunto de normas pertenece al Derecho Publico o sea

¹ Castellanos Tena Fernando. Lineamientos de Derecho Penal. Ed. Porrúa ed. 33ª, México 1993 p.14

que pertenecen a la gran rama del derecho que regula las relaciones entre el Estado Soberano y el Particular Gobernado y eso es así por que cuando se comete un delito la relación jurídico-material que surge como consecuencia de ello, se establece entre el Estado Soberano con su Ius Puniendi y el presunto delincuente, por esto el derecho Penal Pertenece al Derecho Publico. Pero además es Interno por que este conjunto de normas que consta el Derecho Penal solamente puede ser aplicado dentro del territorio que ocupa el Estado, naturalmente con sus excepciones de Extraterritorialidad. Este Conjunto de normas que constituyen el Derecho penal está en relación directa o sea se establecen los delitos, las penas y las medidas de seguridad

Así por delito se ha entendido, a una conducta típica, antijurídica, imputable y culpable. En tanto la pena se ha definido como “ES EL CASTIGO QUE IMPONE EL ESTADO A TODOS AQUELLOS INDIVIDUOS IMPUTABLES, QUE HABIENDO LLEVADO A CABO UNA CONDUCTA DELICTUOSA, SON DECLARADOS PREVIAMENTE CULPABLES”. Este cuerpo normativo como lo es el derecho penal, también está referido a las Medidas de seguridad, las cuales no son otras cosas que sustitutivos de la Pena es decir, que cuando un sujeto por sus características personales no se les puede imponer una pena entonces se le puede aplicar una medida de seguridad, y así al inimputable demente en lugar de aplicarle una pena se le aplica una medida de seguridad curativa.

Por lo tanto el Derecho penal tiene por finalidad la creación y conservación del orden social, es decir que como todas las Ramas del Derecho, el derecho penal tiende a crear y preservar la convivencia pacífica dentro de la colectividad, cuya titularidad corresponde al Estado, siendo el encargado entonces de hacer las leyes penales, Determinar los delitos, las penas y las medidas de seguridad, mismas que son aplicables con mayor drasticidad pues al tutelar los bienes jurídicos que son los valores mas altos de la sociedad, con ello se trata de conservar la convivencia pacífica dentro de la conglomeración social.

Para el penalista Eugenio Cuello Calon, define al Derecho Penal como el “ Conjunto de normas Jurídicas Establecidas por el estado y que determinen los delitos y las penas²

Para el Tratadista Luis Jiménez de Azua lo define como “ El conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora³

1.2 PUNTOS DE VISTA EN QUE SE APRECIA EL DERECHO PENAL

Ahora ya hablando del Derecho Penal como rama del derecho público, se puede apreciar de muy diversas maneras, a través de distintos puntos de vista, los cuales se habla del Derecho Penal Objetivo y Subjetivo, Sustantivo o Material y adjetivo.

² Fernando Castellanos. Op Cit Supra 1 pag.21

³ Lopez Betancourt Eduardo. Introducción al Derecho Penal Ed. Porrúa ed. 5ª México 1997 p. 48

En primer término se hablara del Derecho Penal en Sentido Objetivo, y de los cuales mencionaré algunos autores que hablan al respecto. Franz Von Listz, lo define como el sistema de normas establecidas por el Estado, que asocia al crimen como hecho, y a la pena como su legítima consecuencia.⁴

A los Tradadistas Mexicanos Raúl Carranca y Trujillo, los definen como el conjunto de normas o leyes Mediante las cuales el estado define los delitos así como determina las penas imponibles a los delincuentes y regula así la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación⁵.

Para Porte Petit el derecho Penal Objetivo, se debe considerar el conjunto de normas jurídicas que prohíben determinadas conductas o hechos, u ordenan ciertas conductas bajo la amenaza de una sanción.⁶

Por otra parte el derecho penal se puede apreciar desde el punto de vista subjetivo, con el Ius Puniendi, el derecho a castigar la cual va a consistir en la Facultad del Estado (mediante leyes) de conminar la realización del delito con penas para su imposición y ejecutarlas.

Es evidente la interrelación del derecho penal en Sentido objetivo y el Derecho Penal en Sentido Subjetivo, entendiendo al **Objetivo** como el orden jurídico dado y el **Subjetivo** como la facultad del Estado para establecerlo y

⁴ Citados por Fernando Castellanos Idem. pag. 22

⁵ Carranca y Trujillo Raul, Derecho Penal Mexicano. Parte Gral. Ed. Porrúa ed. 11ª México 1992 p. 32

⁶ Porte Petit Celestino, Apuntamiento de la Parte General del Derecho Penal Ed. Porrúa ed. 15ª México 1993 p.16

aplicarlo o conocido también como potestad penal del Estado, para declarar como punibles determinados comportamientos (creación de la ley), para imponer las penas o las medidas (función jurisdiccional) y para ejecutarlos (función ejecutiva penal.

Así Cuello Calon lo establece como “ es el derecho del estado a determinar o imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad, el cual difiere Julio Klein, para quien es la sanción penal no es un derecho, sino un deber del estado⁷

Al respecto desde el punto de vista Sustantivo, el derecho penal se integra con normas relativas al delito, a las penas y medidas de seguridad contra la lucha de los delitos, el cual la verdadera sustancia del derecho penal la constituyen tales elementos, de ahí la denominación de derecho penal sustantivo.

Las normas del Derecho penal Sustantivo no deben aplicarse arbitrariamente, si no de manera ordenada y sistemática, donde para esto existe otra reglamentación que su principal objetivo es ir señalando que camino se va a seguir en la imposición del Derecho Material que es precisamente el Derecho Adjetivo, también llamado Instrumental en la que la practica es Llamado Derecho Procesal Penal, y recordando que al Derecho Procesal se define como el conjunto de normas relativas a la formas de aplicación de las reglas penales a los casos particulares.

⁷ Castellanois Tena Op Cit Supra 1 p.22

1.3 DEFINICION DE DELITO Y SU EVOLUCION.

Dentro de la Escuela clásica (Italiana) su principal exponente Francisco Carrara define al delito como la infracción de la ley del estado promulgada, para proteger la seguridad de los ciudadanos resultantes de un acto externo del hombre positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañosos. Así mismo el Maestro Carlos Binding Expuso que al cometerse un delito, este no resulta contrario a la ley puesto que la conducta del sujeto activo se ajusta a lo previsto en la ley, lo que viola dicho sujeto no es la ley, si no la norma subyacente en la ley, así a manera de ejemplo cuando un sujeto mata a otro, su conducta se adecua a lo previsto en la ley que dice “ Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro “, así pues resulta que el sujeto lo que viola es la norma, en realidad contradice los valores culturales” el no mataras” implícito en la descripción típica en la ley⁸.

Dentro de la Dogmática Penal alemana encontramos una evolución de la definición de delito iniciando por:

Frank Von Liszt en 1881 trata de describir los conceptos fundamentales del delito del código sustantivo penal alemán, donde descubrió que todo lo establecido en la parte especial eran acciones, y esas acciones eran contrarias a derecho, y por eso las llamo antijurídicas y esas acciones eran atribuibles a los sujetos a titulo de dolo o a titulo de culpa y a esto le llamo culpabilidad por lo tanto para Franz Von Listz delito es “ acción antijurídica, y culpable.”. Posteriormente en 1906 aparece Ernesto Von Beling donde publica su teoría del delito y dentro de esta publica su teoría del tipo penal, Beling es el primero que sistematiza el tipo penal, así agrega la tipicidad a la definición y para él, el Delito es “ Acción típica, antijurídica y culpable”

⁸ Orellana Wierco Octavio Alberto. Teoria del Delito Ed. Porrúa ed. 1ª México 1994 p.28

Habla de típica por que este elemento de la tipicidad, es para el un elemento autónomo, un elemento que no relaciona los juicios de valor de la antijuridicidad y de la culpabilidad.

La teoría del Tipo y la tipicidad fue evolucionando pues Beling, la concibió como meramente descriptiva separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad, a esa primera etapa del desarrollo de la teoría de la tipicidad se le ha llamado fase descriptiva o de independencia, De esta forma Beling propugnaba que además del respeto a la máxima No hay pena sin ley debía consagrarse el principio no hay delito sin tipicidad, donde la conducta, desde un plano objetivo, debía encuadrar en el tipo para que fuese típica, pero tal encuadramiento debía ser en el marco descriptivo de la ley, sin consideraciones o referencias a la antijuridicidad de la conducta, por que tipicidad y antijuridicidad no se pueden identificar, señalando que una conducta puede ser típica, pero puede darse el caso de que no sea antijurídica.

El tipo es una descripción de una conducta como delictiva, pero si se busca conocer si una conducta es contraria a la norma, ello constituye una función valorativa que corresponde a la antijuridicidad, que excede al marco de la tipicidad, mas aun, si tal conducta la pretendemos atribuir a un sujeto para reprochársela, esto correspondería a la culpabilidad. Así de esta manera se dice que tipo y norma son partes esenciales en la teoría del delito, pero mientras el tipo describe, la norma valora.⁹

⁹ Orellana Vierco Octavio Alberto. Op Cit Supra 5 p.17

En 1915 aparece Ernesto Von Mayer hace un estudio y definió al delito al igual que Beling y establece al delito como “ Acción, Típica, antijurídica y Culpable “

El merito de la definición de este ilustre es que empieza a relacionar el elemento tipicidad con el juicio de valor de la antijuridicidad dándole a la tipicidad un carácter de indiciario ante la juridicidad, Posteriormente Edmundo Mezger define al delito como “ Acción típicamente antijurídica y culpable “ el cual su mecanismo fue la Ratio Escendi, y hace mención que toda conducta típica es antijurídica siempre y cuando no exista una causa de justificación.

1.4 LA DOGMATICA PENAL.

La definición del delito es una definición dogmática y este es un conjunto de principios valederos para la ciencia del derecho penal que no necesita demostración, todo esto constituye un conjunto de conocimientos sistematizados del delito, de la pena organizados y universales.

Así por Dogmática penal se entiende: La ciencia del Derecho Penal, esta tuvo su nacimiento en Alemania y se ha venido desarrollando a través de 3 sistemas:

1. Sistema Clásico o Causalista: Se considera su Fundador Franz Von Lizst comienza 1881
2. Neoclásico: Comienza en 1907, su fundador fue Reinhart Von Frank
3. Sistema Finalista o de la teoría de la acción: Empieza en 1935 su Fundador es Hank Welzel empieza en 1935

1.5.-NOCION JURÍDICO FORMAL

Se refiere a las entidades típicas, que traen aparejada una sanción, y no es propiamente la descripción el delito en concreto, Si no solo es la mención de que un ilícito penal merece una pena. Así para algunos autores, la verdadera noción formal del delito la suministra la ley positiva, mediante la amenaza de una pena, ya sea en la omisión o ejecución de ciertos actos.

Hablando de una definición formal mencionaremos al respecto del articulo 7 de Nuestro código Penal Federal el cual establece que el delito es “ el acto u omisión que sancionan las leyes penales “¹⁰

1.6 NOCION JURÍDICO SUSTANCIAL

La Noción Jurídico Sustancial “ consiste en hacer referencia a los elementos de que consta el delito”¹¹

¹⁰ Código Penal federal

Así el delito esta formado por los elementos los cuales lo integran, y estos son aspectos positivos, así a cada uno de los cuales les corresponde uno negativo, que llega a ser la negación de aquel, y significa que anula o deja sin existencia al elemento positivo y, por lo tanto, al delito.

1.7ELEMENTOS DEL DELITO

Los Elementos del delito constituyen sin lugar a dudas la columna vertebral del derecho penal, y el manejar adecuadamente cada uno de estos elementos, en el que se tienen que analizar detalladamente para poder entender y manejar cada delito descrito por el código penal.

1.7.1 Elementos Positivos y Negativos del Delito

Los elementos del delitos son sus aspectos positivos y cada uno de estos elementos tienen sus aspectos negativos, que llegan a ser la negación de aquellos, esto es, que anula o que deja sin existencias al elemento positivo y en consecuencia al delito.

¹¹ Amuchategui Requena Irma Derecho Penal p.43

Cuadro 1

Elementos y Aspectos negativos del delito

Elementos (aspecto positivo)	Aspectos negativos
<ul style="list-style-type: none">• Conducta	Ausencia de Conducta
<ul style="list-style-type: none">• Tipicidad	Atipicidad
<ul style="list-style-type: none">• Antijuridicidad	Causas de Justificación
<ul style="list-style-type: none">• Culpabilidad	Inculpabilidad
<ul style="list-style-type: none">• Imputabilidad	Inimputabilidad
<ul style="list-style-type: none">• Punibilidad	Excusas absolutorias

CAPITULO II

TEORIA DEL DELITO (ELEMENTOS OBJETIVOS)

Como ya se mencionó en el capítulo anterior, la definición del delito y el estudio de sus elementos son el objeto de la teoría del delito, del cual se hablará dentro del presente capítulo:

2.1 CONDUCTA

El primer Elemento Objetivo del delito es la conducta, y se define como el comportamiento humano voluntario positivo o negativo encaminado a un propósito.¹²

Así de la definición que se acaba de hablar podemos desmembrar sus elementos y decir que se compone por el comportamiento humano, positivo o negativo, por la voluntad y la finalidad o propósito. Del cual podemos decir que el comportamiento humano es una forma de actuar del sujeto, que puede ser en sentido positivo o negativo, es decir, cuando el comportamiento humano se desarrolla en sentido positivo se traduce en acción, en una actividad y por otra parte cuando el comportamiento humano se desarrolla en sentido negativo, se traduce en una omisión o inactividad.

¹² Fernando Castellanos Ob. Cit pag 149

Ahora bien, el comportamiento humano tiene un factor rector que es la Voluntad, entendiéndose a esta como la intención, como el querer del sujeto activo de llevar a cabo ese comportamiento, que ya sea positivo o negativo que modifica el mundo exterior.

En ese orden de ideas, tenemos que la conducta se desarrolla por acción o por omisión y la cual cada una cuenta con sus características especiales.

2.1.1 Acción

Se ha expresado que la conducta, llamada también acto o acción (lato sensu), manifestándose ya sea por actos o por abstenciones, la acción es todo hecho o movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior, de poner en peligro dicha modificación y encaminado a la producción de un resultado (estricto sensu). Así la acción consistente en actuar o hacer, es un hecho positivo, en donde el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales y comete una infracción a la ley por si mismo o por medio de instrumentos, de animales e incluso a través de personas, que al utilizar a una persona que no tiene capacidad ante el derecho, como si se tratara de un instrumento o un objeto, el cual entonces el ser humano es el único de ubicarse como sujeto activo, descartando la posibilidad de ubicar en esta hipótesis a los animales, objetos o personas morales como sujetos activos del delito.

Como ya hemos mencionado anteriormente, también la conducta puede presentarse a través de una comisión por omisión, la cual debe entenderse como la manifestación de una inactividad voluntaria, en la que se violan dos deberes jurídicos uno de hacer y otro de abstenerse, es decir se viola una norma prohibitiva y una dispositiva.

En consideración a lo anterior, diremos que todo delito es conducta humana y solo la conducta humana tiene importancia para el derecho penal, El hombre es el único ser capaz de voluntariedad por que únicamente él, puede ser sujeto activo de las infracciones penales, su importancia para la sociedad se pone de manifiesto en la intención del sujeto de dañar a través de su conducta, un bien jurídico fundamental.

Según Cuello Calón la acción en sentido estricto es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o del peligro que produzca¹³

Los Elementos de la acción son la voluntad, la actividad, el resultado y la relación de causalidad llamando este último nexo causal

A) La Voluntad.

Es el querer, por parte del sujeto activo, de cometer el delito, es propiamente la intención, la voluntad exteriorizada, finalmente determinadas, significa que la persona, en sus manifestaciones de voluntad

¹³ Cuello Calón, Citado por Castellanos Fernando Ob.cit pag 152

actúa necesariamente en función de la consecuencia de los objetivos ideados por el autor, abarcando además el querer un resultado, si no, estaría en presencia del querer únicamente corporal.

Es necesario que el individuo sepa que es lo que quiere, que haya creado un cierto fin, que es aquello sobre lo que va a recaer su querer, la Voluntad implica siempre una finalidad, por que no es posible pensar en una voluntad vacía o sin contenido.

B) La Actividad.

Consistente en el “ hacer” o en el actuar. Es el hecho positivo o movimiento humano encaminado a producir el ilícito.

C) El Resultado.

Es la consecuencia de la conducta. El fin deseado por el agente y que esta previsto en la ley penal como delito.

D) Nexo causalidad.-

Es el nexo que une la conducta con el resultado, el cual debe ser material, el nexo debe unir la causa con el efecto, y sin este ultimo no puede atribuirse la causa.

Se dice que el resultado es material por que si fuera psicológico o espiritual, no podría tomarse en cuenta para el derecho penal. En la practica, se deberán tomar en cuenta tanto las condiciones, así como las circunstancias en que sea manifestada la conducta y como se produjo el resultado, al caso concreto a efecto de comprobar fehacientemente el nexo causal

2.1.2 Omisión.

La omisión es la conducta en su aspecto negativo, es decir, una manifestación de voluntad que se traduce en un no actuar, en una abstención, en una inactividad voluntaria cuando la ley penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado.

Los elementos de la omisión, como aspecto negativo de la voluntad son la Voluntad, la Inactividad, el resultado y el Nexo Causal de los cuales se dio su definición en líneas precedentes, salvo la inactividad que en el caso de la conducta por omisión, no hay actividad..

En base a estas formas de la conducta, existen delitos por comisión y delitos por omisión

Delitos por comisión. Los delitos por comisión son también llamados delitos de acción, en los cuales se desarrolla voluntariamente una actividad corporal que esta prohibida por la ley penal, se viola una norma prohibitiva, entendiendo a esta como la norma que prohíbe realizar una conducta en su aspecto positivo.

En esta clase de delitos, la conducta se desarrolla en sentido positivo, violándose con ello lo que la ley prohíbe.

Delitos por Omisión.- En los delitos por omisión la conducta se desarrolla en base a una manifestación de voluntad de no ejecutar el movimiento corporal que debiera haberse efectuado, es decir, se viola una

norma dispositiva que impone un deber al sujeto, o sea que implica un mandato de la ley

Dentro de los delitos de omisión se puede presentar en dos maneras, como pueden ser en Omisión simple, también llamada omisión propia y la otra forma que es la omisión impropia que se llama también comisión por omisión.

a) Omisión Simple.

Conocida también como omisión Propia, consistente en no hacer lo que se debe hacer, sea voluntario o imprudencialmente, con lo cual se produce un delito, aunque no haya un resultado.

b) comisión por omisión.

Este tipo de delitos son también llamados Omisión Impropia, es un no hacer voluntario o imprudencial, cuya abstención produce un resultado material y se infringen una norma dispositiva (que impone el deber de obrar) y otra prohibitiva (que sanciona la acusación de resultado material penalmente tipificado.

2.2 Aspecto Negativo de la Conducta (Falta de conducta)

La ausencia de conducta es uno de los aspectos negativos del delito, en presencia del cual no se constituye delito alguno. En ese Sentido el maestro Fernando Castellano señala que si falta alguno de los elementos

esenciales del delito, este no se integrará en consecuencia, si la conducta esta ausente evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias.¹⁴

Sin embargo, cabe hacer la distinción entre la ausencia de conducta y la conducta por omisión, pues lo que hace la diferencia entre ambas es la voluntad, es decir, para que haya conducta es requisito necesario que exista la voluntad del agente a quien se le atribuye la conducta y en el caso de ausencia de conducta, no obstante que haya un movimiento corporal que produce un resultado externo, no existe la voluntad y en consecuencia no se forma el elemento del delito que es la conducta

Ahora bien, es necesario señalar las causas que impiden la integración del delito por ausencia de conducta y que son a saber

- Vis Absoluta
- Vis mayor
- Impedimento físico
- Cualquier otra causa que anule su voluntad (Movimientos, reflejos, sueño, sonambulismo, hipnosis)

¹⁴ Ibidem pag. 163

Las cuales se hablara de manera especifica de cada una de ellas

Vis Absoluta.- Que es la fuerza física exterior irresistible proveniente de un factor humano, es decir, el movimiento corporal del sujeto es involuntario, pues es provocado por una fuerza externa humana superior a la del sujeto, lo que le impide reaccionar en contra, no existe la voluntad del agente para desarrollar la conducta. La vis Absoluta se presenta cuando una fuerza física exterior, actuando sobre una persona y siempre que sea irresistible, convirtiéndose en un mero instrumento o fuerza mecánica de un proceso causal, que produce como consecuencia una lesión a bienes jurídicamente tutelados.

Vis Mayor.- Es la fuerza exterior irresistible, pero a esta diferencia de la vis absoluta, es proveniente de un factor natural, que altera la conducta del agente nulificando la voluntad, tales como terremotos, tormentas entre otros.

Impedimentos físicos.- Es la imposibilidad del sujeto de realizar un comportamiento al existir un factor en el agente que lo imposibilita para hacer lo que la norma penal establece.

Así como otras causas de ausencia de conducta.- en las cuales tenemos al sueño, el sonambulismo y el hipnotismo “ el sujeto realiza la actividad o inactividad sin voluntad, por hallarse en un estado en el cual su voluntad se encuentra suprimida y han desaparecido las fuerzas inhibitorias.”¹⁵

¹⁵ Ibidem pag. 164

Nuestro código penal vigente en el Estado prevé esta causa de Ausencia de conducta, misma que la encontramos en la fracción I del artículo 33 que establece textualmente:

El delito se excluye Cuando:

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

En esta disposición legal quedan comprendidas todas las causas que originan la falta o ausencia de conducta que establecía el código penal sustantivo anterior. Basta pues que el movimiento corporal positivo o negativo no corresponda a la voluntad por que de esta manera no existe la conducta, es decir que aunque haya movimiento corporal, pero este no tenga como causa la manifestación de la voluntad no podemos hablar de que la conducta exista. Como se puede apreciar en esta disposición del código actual, y así como se redacta en ella caben todas aquellas causas que nulifiquen la voluntad, si no que estén expresamente señaladas por la ley, creando así eximente supra-legales.

2.3 TIPICIDAD

La tipicidad se habla al estudiar dentro de la evolución de la definición del delito, es el segundo de los elementos del delito y primer característica de la conducta para que sea punible

Así para la mayoría de los tratadistas a la tipicidad la definen como “ La adecuación de una conducta dada en la realidad con el tipo penal “ Por Tipicidad se entiende que es un juicio de valor con el que se va a valorar la conducta dada en la realidad y si reúne los elementos que el propio tipo penal exige y encaja perfectamente en él será “Típica “

Menciona el autor Fernando Castellanos que no deben de confundirse el tipo con la tipicidad, estableciendo “ el tipo es la creación legislativa, la descripción que el estado hace de la conducta en los preceptos penales, en cuanto a la tipicidad, es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto y basta con que el legislador suprima de la ley penal un tipo, para que el delito quede excluido”¹⁶

2.3.1 Elementos del tipo

Los elementos del tipo penal, tanto los elementos objetivos como los subjetivos, son de igual importancia, los primeros (objetivos) están fuera del individuo en el que son fácilmente aprensibles por los sentidos y están establecidos por las mismas leyes penales como circunstancias exteriorizadas por el mismo individuo y en cuanto a los segundos (Subjetivos), estos son elementos que se encuentran dentro del sujeto activo

¹⁶ Castellanos Opcit 167

y como tales, deben de ser valorizadas por el juzgador, además necesarias para el estudio del delito que se trate y así obtener un buen manejo del derecho Penal y exacta aplicación de la misma.. y que se describirán a continuación

2.3.1.1 Elementos Objetivos (están afuera del sujeto)

Conducta.- Es el comportamiento humano voluntario positivo o negativo encaminado a obtener un fin

Resultado.- Es la modificación del mundo exterior por causa de la conducta

Nexo Causal.- Es la relación o vinculo entre la conducta y el resultado, si no hay relación entre conducta y el resultado no hay delito.

Especiales Formas de Ejecución.- Son los llamados medios comisivos,

Modalidades de Lugar Tiempo o modo.-En cuanto a las circunstancias del lugar, se refiere al espacio en vinculación con la realización de la conducta típica a la que hace referencia algunos tipos de la ley penal, como en el caso del Delito de Asalto establecido por nuestro anterior código Penal en el que establece “ Al que en despoblado o paraje solitario haga uso de la violencia sobre alguna persona...” En lo referente a las circunstancias de tiempo, es la referencia del momento en que se tiene que llevar a cabo la conducta delictuosa.

Sujeto activo.- Es la persona que realiza la conducta delictuosa, es el delincuente

La calidad.- Aquí algunos **Tipos Penales** exigen que el sujeto activo tenga una cierta calidad como por ejemplo de ser padre, de ser hija, de ser madre, de ascendiente o descendiente, para poder tipificar es necesario que el sujeto activo tenga una calidad determinada,, si no tiene esa **calidad que el tipo penal exige** no se podrá tipificar, por ejemplo en el delito de Incesto el cual requiere la calidad de ascendiente consanguíneo.

Numero de Sujeto Activos.- Los tipos penales en su mayoría están redactados en singular pero en algunas exigen una pluralidad en el sujeto activo, si en el delito no lleva esa pluralidad no se podrá tipificar, por ejemplo en el delito de motín que esta establecido en nuestro código penal vigente en el estado en su articulo 244.

Sujeto Pasivo.- Sobre él recae la conducta que realiza el sujeto activo, es el titular del bien jurídico tutelado.

Objeto Material.- Es la persona o cosa sobre la que recae la conducta delictuosa

Objeto jurídico.- Es el bien jurídico tutelado, entendiendo a este como el interés social jurídicamente protegido.

2.3.1.2 Elementos Subjetivos (elementos considerados dentro del sujeto)

Los elementos subjetivos del tipo penal, son circunstancias anímicas o del intelecto del sujeto activo que el tipo requiere para desarrollarlo, entre otros tenemos los ánimos, propósitos, fines o a sabiendas.

Así tan bien están los elementos normativos que entre otros son la honra, honestidad, ajeneidad de la cosa, posesión, estos elementos se valoran teniéndose en cuenta lo que por ello se entiende en la colectividad y la libre interpretación del juez.

2.3.1.3 El Cuerpo del delito.- -

Para algunos autores el cuerpo del delito se refiere a la existencia material del delito, para los cuales la existencia material del Delito y cuerpo del delito vienen a ser una misma cosa, Por eso todo delito requiere la prueba del cuerpo del delito por ser la manifestación exterior con la cual la infracción entra al mundo social. Por otra parte en el artículo 158 del Código de Procedimientos Penales en el Estado de Guanajuato establece al cuerpo del delito como el “conjunto de elementos que su integración requiera, de acuerdo a su definición legal”, Respecto al cuerpo del delito diremos que es igual a los elementos del tipo, ya que el cuerpo del delito deberá reunir los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo los cuales se encontraran comprendidos dentro del tipo penal, y se deberán acreditar los elementos que el tipo pena exija para poder decir así que llegamos a la comprobación del cuerpo del delito, y hacer mención que el cuerpo del delito

se encuentra dentro del código de procedimientos penales de Guanajuato y los elementos del tipo se encuentran dentro del Código penal vigente en el estado, o sea el concepto del cuerpo del delito pertenece al Derecho Adjetivo, en tanto el concepto de elementos del tipo pertenecen al Derecho Sustantivo

2.3.2 Tipo penal.

De la definición de tipicidad podemos desprender dos conceptos fundamentales, la conducta, cuya definición ha quedado señalada en líneas precedentes, y el tipo penal que es la descripción en abstracto hecha por el legislador de la conducta que se considera delictuosas.

Ahora bien por las variadas situaciones que se presentan en la realidad, se hace necesario crear semejante numero de tipos penales, lo cual da lugar a que haya una clasificación de los mismos y se dan de la siguiente manera.

Por su composición

- Normales.- su descripción legal es de manera objetiva
- Anormales.- además de elementos objetivos, contempla elementos subjetivos

Por la conducta

- De acción.- Cuando la conducta se manifiesta en sentido positivo, es decir, un hacer

- De omisión.- Cuando la conducta se manifiesta en sentido negativo; una inactividad por parte del agente que esta obligado a ejecutar de acuerdo con la ley.

Por los daños que causan:

- De daño.- Protegen el bien jurídico sujeto a la tutela legal
- De peligro.- Cuando solo se pone en riesgo el bien, el tipo penal protege la posibilidad de peligro de los bienes sujetos a tutela.

Por su ordenación metodologica

- Básico o fundamentales.- No necesitan de ningún otro tipo penal para su existencia, dan origen a grupos de tipos penales que protegen el mismo bien jurídico tutelado y así tenemos como ejemplo característico el tipo penal de homicidio, Constituyen la base de una familia de delitos.
- Complementados.- estos se integran con el básico o fundamental agregándoseles una peculiaridad o característica propia con la cual complementan o completan al básico o fundamental, estos tipos penales siempre suponen la presencia del básico o fundamental pero no la excluyen, los podemos identificar por que aparecen en el Código penal muy cerca del básico o fundamental incluso aparecen en el mismo capitulo del tipo

básico o fundamental y como ejemplo de algunos de ellos tenemos por lo que toca al tipo penal del homicidio, al homicidio en riña, homicidio calificado.

- Especiales.- Estos contienen mas circunstancias, mas características o más peculiaridades que no obstante, de provenir del tipo básico fundamental, por su especialidad, excluyen la aplicación del básico, para que de esta, manera sean aplicados en su especialidad en atención al principio que determina que la norma especial excluye en su aplicación a la norma general, estos tipos penales aparecen en el código penal mucho mas distantes del básico fundamental, teniendo además un nombre especial, como ejemplo característico tenemos al tipo penal de homicidio en razón del parentesco, al aborto y al infanticidio.

Tanto los tipos penales especiales y complementados pueden ser agravados y privilegiados según tenga señalada una penalidad mayor o menor respecto del tipo básico o fundamental

Por su autonomía o independencia.

- Autónomos o independientes.- Tienen existencia propia, por ejemplo el robo.
- Subordinados. Dependen de otro tipo: por ejemplo el homicidio en riña

Por su formulación. - Se refiere a los medios comisivos que algunos tipos penales pueden contener, de esta manera hay de formulación casuística acumulativa y alternativa.

- **Formulación Casuística. Alternativa,** - Establecen dos o más medios comisivos a través de los cuales se puede tipificar, es decir que basta que la conducta se haya realizado a través de un medio comisivo de cualquiera de los establecidos por el tipo, para poder tipificar, el ejemplo característico lo tenemos en el tipo penal de violación en donde la imposición de la copula para poder tipificarse, debe ser a través de la violencia física, o a través de la violencia moral, bastando entonces cualquiera de los medios comisivos para que se tipifique el delito de violación.
- **Formulación Casuística Acumulativa.-** También el tipo penal estable establece dos o más medios comisivos pero a diferencia de los tipos penales alternativos, en los de formulación casuística acumulativa la conducta tendrá que desarrollarse a través de todos los medios comisivos que el tipo penal exige.

2.3.3 Principios Generales de la Tipicidad

En el sistema jurídico- mexicano, se encuentran diversos principios supremos, que en la materia que nos ocupa son llamados “ Dogmas penales”,entendiéndose como Dogma Al conjunto de principios valederos para la ciencia del derecho penal en donde la Tipicidad esta apoyada, cabe

destacar que la Dogmática Penal nos sirve como instrumento donde podemos aplicar con mayor certeza la ley penal a los casos concretos que se nos este planteando como son:

Cuadro 2

Principios Generales de la Tipicidad

- | | |
|---------------------------|--|
| • Nollum crimen sine lege | No hay delito sin ley que lo prohíba |
| • Nollum crimen sine tipo | No hay delito sin tipo |
| • Nulla poena sine tipo | No hay pena sin tipo previamente establecido |
| • Nulla poena sine crimen | No hay pena sin delito |
| • Nulla poena sine lege | No hay pena sin ley |
-

2.3.4 Aspecto negativo.- Atipicidad

El aspecto negativo de la Tipicidad es la Atipicidad que es la no adecuación de la conducta realizada por el agente a la descripción en abstracto hecha por el legislador.

Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo penal se presenta el aspecto negativo del delito llamado “ Atipicidad “¹⁷ y en presencia de este aspecto negativo no hay delito.

Hay tipos penales que para que se colmen deben de contener un elemento específico, por ejemplo, el tipo penal del delito de asalto, que requiere para su ejecución que sea en despoblado, es decir, se actualiza una modalidad de

¹⁷ Castellanos Fernando, Ob.cit. Pag. 175

lugar, en ausencia de la cual no se colma el tipo penal y en consecuencia no hay tipicidad.

Por otra parte es importante señalar que hay otra forma por la que puede no configurarse un delito, y esta es la falta del tipo que la tenemos cuando no existe definición en abstracto de la conducta (tipo), no hay en la ley una descripción de la conducta que se considera delictuosa, si no hay tipo penal no hay delito y da lugar al dogma penal “ nullun crimen sine tipo “

Sin embargo, no debemos confundir la Atipicidad con la falta del tipo, pues la atipicidad, como ya quedo asentado en textos superiores requiere la existencia del tipo, pues la conducta es atípica, cuando no encuadra con la descripción en abstracto, es decir, el tipo existe, pero la conducta no encuadra en él, caso contrario a la falta del tipo, pues en este caso, no existe tipo, que puede suceder, por la falta de regulación de ciertas conductas originados por los cambios constatados en la sociedad

2.4 Antijuridicidad

Ahora le corresponderá al estudio de otros elementos objetivo del delito, llamado antijuridicidad o antijuricidad, el cual estos elementos provienen **del latín anti-contra, Ius-Derecho**, Esto es contrario al orden jurídico.

Se entiende al orden- jurídico, al orden que regula la conducta humana encaminada a proteger los bienes miembros de la colectividad en general con relación al fin que persigue el derecho, dirigido a proteger la seguridad jurídica

y para la tranquilidad social, por lo que a través de los tipos penales, el estado expresa que conductas están fuera de la libertad de la acción de los individuos de la colectividad.

Así antijuridicidad es definida como un juicio de valor cuyo objeto de valoración es la conducta típica, desde el punto de vista objetivo, se hace sobre el aspecto externo de la conducta

La autora Irma Griselda Amuchategui la define así “La antijuridicidad es lo contrario a derecho en el ámbito penal, radica precisamente en contrariar lo establecido por la norma jurídica.”¹⁸, El Tratadista Eugenio Cuello Calón dice que la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico penal. Tal juicio es de carácter Objetivo, por solo recaer sobre la acción ejecutada.¹⁹

Así para entender el significado de la antijuridicidad, es necesario entender que la ley describe las conductas que son antijurídicas, y por lo tanto, al hablar de la antijuridicidad. No podemos decir que la conducta esta en contra de la ley, si no que la conducta esta en contra de la norma, establecida intrínsecamente en la ley que ordena o manda.

Lo anterior, pues para que la conducta sea antijurídica, debe ser primero Típica, es decir que este descrita en la ley y que no esta amparada por una causa de justificación

¹⁸ Amucahtegui Requena Irma Derecho Penal Op. Cit. P. 67

¹⁹ Cuello Calón Eugenio Citado por Castellanos Fernando , Ob, cit. pag. 178

Ahora Bien Franz Von Liszt ha considerado a la antijuridicidad en dos aspectos, uno material y uno formal.

La Antijuridicidad Formal es la relación de oposición entre el hecho y la norma penal, es decir, que la conducta realizada por el agente este en contra de una norma penal que prohíba u ordene realizar una conducta

La Antijuridicidad material es la lesión o peligro para los bienes jurídicos, es propiamente lo contrario a derecho, por cuanto hace la afectación genérica hacia la colectividad. , El acto será materialmente antijurídico cuando signifique contradicción a los intereses colectivos.²⁰

El juicio de Antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico causal.. La antijuridicidad es puramente objetiva, atiende solo a la conducta externa, Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, entre esa conducta y la escala de valores del estado.²¹

2.4.1 Causas de Justificación

Las causas de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad, por lo tanto, una conducta típica que se encuentra amparada con una causa de justificación dicha conducta, no será antijurídica si no que ante tales circunstancias la conducta antijurídica se justifica y consecuentemente será una conducta totalmente lícita, anulando de esta manera la antijuridicidad.²²

²⁰ Liszt, citado por Fernando Castellanos Ob. CIT(1) p. 181

²¹ Castellanos Fernando Ob. Cit. 179

²² Cardona Op. Cit Supra p.p 156-162

El artículo 33 de nuestro Código penal anterior en nuestro estado, señalaba como causas de justificación, las siguientes

- Consentimiento del Sujeto Pasivo
- La legítima Defensa.- Es la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesionó bienes jurídicos del agresor.
- El Estado de Necesidad.- Es una situación de peligro para un bien jurídico que solo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico.
- El Ejercicio de un Derecho.- El obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho.
- El Cumplimiento de un Deber

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 puedan salvarse ambos y el derecho opta por la conservación del más valioso.

Así para el Maestro Edmundo Mezger la exclusión de la antijuridicidad se funda a) en la falta o ausencia de interés y b) en función del interés preponderante. De los cuales se hablará mas adelante.

A) Falta o Ausencia de Interés.- Normalmente el consentimiento del ofendido es irrelevante para eliminar el carácter antijurídico de una conducta, por vulnerar el delito no solo en interés individuales, si no que también quebranta la armonía colectiva, pero ocasionalmente el interés social consiste en la protección de un interés privado del cual libremente puede hacer uso su titular, (propiedad permitida por la ley, ejercicio de una libertad individual,) entonces si cobra vigor el consentimiento del interesado, por que significa el ejercicio de tales derechos, y por ende resulta idóneo para excluir la antijuridicidad, lo mismo ocurre cuando el derecho reputa ilícita una conducta sin la anuencia del sujeto pasivo. En estos casos, al otorgarse el consentimiento esta ausente el interés que el orden jurídico trata de proteger. Mas debe tenerse en cuenta que generalmente los tipos contienen referencias tales como “ falta de consentimiento” (del titular.”contra la voluntad”, “sin permiso”. Entonces el consentimiento no opera para fundamentar una justificante, sino una atipicidad. Solamente cuando en el tipo no se captan esos requisitos por darlos la ley por supuestos, se estará ante verdaderas causas de justificación por ausencia de interés.- (por ejemplo el del enfermo que llega al hospital y requiere una operación)

B) Interés Preponderante.- Cuando existen dos intereses incompatibles, el derecho, ante la imposibilidad de que ambos subsistan, opta por la salvación del de mayor valía y permite el sacrificio del menor, como único recurso para

la conservación del preponderante. (Por esta razón se justifica la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho.)²³

A la causa de justificación, también se les llama justificantes, causas eliminatorias de antijuridicidad, y dentro de Nuestro Actual Código Penal Vigente en el Estado las contempla en su artículo 33 Fracciones III, IV, V Y VI las causas de justificación las cuales son

1. Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho
2. Consentimiento Valido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquellos de que puedan disponer lícitamente los particulares
3. La legítima defensa y la situación de peligro o estado de necesidad.
4. - La situación de peligro o estado de necesidad.

De los cuales se hablara brevemente de cada una de esas causa de justificación.

2.4.1.1 Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho.-

Respecto a esta causa de justificación, el actual código penal en su artículo 33 Fracción II establece que “ El delito se excluye cuando. III.- Se obre en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho....”

Aquí se estructuran de tal forma que quedan comprendidos dentro de una misma fracción las justificantes del cumplimiento de un deber legal y el ejercicio legítimo de un derecho, por lo que hace a la primera de ellas, el

²³Castellanos ibidem.op cit(5) p.189.

legislador ha subrayado con gran acierto la naturaleza del deber, tal precisión es indispensable también por que existen normas jurídicas, morales, religiosas, reglas de trato social, cada una de las cuales es fuente de deberes, por ello solo la norma jurídica es fuente de deberes jurídicos, por lo que únicamente puede dotarse de justificación a una conducta realizada en cumplimiento de un deber emanado de una norma jurídica y no al cumplimiento de un deber que provenga de una norma religiosa o de una norma de trato social o de cualquier otra clase de norma. en consideración a lo anterior, podemos concluir que el deber debe ser legal y su cumplimiento también

2.4.1.2 CONSENTIMIENTO VALIDO DEL SUJETO PASIVO.

Esta se encuentra dentro del artículo 33 de Nuestro Código penal vigente en el Estado, dentro de la cual se establece. IV.- “Se actué con el consentimiento valido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquellos de que puedan disponer lícitamente los particulares”

Aquí el consentimiento del sujeto pasivo es la manifestación primordial del principio de ausencia de interés y este consentimiento debe ser valido según la ley, y para que el consentimiento sea valido se requiere que sea en los siguientes casos:

1. - Que provenga del titular del bien jurídico tutelado
2. -Que verse sobre bienes disponibles jurídicamente por su titular
3. - Que provenga de una persona capaz
4. - Que la voluntad no este viciada.

Así si se reúnen estos requisitos, la conducta pierde su calidad de antijurídica, dejando de ser delictuosa..

Por otra parte, es necesario establecer que el consentimiento debe otorgarse antes o al mismo tiempo de la realización de la conducta,

El consentimiento posterior no tiene efectos eliminatorios de antijuridicidad. Pero también cabe recordar que la ley no precisa la forma del consentimiento así que podemos decir que este puede darse válidamente de manera expresa o tácita, fundamentado lo anterior en el principio general de derecho que establece que donde la ley no distingue no debemos distinguir.²⁴

2.4.1.3 LA LEGITIMA DEFENSA.-

La defensa legítima es una de las causas de justificación de mayor importancia, La legítima defensa, es la repulsa hacia una agresión actual. Inminente y antijurídica por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección²⁵

El Código Penal vigente en el Estado, en el artículo 33 en su fracción V establece “ se obra en defensa de bienes jurídicos, propios o ajenos contra agresión ilegítima, actual o inminente, siempre que exista la necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla o impedir la”

Es fundamento de la legítima defensa la preponderancia de intereses, pero no por considerar de mayor importancia el interés del agredido que del agresor, sino en virtud de que para el estado es preponderante el interés de mantener por sobre todos los derechos y bienes jurídicos que integran el orden social, y el propósito del estado es paralizar el ataque del agresor al

²⁴ Cardona Arizmendi Enrique y otro. Código Penal Comentado del Estado de Guanajuato p.160

²⁵ Castellanos Op. Cir. Supra (1)p- 191

permitir la legítima defensa, ya que para el estado el agresor representa el individuo trasgresor de la ley que pone en peligro el orden social siendo una amenaza pública, pues si a todos los individuos se les ha garantizado la vida, y el disfrute de, los mismos bienes jurídicos, entonces esto también representa una solidaridad entre los miembros y el respeto entre cada uno de ellos y para la comunidad en que viven, situación que es violada por el injusto agresor.

2.4.1.4 LA SITUACIÓN DE PELIGRO O ESTADO DE NECESIDAD.

Es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que solo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona.²⁶

El sujeto al actuar ante una situación de peligro tiene que elegir bajo un estado de coacción por la amenaza de un mal que está por venir, entre ese mal o lesionar un bien jurídico ajeno para salvar el propio o el de personas extrañas, esto es un criterio subjetivo, estima que el problema se reduce a considerar la acción humana como un proceder motivado por la violencia moral

²⁶ Cuello Calón citado por Castellanos Op. Cit. Supra (1) p 203

Ante el conflicto de bienes que no puede coexistir, el Estado opta por la salvación de uno de ellos, vuelve a surgir el principio de interés preponderante, nada mas cuando el bien salvado supera al sacrificado se integra la justificante, por que solo entonces el atacante obra con derecho jurídicamente.

El artículo 33 en su fracción VI establece:

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

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

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

Así hablando de una diferencia entre legítima defensa y estado de necesidad, esta consistiría en que en la legítima defensa esta se va a actuar en defensa de un mal que pueda causarnos daños siempre y cuando se trate de una persona, y el estado de necesidad consiste en que se va a sacrificar un bien jurídico tutelado de igual importancia para así salvar uno de igual o mayor importancia.

CAPITULO III

TEORIA DEL DELITO (ELEMENTOS SUBJETIVOS)

3.1 LA IMPUTABILIDAD

Corresponde ahora hacer el estudio de la parte subjetiva del delito, es decir, que después de haber efectuado un breve análisis de lo que es la conducta, la tipicidad y la antijuridicidad, con los cuales se valora la conducta desde el punto de vista exterior, con los elementos subjetivos del delito el estudio se encamina al intelecto del sujeto, por que una conducta, para que sea punible también debe ser imputable.

A la imputabilidad se le puede definir como “ La capacidad de querer y entender, es decir, de entender y comprender la ilicitud del hecho y de comportarse de acuerdo a esa comprensión”

Así a la capacidad de comprender se entiende como aptitud de conocer o tener conciencia de la licitud o antisocialidad de la conducta es decir, comprender los mandatos y prohibiciones de las normas penales, la capacidad de determinarse de acuerdo a esa aptitud de regirse, de autodeterminarse.

Para Mayer la imputabilidad es la posibilidad por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente.²⁷

²⁷ Mayer citado por Castellanos p. 218

De los cual podemos deducir que los elementos de la imputabilidad son dos.

1. - el elemento intelectual.- el cual se traduce en el conocer, el saber, en el comprender la ilicitud del hecho y
2. - El elemento volitivo Se traduce en el querer la realización del hecho.
(HECHO = CONDUCTA +RESULTADO).

Por lo tanto, se desprende que la capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal, implica salud mental, aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal, precisamente al cometer el delito, Por otra parte, el sujeto tiene primero tiene que ser imputable para luego ser culpable, por lo que no puede haber culpabilidad si previamente no es imputable.

Un sujeto imputable es un individuo totalmente apto para responder de sus actos ante el Derecho Penal, es un ser, como ya se dijo, sano mentalmente y como consecuencia de ello, sabe lo que hace perfectamente por lo que podemos decir que la imputabilidad es, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.

3.2 LA RESPONSABILIDAD.

La responsabilidad es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable, de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado. por lo tanto son responsables quienes habiendo ejecutado el hecho, están obligados previa sentencia firme a responder de él.

Existe cierta confusión respecto a lo que en Derecho Penal debe entenderse por responsabilidad ya que con frecuencia se utiliza como sinónimo de culpabilidad, y suele equipararse a la imputabilidad.

Tiene acepciones diversas, en un sentido se dice que el sujeto imputable tiene obligación de responder concretamente del hecho ante los Tribunales, con lo cual se da a entender la sujeción a un proceso en donde puede resultar condenado o absuelto, según se demuestre la concurrencia o la exclusión de antijuridicidad o de culpabilidad en su conducta.

Igualmente se usa en el termino responsabilidad para significar la situación en que se coloca el autor de un acto típicamente contrario a derecho, si obro culpablemente.

Así en virtud de todo lo anterior, se afirma que de la responsabilidad resulta, entonces, una relación entre el sujeto y el Estado, según la cual este declara que aquel obro culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias señaladas por la Ley a su conducta.

3.3 *Actione Liberae In Causa* (ACCIONES LIBRE EN SU CAUSA)

Según ha quedado establecido, es necesario que la imputabilidad exista al momento de la ejecución del hecho, solo que en ocasiones el sujeto, antes de actuar, voluntaria o culposamente se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito. De tal forma que a estas acciones se les llama libres en su causa, pero determinantes en cuanto a su efecto. Tal es el caso de quien decide cometer homicidio y para darse animo bebe en exceso o ingiere una droga y ejecuta el delito en estado de ebriedad o bajo los efectos de la

droga, sin duda existe imputabilidad, entre el acto voluntario (Decisión de delinquir) y su resultado, hay un enlace causal, Cuello Calón establece que, en el momento del impulso para desarrollar la cadena de la causalidad, El sujeto era imputable.

Si se acepta que el actuar el sujeto carecía de la capacidad necesaria para entender y querer, pero para tal estado se procuro dolosa o culposamente, encontramos aquí el fundamento de la imputabilidad en la acción, es decir, aquel en el cual el individuo, sin carecer de tal capacidad. Movi6 su voluntad o actu6 culposamente para colocarse en una situaci6n de inimputabilidad, por ello el resultado le es imputable y da base a declararlo culpable y, consiguientemente responsable, siendo acreedor a una pena

Así encontramos que nuestro actual código penal establece las acciones libres en su causa pero determinante en cuanto a sus efectos en el segundo párrafo del artículo 36, en el cual se señala. Que cuando el sujeto hubiese provocado la grave perturbaci6n de la conciencia y sea origen únicamente emocional, se le considera imputable.

Cabe hacer menci6n que cuando se trate de un menor de 16 ańos no se le pondrá imponer ninguna pena de acuerdo como lo establece el Art. 37 fracci6n I del código penal actual, pero este si tendrá responsabilidad de acuerdo a lo que la ley regule en cuanto a responsabilidad del menor

3.4 LA INIMPUTABILIDAD

La inimputabilidad forma el aspecto negativo de la imputabilidad, y se le puede definir como la ausencia de capacidad del sujeto para querer y comprender la ilicitud del hecho, por lo tanto, el sujeto inimputable se comporta de acuerdo con esa comprensión. Cuello Calon, considera que “ Esta capacidad puede faltar cuando no se ha alcanzado aún, un determinado grado de madurez física y psíquica o cuando la conciencia o la voluntad están anuladas o gravemente perturbadas de modo permanente o transitorio”

Quien carece de la capacidad, bien por no tener la madurez suficiente o bien por sufrir graves alteraciones psíquicas, no puede ser declarado culpable y por consiguiente no puede ser responsable penalmente por sus actos por mas que estos sean típicos y antijurídicos

Nuestro Código Penal anterior para el estado de Guanajuato en su artículo 35, trata a la imputabilidad desde el punto de vista negativo es decir que nuestro código Habla de inimputabilidad, y se es inimputable, por causa de enfermedad mental perturbe gravemente la conciencia, por perturbación grave de conciencia sin base patológica y por desarrollo psíquico incompleto o retardado, como podemos ver básicamente se trata de la perturbación de la conciencia, entendiéndose, por esta a la facultad mental que le permite el ser humano relacionarse con el exterior, que permite conocer, que le permite querer, que le permite comprender la ilicitud del hecho y le permite .comportarse al sujeto de acuerdo con su comprensión.

El nuevo código penal para nuestro estado, ya no establece el título de imputabilidad, si no que únicamente menciona las causas de exclusión del

delito y la inimputabilidad se encuentra establecida en los artículos 33 fracciona. VII, 35,36 y 37

3.5 CULPABILIDAD Y SU AUSENCIA

La culpabilidad es otro elemento subjetivo del delito y para poderla definir existen dos grandes teorías, la primera de ellas es la teoría Psicologista y la segunda de ella es la Teoría Normativista

3.6 TEORIA PSICOLOGISTA DE LA CULPABILIDAD

(teoría clásica)

Esta Teoría afirma que la culpabilidad es una relación psicológica que se establece entre el sujeto y su resultado, teoría que pertenece al sistema clásico de la dogmática penal del maestro Franz Von Lizst. Esta teoría psicologista determina entonces que para poder declarar culpable a un sujeto bastaba solamente que el sujeto imputable hubiese obrado con dolo o con culpa que son las dos formas de culpabilidad o relaciones psicológicas que unen al sujeto con su resultado. Bastaba pues demostrar que el sujeto era imputable y que había obrado con dolo o con culpa para entonces afirmar su culpabilidad y consecuentemente aplicarle una pena.

Por lo anterior se afirma que la culpabilidad clásica a través de la teoría psicologista, se estructura con la inimputabilidad como presupuesto y las dos formas de culpabilidad o relaciones psicológicas como lo son el dolo y la culpa.

Entonces para esta teoría psicologista la culpabilidad es un juicio de valor es un juicio de reproche que se le finca al sujeto que siendo imputable y que por lo mismo tiene la posibilidad de comportarse de acuerdo a lo que la norma exige y no obstante, de ello se comporta de manera diferente a través del dolo y la culpa se relaciona con la norma y se le finca el juicio de reproche declarándolo culpable. De esta manera **Von frank resuelve** el problema del sistema clásico respecto de la culpa consciente o sin previsión en la cual no encontraban el nexo psicológico entre el sujeto y su resultado, problema que resuelve relacionando al sujeto con la norma por no prever lo que era previsible.

3.7 TEORIA NORMATIVISTA DE LA CULPABILIDAD

(teoría neoclásica)

Esta teoría afirma a través del Maestro Von Frank, que la culpabilidad es un juicio de valor, es un juicio de reproche que es una reprobación que se le hace al sujeto por haber obrado en contra de la norma. Así como hemos dicho que norma es una regla de conducta de observancia obligatoria, también hemos dicho que existen normas jurídicas penales que prohíben realizar una conducta o bien que ordenan o mandan realizar una conducta, de tal forma que al sujeto que es imputable, que es sano mentalmente se le exige que observe la prohibición o mandato que establece la norma y no obstante, de tener esa posibilidad, obra de manera diferente a través del dolo o de la culpa y precisamente por eso el sujeto se relaciona con la norma y se le finca el juicio de reproche, de ahí entonces la denominación de teoría normativista de la culpabilidad, que pertenece al sistema neoclásico de la dogmática penal alemana.

La culpabilidad neo-clásica se estructura con la imputabilidad, Dolo, Culpa, y la exigibilidad que es el nuevo elemento que origina el sistema neoclásico de la dogmática penal alemana²⁸

3.8 TEORIA DE LA ACCION FINAL. (Teoría Finalista)

En esta, se desarrolla la teoría denominada de la acción final, y a partir de ese concepto final de acción que se maneja como base para la estructura del concepto de delito, se derivan consecuencias tanto para la acción, la tipicidad y como para la culpabilidad fundamentalmente.

Anteriormente, el tipo penal era considerado como estructurado, en principios por elementos objetivos, descriptivos y excepcionalmente por elementos subjetivos o normativos, y dentro de estos elementos subjetivos que se reconocían dentro de la estructura penal, no figuraban el dolo y la culpa, pues seguían estando dentro de la culpabilidad.

A partir de la nueva concepción de la acción que establece en la propia estructura de la acción hay que considerar al contenido de voluntad como un elemento o parte esencial y que tratándose, de acciones penalmente relevantes no es otra cosa que el dolo, por lo que se deriva que el dolo y la culpa ya no forman parte de la culpabilidad si no de la estructura del tipo penal, por lo tanto ahora este se estructura tanto de elementos objetivos subjetivos y dentro de los subjetivos se consideran el dolo y la culpa, y de esta el dolo y la culpa ya no pueden seguir siendo parte integrantes de la culpabilidad.

²⁸ Catellanos.Op. cit.p.p 234-237

Estructurándose así la culpabilidad de la siguiente manera.

1. De Imputabilidad
2. De conciencia de la antijuridicidad o cognocibilidad de la antijuridicidad
3. Exigibilidad de otra conducta.

3.9 FORMAS DE CULPABILIDAD

Hemos dicho nosotros que la culpabilidad según la teoría Psicologista consiste en una relación psicológica entre el sujeto y su resultado que esas relaciones Psicológicas son el dolo y la culpa

3.9.1 DOLO

El Dolo es la primera forma de la culpabilidad y el maestro Cuello Calon lo define: como el actuar, conciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico y que los elementos que constituye esta primera forma de culpabilidad, son un elemento ético que se traduce en la conciencia que se quebranta al deber y otro volitivo o psicológico que consiste en la voluntad de realizar el acto o sea el querer del hecho típico, Entonces por solo debemos entender la voluntad o la intención a la realización de la conducta y al querer del resultado

3.9.1.1 CLASES DE DOLO

El Maestro Fernando Castellanos Tena afirma que en la doctrina existen cuatro clases de dolo. El dolo Directo, Dolo Indirecto, Dolo Indeterminado y Dolo eventual.²⁹

- a) **Dolo Directo.**- Es aquel en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Hay voluntad en la conducta y querer del resultado. El resultado corresponde a la intención del agente.
- b) **Dolo indirecto.** conocido también como dolo de consecuencia necesaria, se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que causara otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aun así previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho
- c) **Dolo Indeterminado.**-en él, el agente tiene la intención de delinquir sin proponerse causar un delito en especial, tal es el caso del sujeto terrorista que lanza bombas sin pretender un resultado específico
- d) **Dolo eventual.**-, Se desea un resultado delictivo previniéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente.

²⁹ Castellanos. Op. Cit. Supra (1) p.p 239-241

Como podemos ver la diferencia que existe entre dolo indirecto y el dolo eventual es que en el dolo indirecto se tiene la certeza de que se van a producir otros resultados además del querido, y en el dolo eventual solo se prevé la posibilidad que se produzcan otros resultados además del querido

Cabe hacer mención que nuestra legislación solo contempla el directo y el eventual ya que se considera que el indirecto y el indeterminado se encuentran contemplados dentro del dolo directo

Dentro de nuestro Art. 13 del código penal vigente en nuestro estado se está refiriéndose a dos clases de dolo el primero de ellos que es el directo que se establece en nuestra disposición mencionando: “que obra con dolo quien quiere la realización del hecho legalmente descrito”, y el segundo es el dolo eventual al establecer nuestra ley “así como quien lo acepta previéndolo al menos como posible”³⁰

3.9.2|. LA CULPA

Esta es la segunda forma de culpabilidad y nuestro actual texto penal, en el artículo 14 establece la definición legal de culpa, de la siguiente manera: “Obra culposamente quien produce un resultado típico que no previo siendo previsible 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 consecuencias y circunstancias personales...”.

³⁰ Código penal del Estado de Guanajuato p.47

Esta definición señala que el reproche culpable operara atendiendo la inobservancia del deber que corresponde al agente, de acuerdo con sus personales condiciones y circunstancias, habida cuenta que nadie esta obligado a lo imposible.

Existen dos clases de culpa:

- LA CULPA CONSCIENTE. O CON PREVISIÓN.—Cuando El sujeto prevé la posibilidad de un resultado típico, resultado que no es querido y que incluso confía en su pericia y abriga la esperanza de que no ocurrida y sin embargo no hace nada para moderar su conducta, Hay representación de la conducta y representación de la posibilidad del resultado, pero este no se quiere, mas bien se tiene la esperanza de que no se producirá³¹
- LA CULPA INCONSCIENTE O SIN PREVISION.- en esta clase de culpa no se prevé, lo que es previsible, el sujeto no prevé que puede existir un resultado ilícito penalmente relevante, el sujeto no prevé nada, existe voluntariedad de la conducta causada pero no hay representación del resultado de la naturaleza previsible

3.10 LA INCULPABILIDAD

Hemos afirmado que todo el aspecto positivo del delito tiene un aspecto negativo, por lo que el elemento subjetivo del delito como es la culpabilidad, no es la excepción, es decir que la culpabilidad al igual que los otros

³¹ Cardona.Arizmendi.Código penal comentado. 3ª Ed. Orlando Cardenas. 1996

elementos del delito también tienen su aspecto negativo que consiste precisamente en las causas de inculpabilidad.

La Inculpabilidad es una causa de inexistencia del delito que se caracteriza por la presencia del error en cuanto a la naturaleza del acto cometido o coacción para ejecutar el acto no querido, siendo este antijurídico y legalmente descrito por la ley.³²

Para que se integre la culpabilidad es necesario que el sujeto tenga una determinación libre y espontánea así como una plena conciencia de lo injusto de su proceder. Por tanto cuando la determinación no es libre, cuando la voluntad esta coartada no hay culpabilidad, Es decir está ante una causa de inculpabilidad cuando existe error en cuanto a la naturaleza del acto cometido o coacción para ejecutar el acto no querido, siendo este típico y antijurídico. .

Cuando el agente posee conciencia de la ilicitud de su conducta y realiza ese acto antijurídico, ello trae como afecto necesario la reprochabilidad hacia tal sujeto, a que existen los dos elementos configurativos de la culpabilidad: el intelectual y el volitivo, pero cuando estos no se dan surge entonces la inculpabilidad.

En estricto rigor, las causas de Inculpabilidad son.

- El error Esencial de Hecho (ataca el elemento intelectual)y
- La Coacción sobre la voluntad (Afecta al elemento volitivo)

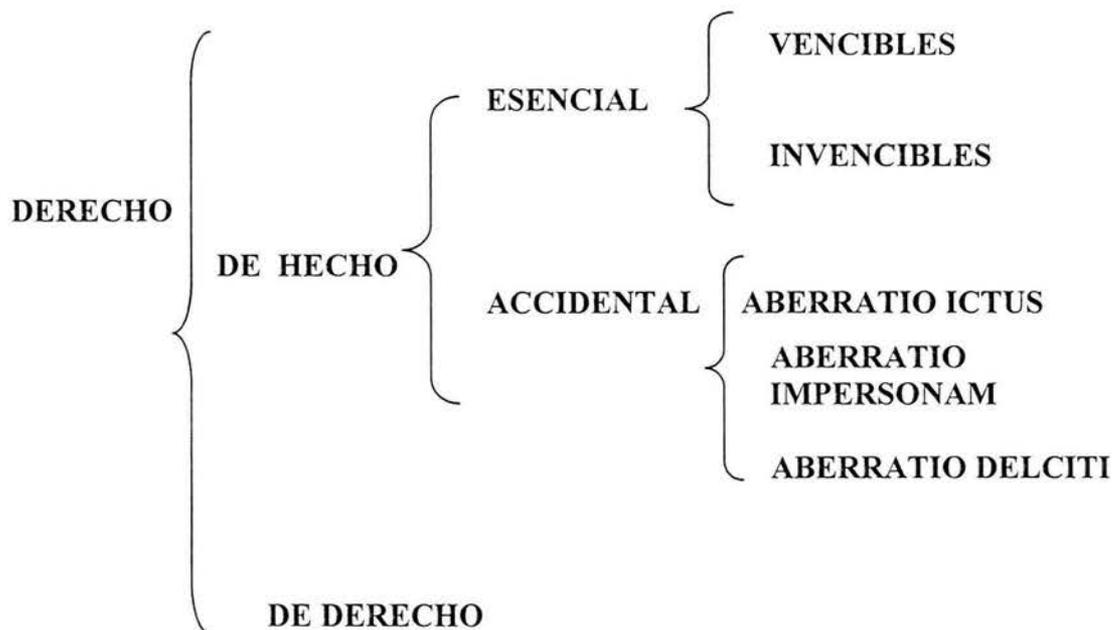
³² Cardona.Op. cit supra p.178

La doctrina Tradicional ha estimado como especies o clases de error las siguientes:

ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO

El ERROR DE HECHO es una representación equivocada entre lo que es y lo que se piensa, que incide sobre las circunstancias fácticas de la figura o de la justificante. Es un falso conocimiento de la verdad

El ERROR DE DERECHO se define como aquel que incide sobre elementos valorativos o discrepancias axiológicas entre el sujeto y el legislador



El error de Hecho se clasifica en esencial y accidental, a su vez el esencial puede ser vencible o invencible y el accidental abarca: aberratio ictus, aberratio in persona y aberratio delicti.

El Error Esencial.- Es aquel que recae sobre uno o más de los elementos que se requieran para la existencia del delito, es decir el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente y por ello constituye el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo.³³

El sujeto actúa creyendo actuar bajo una causa de justificación.

El Error Esencial Vencible.- Es aquel al cual el sujeto puede sustraerse con diligencia o con cuidado,³⁴ esto es que puede reprochársele a título de culpa y por ende el daño pudo ser evitado. Por ejemplo sería el caso del que dispara sobre un hombre confundiéndolo con una pieza de cacería, si este resultado pudo ser evitado con la diligencia o cuidado que según las circunstancias concretas le corresponderían al agente.

El Error es Invencible.- Cuando no puede hacerse ningún reproche culposo por no existir infracción al deber de cuidado. El sujeto no tiene la posibilidad de saber de ninguna manera que su conducta es antijurídica, se tiene la convicción de que se actúa dentro de la ley o que actúa bajo una causa de justificación

El error Accidental.- Es aquel que no recae sobre circunstancias esenciales. del hecho sino secundarias. Este error no es eximente.

- a) El error en el golpe.- (aberratio ictus) se da cuando el resultado no es precisamente el querido, pero al equivalente.

³³ Castellanos op. Cit supra (1) p. 260

³⁴ Cardona op cit. Supra p. 181

- b) Error en la persona.- o Aberratio in Persona.- es como dice su nombre, el error versa sobre la persona objeto del delito, o sobre el objeto materia del delito
- c) Hay Aberratio delicti (error en el delito) si se ocasiona un suceso diferente al deseado

El error de derecho no produce efectos eximentes, por que el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación. La ignorancia de las leyes a nadie aprovecha. Sin embargo esta causa de inculpabilidad la regula de manera distinta nuestro Actual Código penal pues se establece en el inciso b) de la fracción VIII del artículo 33 que el delito se excluye: Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible: Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea por que el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o por que crea que esta justificada su conducta..

Para los tratadistas alemanes de Derecho Penal, sostienen que es inoperante realizar una distinción entre error de hecho y error de Derecho y dividen el error de la siguiente manera:

A) ERROR DE TIPO.- Es el error que verse sobre elementos típicos de la figura o de la justificante

Cuando en unos acontecimientos concreto el agente no tuvo la normal valoración de los elementos fácticos concurrentes, que permiten el

conocimiento de la adecuación de la conducta a la hipótesis abstracta del hecho, plasmada en un precepto legal³⁵

b) Error de Prohibición.- Es aquel en el que existe discrepancia valorativa entre el sujeto y el legislador originada por la ignorancia o desconocimiento de la Ley y por ende de la norma implícita en él tipo penal.

Por lo que respecta al error de tipo y de prohibición explicados, nuestro Código señala en el artículo 33 en su fracción VIII inciso a) establece que el delito se excluye cuando se realice la acción o la omisión bajo un error invencible: A) sobre algunos de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea por que el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o por que crea que esta justificada su conducta.

3.11 INCULPABILIDAD EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

Tal como ya ha quedado establecido, el delito como conducta se manifiesta en un hacer o en un no hacer, tanto la actividad como la inactividad; son susceptibles de adoptar una forma culposa o una forma dolosa, pero en ambos casos esta presente un acto exclusivo y voluntario de la persona física. Encontrando su diferencia en el contenido de la voluntad que puede ser de dolo o de culpa. De ahí que nuestro actual texto penal, en el artículo 14 establezca la definición legal de culpa, enunciándolo “ Obra

³⁵ Jiménez Huerta, Derecho Penal Mexicano I Ed Porrúa. México 1972 p. 38.

culposamente quien produce un resultado típico que no previo siendo previsible 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...” Esta definición señala que el reproche culpable operara atendiendo a la inobservancia del deber que corresponde al agente, de acuerdo con sus personales condiciones y circunstancias, habida cuenta que nadie esta obligado a lo imposible.

No obstante lo anterior encontramos el aspecto negativo de la culpabilidad que consiste en la inculpabilidad, la cual equivale a la ausencia de culpabilidad y constituye una causa de inexistencia del delito que se caracteriza por la presencia del error en cuanto a la naturaleza del acto cometido o coacción para ejecutar el acto no querido, siendo este antijurídico y legalmente descrito por la ley penal.

Cuando el agente posee conciencia de la ilicitud de su conducta y realiza ese acto antijurídico, ello trae como efecto necesario la reprochabilidad hacia tal sujeto, a que existen los dos elementos configurativos de la culpabilidad: el intelectual y el volitivo, pero cuando estos no se dan surge entonces la inculpabilidad. Nuestro actual Código Penal establece en el artículo 33 fracción VIII inciso a) y b) que el delito se excluye cuando se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

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

Así como se establece también como causa de inculpabilidad lo establecido en el Art. 33 del código penal actual en su fracción IX de manera textual dice. “Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho, esta fracción hace referencia a la **inexigibilidad de otra conducta**.- Lógicamente, el sujeto para ser culpable previamente se debe determinar su capacidad de culpabilidad o imputabilidad y la conciencia de la antijuridicidad del hecho, satisfechas estas dos condiciones debe de examinarse, en el caso concreto, si le era exigible al agente una conducta apegada a derecho, y con tales elementos se materializa la culpabilidad de la formula “ poder en lugar de ello “

| Nuestro ordenamiento penal, se inclina por reconocer la inculpabilidad tratándose del error de tipo, esto es, se parte de la distinción entre error de hecho y error de derecho. Se reconoce el error de prohibición, lo cual implica ir en contra del principio que se encontraba establecido en nuestro anterior ordenamiento penal siendo el de “ LA IGNORANCIA DE LA LEY A NADIE APROVECHA”.

CAPITULO IV

LA PUNIBILIDAD

4.1 NOCION DE PUNIBILIDAD

Algunos Autores opinan que es la situación en que se encuentra quien por haber cometido una infracción delictiva, se hace acreedor a un castigo, sin embargo existen circunstancias que aun dándose la infracción penal y el autor de la misma, este no puede ser castigado por razones previamente determinadas por el legislador y que son conocidas como Excusas Absolutorias

A la Punibilidad se le ha definido de muy diversas maneras así el maestro Fernando Castellanos nos dice que es el merecimiento de una pena, es la calidad de una conducta que se hace merecedora a una pena, también se ha dicho que es la conminación estatal de imposición de sanciones penales, o bien dicho la aplicación fáctica de las penas.³⁶

Otros autores consideran que la punibilidad consiste en el merecimiento de una pena que va de una máximo a un mínimo o con el merecimiento de una pena en función de la realización de la conducta.

Así las sanciones tienen por objeto proteger los bienes jurídicos de mayor jerarquía, aquellos que aseguran en la convivencia social y la estabilidad de las instituciones y donde no exista otro medio jurídico mas practico para su salvaguarda..

³⁶ Castellanos Op. Cit. Supra (1) p. 275

El Ius Puniendi o derecho que irroga del estado para castigar (sancionar) los delitos, asegura el orden social y la estabilidad propia del Estado.

Es importante así mismo establecer una distinción entre punibilidad, punición y pena, para así tener un mejor manejo de dichos términos.

- Punibilidad.- Es la amenaza de una pena que contempla la ley, para aplicarse cuando se viole la norma jurídica penal. La sanción o sanciones que el legislador prevé para cada tipo penal.
- Punición.- Consiste en determinar la pena exacta al sujeto que ha resultado responsable por un delito concreto que haya cometido
- Pena.- La restricción o privación de derecho que se impone al autor de un delito, implica un castigo para el agente y una protección para la sociedad.

4.2 LA PENA

La pena en Strictu sensu, es la determinación de la sanción que el juez impone al culpable en su sentencia, por lo que tiene relación estrecha con la facultad que la ley le concede al juez para ejercer su arbitrio y decidir la individualización

Así podemos estar hablando de algunos modelos para orientar la determinación o individualización de la pena, y son los siguientes.

1. Criterio de Peligrosidad. - La individualización debe apoyarse en la medida de culpabilidad. acerca de la peligrosidad del individuo, la sanción será referida en forma fundamental al hecho delictivos imputado, si no a la peligrosidad del autor,, la que será apreciada por el juzgador, de tal manera que prejuicios políticos, raciales, económicos, entre otros, pueden influir mas que el propio hecho delictivo.
2. El criterio de culpabilidad, la necesidad de que la culpabilidad tenga a su consecuencia punitiva limites precisos, es en sí una garantía al individuo. La pena no debe fundamentarse ya mas en la culpabilidad, si no que esta solo operara como limites de su máximo.

4.3 FINES, CARACTERÍSTICAS Y FUNDAMENTOS DE LA PENA

Aceptadas la fundamentacion y la necesidad del orden jurídico, se han elaborado numerosas doctrinas para servir de justificación a la pena:

1. Teorías Absolutas.- Para estas, la pena carece de una finalidad practica, se aplica por exigencia de la justicia absoluta,, si el bien merece el bien, el mal merece el mal. La pena es entonces, la justa consecuencia del delito cometido y el delincuente la debe sufrir, ya sea a titulo de reparación o de retribución por el hecho ejecutado, de ahí que estas orientaciones absolutas, a su vez se clasifiquen en reparatorias y retribucionistas.

2. Teorías relativas.- A diferencia de las doctrinas absolutas consideran la pena como fin, las relativas la toman como un medio necesario para asegurar la vida en sociedad, esto es, asignan a la pena una finalidad en donde encuentra su fundamento.
3. Teorías Mixtas.- Estas teorías mencionan que si bien la pena debe aspirar a la realización de los fines de utilidad social y principalmente de prevención del delito, también no se puede prescindir en modo absoluto de la idea de justicia, cuya base es la retribución, pues la realización de la justicia es un fin socialmente útil y por eso la pena, aun cuando tienda a la prevención, ha de tomar en cuenta aquellos sentimientos tradicionales hondamente arraigados en la conciencia colectiva, los cuales exigen el justo castigo del delito y dan a la represión criminal un tono moral que la eleva y ennoblece.

Por tanto podemos concluir que la punibilidad es el merecimiento de pena, conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales y aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley.

Las penas tienen las siguientes características.

1. **Intimidatorias**.- Significa que debe preocupar o causar temor al sujeto para que no delinca
2. **Aflictiva**.- Debe causar cierta afectación o aflicción al delincuente, para evitar futuros delitos

3. **Ejemplar.-** Debe ser un ejemplo a nivel individual y general para prevenir otros delitos.
4. **Legal.-** Siempre debe provenir de una norma legal, previamente debe existir la ley que le da la existencia. Es lo que se traduce en el principio de legalidad.
5. **Correctiva.-** Toda pena debe tender a corregir al sujeto que comete un delito.
6. **Justa.-** La pena no debe ser mayor ni menor, si no exactamente la correspondiente en medida al caso de que se trata. tampoco debe ser excesiva en dureza o duración, ni menor, sino justa

Por lo que respecta a los fines, la pena debe cumplir con los siguientes:³⁷

- **De corrección.-** La pena, antes que todo, se debe lograr corregir al sujeto; actualmente se habla de readaptación social
- **De protección;** Debe proteger a la sociedad, al mantener el orden social y jurídico
- **De intimidación;** Debe atemorizar y funcionar de modo que inhiba a las personas para no delinquir.
- **Ejemplar.-** Debe ser una advertencia y amenaza dirigida a la colectividad.

³⁷ Irma Griselda Amuchategui Requena. Ed. Harla. México 1993. p. 209

4.4 PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD ESTABLECIDAS EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN NUESTRO ESTADO

Como ya ha quedado establecido, la pena en Strictu Sensu, es la determinación de la sanción que el juez impone al culpable en su sentencia, por lo que tiene relación estrecha con las facultades que la Ley le concede al juez para ejercer su arbitrio y decidir la individualización. Encontramos que en Nuestro actual Código Penal Establece en su artículo 38: “Por la comisión de los delitos descritos en el presente Código solo podrán imponerse las penas siguientes:

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

También se establece en el Actual Código Penal, en que consiste cada una de las penas; así encontramos que la prisión, consiste en la privación de la libertad personal, en la institución penitenciaria que el Ejecutivo del Estado

designe, Su duración podrá ser de diez días a cuarenta años. El trabajo a favor de la comunidad, es la prestación de servicios no remunerados, en instituciones asistenciales privadas; la semilibertad condicionada, consiste en alternar periodos de libertad con periodos de prisión; no así la sanción pecuniaria que consiste en la multa o reparación del daño; el decomiso es la pérdida de la propiedad o de la posesión de los instrumentos u objetos del delito a favor del Estado, la suspensión se refiere a la pérdida temporal de derechos, funciones, cargos, empleos o comisiones que se estén ejerciendo. La privación de derechos estriba en pérdida definitiva, la destitución se refiere a la separación definitiva de las funciones, cargos, empleos o comisiones publicas que se estén ejerciendo. La inhabilitación implica una incapacidad legal temporal o definitiva para obtenerlos y ejercerlos. Se aplicara cuando el tipo penal así lo provea y finalmente, el Tribunal, tomando en cuenta las circunstancias del delito y las propias del delinciente. Podrá disponer que este no vaya a una determinada circunscripción territorial o que no resida en ella. Su duración será de seis meses a seis años, en su caso, la ejecución comenzara a partir de que sea compurgada la pena de prisión impuesta³⁸

Así dentro del artículo 89 Del Código penal Actual se encuentran establecidas las medidas de seguridad, recordando que estas se diferencian de las penas, en que las medidas de seguridad carecen de carácter aflictivo alguno e intentan evitar de modo fundamental nuevos delitos, las medidas de seguridad que se podrán imponer son:

I.- Tratamiento de inimputables

II.- Deshabitación

³⁸ Código Penal del Estado de Guanajuato p52-58

III.- Tratamiento psicoterapéutico integral.

IV.- Las demás que las leyes señalen.

4.5 LA PUNIBILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO

Aun se encuentra en discusión si la punibilidad posee o no el rango de elemento esencial del delito

Por su parte algunos autores dicen que la punibilidad si es elemento esencial del delito, tal es el caso del Tratadista Porte Petit, que dice que para nosotros que hemos tratado de hacer dogmática sobre la ley Mexicana, procurando sistematizar los elementos legales extraídos del ordenamiento positivo, indudablemente la punibilidad es un elemento del delito por que en su definición exige explícitamente la pena legal, quien posteriormente llego a la conclusión de que la punibilidad no es un elemento, si no una consecuencia del delito. Por su parte Carranca, al hablar de las excusas absolutorias afirma que tales causas dejan de subsistir el carácter delictivo del acto y excluyen solo la pena, por lo tanto de esto se infiere que para el la punibilidad no es un elemento esencial del delito, pues si faltan las excusas absolutorias del delito quedaría inalterable. Par Trujillo, la pena es la reacción de la sociedad o el medio en que esta se vale para tratar de reprimir el delito.³⁹

La punibilidad no adquiere el rango de elemento esencial del delito, por que la pena se merece en virtud de la naturaleza del comportamiento. Una conducta es sancionada cuando se le califica como delito, pero no es delictuosa por que se le sancione penalmente.

³⁹ Castellanos Op. Cit supra (1) p. 276

Actualmente la mayoría de los penalistas consideran a la punibilidad como una consecuencia del delito.

4.6 AUSENCIA DE PUNIBILIDAD

La ausencia de punibilidad se da cuando existen excusas absolutorias, esto forma el aspecto negativo de la punibilidad. Las excusas absolutorias se consideran como aquellas causas que dejando subsistente la ilicitud del hecho impiden la aplicación de la pena. Las excusas absolutorias, dejan firme la definición del delito y solo eliminan las penas.

4.7 EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Como ya ha quedado establecido, el legislador señala a cada delito la pena que para los fines de prevención general considera necesaria para lograr la protección del bien jurídico que se pretenda, es decir son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena, aquellas conductas que el Estado no sanciona por razones de Justicia o de Equidad, de acuerdo con una prudente política criminal.

Nuestro actual Código Penal contempla entre otras las siguientes Excusas Absolutorias.

➤ Art. 155. - El homicidio y lesiones culposas cuando el sujeto pasivo sea cónyuge, concubinario o concubina, ascendiente o

descendiente en línea recta, hermano o pariente por afinidad hasta El segundo grado, adoptante o adoptado del activo.

► Art. 163. - El aborto sea causado por culpa de la mujer embarazada ni el procurado o consentido por ella cuando el embarazo sea resultado de una violación.

► Art. 196. - Cuando la cuanta de lo robado no exceda de veinte días de salario mínimo general vigente en el Estado en la fecha de los hechos y el activo repara voluntaria e íntegramente el daño.

CAPITULO V

ANÁLISIS JURÍDICO DEL TIPO PENAL DE TRAFICO DE MENORES EN EL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO

5.1 Análisis jurídico del tipo penal de tráfico de menores en el código penal del estado de Guanajuato.

Ahora bien nos toca hacer un análisis del delito de tráfico de menores, como lo establece Nuestro Código Penal Vigente en nuestro Estado dentro del Art. 220 y expresa

Art. 220. - A quien con el consentimiento de quien ejerza la patria potestad o tenga a su cargo a un menor, injustificadamente lo entregue a un tercero a cambio de un lucro, se le aplicara de tres a nueve años de prisión y de cincuenta a doscientos días multas. Las mismas penas se aplicaran a quienes otorguen el consentimiento, al tercero que reciba al menor y a quien lo entregue directamente sin intermediario.

Si la entrega se hace sin consentimiento o se hiciere para la explotación del menor o con fines reprobables, la pena será de cuatro a diez años de prisión y de cien a trescientos días multa

Si la entrega del menor se hace con la finalidad de incorporarlo a un núcleo de familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación, se aplicara a los intervinientes de seis meses a dos años de prisión y de veinte a cincuenta días multa.

Además de las sanciones señaladas podrá privarse de los derechos de patria potestad, tutela o custodia según sea el caso.

El ministerio Publico o el tribunal tomaran las medidas cautelares que estimen pertinentes en beneficio del menor.

Corresponde analizar los elementos descriptivos que contiene la figura típica de tráfico de menores, con la finalidad de comprender los alcances de los conceptos legales que de su composición se derivan.

Enseguida se definirán los elementos descriptivos del tipo penal, iniciando con el tipo básico contenido en el párrafo primero y enumerando los tipos subordinados que contienen los siguientes párrafos:

5.1.1 Agentes activos del delito

En primer lugar el tipo penal establece con claridad, la exigencia de la intervención necesaria de tres sujetos que tendrán que inmiscuirse en tal ilícito para colmar el tipo penal, el primero de ellos es el sujeto activo común primario, común secundario y el sujeto activo calificado

5.1.1.1 Sujeto activo Común Primario

El primero de ellos como sujeto activo común primario, A quien que obtiene el consentimiento de quien ejerza la patria potestad o bien que tenga a su cargo a un menor, a cambio de un beneficio económico, este sujeto como al no establecer el tipo, las características que deberá reunir al no establecer ninguna calidad específica, se entiende que puede ser cualquier persona quien cometa el ilícito.

De acuerdo con el tipo penal, este sujeto activo es la persona que obtiene el consentimiento por parte de quien ejerza la patria potestad o tenga a su cargo al menor, para entonces entregarlo a un tercero, siendo imprescindible la intervención de este sujeto activo pues, como lo establece la propia ley, en el sentido que si faltase algún elemento no habrá delito.

Al analizar el caso que se da en la realidad, se podrá determinar el grado de participación en que intervienen cada uno de los tres sujetos, puesto que se puede dar el caso en el que, si primeramente el que ejerza la patria potestad o tenga a su cargo al menor es quien le pida primero al intermediario para que lo entregue a un tercero, o bien que el intermediario induzca a que se de el consentimiento al que ejerza la patria potestad para poder dar al menor a un tercero o caso contrario, que el tercero busque al intermediario para que obtenga el consentimiento de quien ejerza la patria potestad o tenga a su cargo al menor y se lo entregue.

5.1.1.2 Sujeto Activo Común Secundario

La figura típica implica a otro a otro sujeto activo común, que es quien recepta al menor por parte del “intermediario”, es el tercero que recibe al menor del sujeto activo primario en forma ilegítima, para su custodia definitiva, también es sujeto activo común, dado que el tipo penal no exige ninguna calidad personal para la comisión del delito y por lo tanto puede ser cualquier individuo el que puede cometer el ilícito.

5.1.1.3 Sujeto activo calificado.

El Tipo penal hace el señalamiento respecto a un sujeto activo calificado al que se le exige como requisito para su calificación, el que ejerza la patria potestad o tenga a su cargo al menor, injustificadamente lo entregue al intermediario, para que este a su vez lo entregue al tercero.

Por patria potestad se entiende como el poder que los ascendientes ejercen sobre la persona y bienes de sus descendientes menores de edad hasta que estos llegan a la mayoría de edad

Por lo que hace al sujeto que tiene a su cargo la custodia del menor, el tipo establece a quien tenga a su cargo a un menor, por lo tanto es sujeto activo aquella persona que lo tenga bajo su cuidado y trafique con el menor, entendiéndose entonces por custodia la guarda o vigilancia que ostenta un individuo sobre otra para su beneficio y cuidado.

La relación que se da entre el tutor y la persona que tienen incapacidad natural y legal, o sin esta última, para gobernarse por sí mismo, por lo que el sujeto activo calificado requiere el tipo penal es el tutor del menor.

5.1.2 presupuesto de la conducta del sujeto activo común primario.

Tener el consentimiento de quien ejerza la patria potestad o tenga a su cargo a un menor.

5.1.3 Modalidad de conducta del sujeto activo común primario.

Del dispositivo penal se advierte una modalidad en la conducta del sujeto activo primario, la que consiste en que este sujeto injustificadamente lo entregue a un tercero a cambio de un lucro..

5.1.4 Finalidad

La finalidad será tanto para el sujeto activo primario y el sujeto activo calificado obtener un beneficio económico a través de la comercialización del menor y entregar al menor a un tercero. Que el destino del menor sea para

que el tercero lo tenga para su custodia definitiva, guarda y vigilancia, entonces, la finalidad del sujeto activo primario “intermediario” es su conducta realizar la entrega del menor a cambio de un beneficio económico, siendo el ánimo de lucrar por la entrega del menor, con el propósito de acrecentar su patrimonio en forma ilegítima.

5.1.5 Modalidad de la conducta del sujeto activo común secundario.

El tercero además de recibir al menor, debe presentar una finalidad en su recepción, el cual ya sea para la explotación del menor o con fines reprobables, o el de incorporarlo a un núcleo familiar, entendiéndose entonces por la explotación el sacar provecho para beneficio personal a costa de otro en este caso del menor y con fines reprobables que se ponga al menor en peligro su dignidad y persona y que estos actos sean considerados una conducta perjudicial para la sociedad y al menor mismo. , Y en cuestión de incorporarlo a un núcleo familiar este se entiende una familia constituida por los padres y los hijos, el cual la finalidad será la de integrarlo a ese núcleo familiar el cual se pretende.

5.1.6 Modalidad de la conducta del sujeto activo común calificado

La modalidad que se requiere en la conducta del sujeto activo calificado, del agente que ejerza la patria potestad o tenga a su cargo a un menor, debe haber el pleno consentimiento de su parte, para que el menor sea entregado por el sujeto activo primario (intermediario) al tercero,, que como finalidad tiene quien otorga el consentimiento, el deshacerse del menor, con la posibilidad de tener o no un beneficio económico, ya que también puede decirse también que se obtiene un beneficio al no realizar los gastos de

manutención y alimentación del menor, que teniendo al menor en su hogar hubiera tenido que realizarlos, implicando con ello la disminución de sus gastos al no poseer Al menor

El sujeto activo calificado, realiza una manifestación unilateral de voluntad positiva que revela el propósito de que el menor sea entregado por el sujeto activo común primario al tercero, ya sea para la explotación del menor o para incorporarlo a un núcleo familiar

El consentimiento puede ser manifestado de manera expresa o tácita, la voluntad afirmativa es expresa, cuando el propósito se exterioriza oralmente, por escrito y aun cuando se realice alguna conducta que exprese que se entienden como positiva, el consentimiento podrá ser tácito cuando el agente calificado de la conducta típica exteriorice de manera indubitable el propósito de entregar al menor, permitiendo la entrega del menor al intermediario, mediante actos no expresos pero que hagan sobrentender la permisión a dicha entrega.

Atendiendo al párrafo segundo del artículo en cuestión, previene que puede no haber el consentimiento o se hiciera para la explotación del menor con fines reprobables, por parte de uno de los sujetos activos calificados ya mencionados, aumentándose así la pena hasta unos años más de la ya prevista en el párrafo inicial.

5.1.7 Sujeto pasivo

El sujeto pasivo es la persona a quien se le vulneran sus bienes jurídicos tutelados y mediante esta conducta típica su seguridad, pero también al

menor se le afecta su libertad directamente, ya que tiene la calidad de persona sujeta a derecho, reuniéndose así ambos bienes jurídicos, por una parte se tutela a la familia y por otra parte a la libertad, así como los derechos y obligaciones que el seno familiar adquiere

Determinando en consecuencia que el menor es el sujeto pasivo de la conducta, por ser el objeto en quien recae el daño directamente, considerándose como titular del derecho violado,

Aquí sería muy importante detallar cual sería el bien jurídico mas afectado conforme al nuevo Código penal, mismo que considera a la libertad y seguridad de los menores, el orden familiar y así como, la filiación y el estado civil.

El delito de trafico de menores pretende frenar conductas consistentes en el cambio de situación de la esfera de derechos del menor, a través de su comercialización de que es objeto, por una parte reprime la conducta significativa en la comercialización del menor con propósito de lucro y aun sin él, Lesionando el orden familiar del menor, la libertad y sobre todo seguridad del propio menor.

La prohibición que a la conducta se le hace, tiene la finalidad de evitar la afectación de la esfera jurídica del orden familiar, así como la afectación de la libertad y la seguridad del menor.

De tal modo que la figura típica relativa al Trafico de Menores, comprende a todos estos valores jurídicos una protección a la libertad del

menor como derecho natural del que goza el hombre y la repercusión del orden familiar que trae como consecuencia la salida del menor de su núcleo familiar

5.1.7.1 El bien Jurídico de la Libertad.-

La libertad que penalmente se tutela abarca la psíquica o de determinación. Así como las físicas o de movimientos, sancionando la conducta en los delitos tipificados de los diversos códigos punitivos, estableciéndose así dada la afectación del bien jurídico de libertar en sus diversos grados

El sujeto de derecho es la persona humana a la cual es posible imputarle obligaciones jurídicas y concederle derechos subjetivos, de entre los cuales se encuentran la libertad

Difícil es definir hasta que punto termina nuestro derecho a la libertad, si por el solo hecho de nacer, como inherente al género humano y como parte de su naturaleza, Nuestra constitución ya nos otorga esa garantía de libertad y donde ella misma nos puede cortar ese derecho.

Jiménez Huerta establece “ la libertad se da en la vida humana, específicamente y de un modo especial. La ley de la naturaleza no es la libertad sino la necesidad”⁴⁰

La libertad podría definirse como la posibilidad de elegir, de optar en nuestras relaciones interpersonales surgidas en la vida privada y social, y esa libertad a la que somos acreedores, nos puede ser restringida al afectar la

⁴⁰ Jiménez Huerta, Mariano. Derecho penal Mexicano. T III Edit. Porrúa Mexico Pag. 117

libertad de otro ser humano. Esta Posibilidad es atributo de la persona y no presupone capacidad de entender sino al respecto mismo de las demás personas

La libertad de los seres humanos, en sus relaciones interpersonales es tutelada penalmente, aun antes de que adquieran aquellas condiciones psíquicas que les habiliten para consentir y decidir.

El derecho a la libertad subsiste en toda persona, de cualquier edad, sexo, condición, como derecho a no sufrir otras limitaciones que las que se deriven y nos impongan la propia ley, y que muchas veces se vulnera ese derecho por quienes tienen potestad sobre una persona por razón de parentesco, de tutela o de custodia.

5.1.7.2 El Bien Jurídico de Seguridad

Como principal objetivo del estado es brindar a los gobernados, entre otros, la garantía de seguridad jurídica, en la que no podemos poseer una libertad plena sin antes no tener la seguridad de que podemos ejercer nuestros derechos, por esto, nuestra Constitución al brindarnos todo tipo de seguridad, tan es así que, al momento de nacer ya obtenemos derechos y quienes están obligados a que cuiden los derechos del menor son primeramente los padres, a quien el estado ha encomendado.

Es por ello que el estado debe castigar con mas severidad y eficacia a través de los tipos penales que den lugar a la posible evasión de la justicia, y penas más severas con que se castiguen a quienes violan los derechos

primordiales de los menores, puesto que si no se tiene la seguridad en nuestro núcleo familiar, es difícil que pueda darse protección y cuidado en otro seno familiar.

5.1.7.3 Bien Jurídico Preponderante.

Se ha dicho que la figura típica de tráfico de menores, participa de tres tutelados valores jurídicos: La libertad, el orden familiar y la seguridad, por tanto es importante determinar cualquier bien jurídico que es el que tiene preponderancia en este dispositivo penal.

De tal manera se puede pensar que al menor se le afecta su libertad física, por otra parte de aquellos involucrados en la tráfico del infante, pero también se lesiona a la institución familiar al agredir a unos de sus componentes. Se considera que el bien jurídico de libertad, lo que se afecta con la conducta, es aquella restricción a la libre disposición del ser humano por sí mismo, lo antijurídico de este tipo de conductas lesivas.

El menor es considerable apto como persona sujeta a derechos, se le es capaz de imputarle obligaciones y derechos subjetivos, de entre los cuales puede gozar el bien jurídico de libertad, pero ¿hasta qué grado de desarrollo psíquico y físico el menor tiene conciencia de sus valores fundamentales?, difícil es responder a este cuestionamiento. Sin embargo, la libertad civil de los menores incapaces existe y es tutelada penalísticamente aun cuando no tengan capacidad de obrar, y la voluntad de sus legítimos representantes es inoperante para invertir de legitimidad los actos que afecten su inminente libertad.

Entonces, por lo que respecta a la figura típica del Tráfico de Menores, tiende a evitar conducta que tenga como finalidad “comercializar” con él menor, en la que incluso existe la participación de aquellos sujetos que tienen el deber y la obligación del cuidado del infante, sujetos que tienen una relación familiar directa, los cuales se deshacen del menor y de las obligaciones de índole familiar que por naturaleza deben proporcionar y al disponerse del infante como si fuese un objeto cualquiera, le privan e impiden de sus derechos susceptibles en su ámbito familiar y la primordial libertad del mismo cuando es objeto de “enajenación”.

Cabe destacar que también se puede realizar la “venta” del menor, la entrega sin aquellos que tienen el deber y obligación para con su cuidado del menor, la entrega sin el consentimiento de los que ejercen la patria potestad o tengan a su cargo la custodia sobre el menor; poniéndose así de manifiesto la mayor relevancia del bien jurídico de la libertad, no obstante que operando ésta conducta se actualice una afectación al núcleo familiar del infante, como consecuencia necesaria de la salida del menor del seno familiar.

Por lo anterior en notoria despersonalización del menor al ser el blanco de ataques que lesionan su libertad, actuándose con la moralidad de “comercialización”, de tal modo que el valor tutelado con dispositivo penal prohibitivo; fundamentalmente se manifiesta en la protección de la libertad del infante como derecho natural del hombre y su consiguiente repercusión en el orden familiar, debiéndose ubicar el delito de Tráfico de Menores, en el Capítulo de ilícitos que tutelan la libertad y seguridad de las personas.

5.1.8 La conducta

La conducta que exige el tipo penal, se constituye en la entrega ilegítima del menor a un intermediario para que este lo entregue finalmente a un tercero

La entrega del menor debe ser física, debe ser ilegítima, debe ser antijurídica. El menor debe ser retirado de su ámbito familiar, de su seno familiar, para incorporarlo a una situación distinta a la cual gozaba en su ámbito familiar, poniéndose al menor en disposición del tercero a cambio de un lucro o para la explotación del menor con fines reprobables o para incorporarlo a un núcleo familiar distinto al suyo.

5.1.9 Modalidad temporal de la conducta

Para la comisión del delito es necesario que la conducta delictiva se realice cuando el sujeto pasivo de la conducta sea menor de edad, La modalidad temporal esta sustentada en la edad del menor, y para la comprensión de esta, es necesaria remitirnos a

La legislación civil, donde obtenemos que menor de edad comprende desde el nacimiento hasta cumplir la edad de dieciocho años, en el cual se supone que la persona ya obtuvo la condición de desarrollo físico y mental para determinarse por si solo, y hasta no cumplir con la mayoría de edad esta persona podrá ser sujeto pasivo de este delito.

Se podrá decir que en este ilícito cuando el sujeto pasivo aun no haya cumplido la mayoría de edad que se presenta a los dieciocho años, se encuentra bajo la patria potestad de sus padres y que tampoco podrá ser objeto de tráfico, al menor emancipado que haya contraído nupcias.

En nuestra legislación mexicana es variable la edad por la que se puede entender como minoría de edad, existe incluso variación de una entidad federativa a otra y en materia civil, penal, laboral, etc. Existiendo jurisprudencias que para unos delitos que se involucren a menores de edad, se requiere la edad de siete años, para otros delitos se requieren de doce años de edad, lo que significa un problema determinar lo que se entiende por menor de edad e infante que recibe este nombre quien es menor de siete años

Lo correcto estaría en que la legislación se asentara claramente la edad limite en el que se pudiera entender como menor de edad, ya que si cambiaran la palabra de menor de edad por la de infante se desprotegerían entonces a los mayores de siete y menores de dieciocho años de edad en que esta puede ser “comercializado”, limitándose así la modalidad temporal hasta cumplir la mayoría de edad de dieciocho años.

5.1.10 Modalidad Normativa.

La modalidad normativa que contiene esta figura típica, se expresa en la entrega “injustificadamente” que del menor se hace a un tercero a cambio de un lucro o beneficio económico. Esta frase constituye a la antijuridicidad de la conducta. La entrega del menor a cambio del beneficio económico pugna con los intereses sociales, contrasta con los deberes sociales y familiares, el tipo implica la conducta de un “no hacer”, es decir, no traficar con un menor, transportarlo a una situación diferente de la cual goza desde su nacimiento con aquellos que tienen el deber y la obligación de su cuidado, cambio de situación que el sentir social pretende evitar.

5.1.11 Modalidad de la Culpabilidad

La forma de culpabilidad que el precepto acepta, es únicamente la actuación dolosa, donde esta forma de culpabilidad se obtienen de la conducta que realizan los partícipes del delito.

Existiendo entre el sujeto activo primario (intermediario), el tercero que recibe al menor y en ciertos casos, del sujeto activo calificado que ejerce la patria potestad o del que tiene a su cargo al menor, el mismo propósito de querer la conducta y además el resultado, que se traduce en que el menor se quede con el tercero para su explotación o para incorporarlo a un núcleo familiar distinto al suyo.

Los sujetos que intervienen actuando con el propósito de traficar con el menor, ponen de manifiesto su voluntad en la perpetración de la conducta. Los individuos desean la conducta criminosca, es el querer del sujeto que entrega al menor a cambio de un beneficio económico y la voluntad de recibir al menor por parte del tercero. Todos participan de voluntaria intención de realizar el hecho típico

5.1.12 Resultado de la conducta

El resultado de la conducta como una afectación a los bienes jurídicos que se tutelan ocasionando un daño en el orden familiar, una disminución en el grupo familiar, provocado por la salida del menor del ámbito que pertenece, además de la libertad y seguridad del menor

La penalidad que se impone en el párrafo primero solo la refieren al sujeto activo primario, y al sujeto activo común (tercero) que recibe al menor y al que otorgue el consentimiento en el tipo delictivo, haciendo énfasis

que para determinar la participación de los sujetos que intervienen, se podrá determinar cuando se de el caso concreto en la realidad. En este párrafo no admite libertad provisional

5.2 Tipo subordinado atenuado.

El tipo legal contiene una penalidad disminuida en la conducta criminosa del tráfico de menores en el párrafo tercero, atenuando la pena

Esta conducta subordinada que establece el párrafo tercero, requiere que la entrega del menor sea su finalidad de incorporarlo a un núcleo familiar, no debe existir el animo de lucro por la entrega del menor, que no exista la voluntaria decisión de obtener una suma determinada de dinero, no debe subsistir el animo de comercialización del menor por lo que admite libertad provisional en los términos del artículo 387 del código de procedimientos penales en el estado de Guanajuato

Contiene Un privilegio punitivo que se aplicara cuando el receptor del menor acredite que fue con motivo de incorporación a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación, donde según el legislador, denota una mínima alteración al orden jurídico, donde ya no se maneja el móvil de lucro si no mas bien humanitario, aunque no por esto deje de vulnerar los derechos propios del menor como sujeto activo y el mismo orden familiar.

5.3 Tipo Subordinado Agravado

El párrafo Segundo del dispositivo penal, contempla un tipo subordinado agravado, planteando hasta mas de la penalidad que establece el primero es decir de cuatro a diez años de prisión y de cien a trescientos días multa. , para

los sujetos activos del párrafo inicial, revelando alta peligrosidad y violentando dolosamente el orden familiar, la libertad de menor y su seguridad,, no admitiendo la libertad provisional y como en todos los párrafos del delito su forma de persecución es de oficio.

5.4 Pena Accesorias

El párrafo cuarto, plantea penas adicionales, de privación de derechos de patria Potestad, tutela o custodia, respectivamente, la cual solo debe de aplicarse de acuerdo a la redacción del tipo penal, a los sujetos que otorgan el consentimiento y se encuentran ejerciendo la patria potestad o tengan a su cargo la custodia del menor aunque esta no haya sido declarada.

Así es criticable la estructura de la sanción que aquí se contempla, supuestos que quienes son sujetos a la pérdida de derechos que se precisan, son únicamente el que ejerce la patria potestad y el tutor, respecto a la privación de la custodia que no ha sido declarada, no se le puede aplicar tal sanción adicional, puesto que no le ha sido declarada legítimamente, por tal motivo, el agente activo no puede perder un derecho que todavía no se goza al momento de entregar al menor

Así la privación de los derechos de patria potestad o de tutela, se entiende como la pérdida definitiva del ejercicio de estas instituciones privándoseles del poder que ejerzan sobre el menor que es objeto del delito.

Ahora siguiendo con el siguiente punto pasaremos a ver los que corresponde a la jurisdicción y parte importante de esta tesis

5.5 Concepto de Jurisdicción.

La palabra Jurisdicción el cual etimológicamente derivada del latin IUS= Derecho y de DICERE= aplicar por lo tanto la palabra jurisdicción etimológicamente significa “ aplicar el derecho” o “ aplicación del derecho”.

Ahora bien una de las definiciones que daremos de jurisdicción es la siguiente: es el poder que ejerce el Estado ordinariamente a través del poder judicial y que se traduce en la aplicación de la norma general al caso concreto para dirimir las controversias a través de una sentencia.

Así para Carlos Arellano García el significado gramatical propio al vocablo jurisdicción es considerado como el poder estatal para juzgar. Y a su vez en la acepción normal de la palabra “ Juzgar”, que procede de la expresión “judicare “ entendemos que es decidir una cuestiona como juez o arbitro.⁴¹

Rafael De Pina Vara, define a la jurisdicción como; “La potestad para administrar justicia atribuida a los jueces, quienes la ejercen aplicando las normas jurídicas a los casos concretos que deben decidir.”⁴²

⁴¹ Arellano García Carlos. Teoria General del Proceso . Ed. Porrúa. Ed. 4ª. México 1992. pag. 341

⁴² De pina Vara Rafael. Diccionario de Derecho. Ed. Porrúa. Ed. 17ª México 1889. Pag 175

En Virtud de lo anterior podemos concluir que la jurisdicción es una actividad aplicadora del derecho,, una aplicación de la norma general al caso concreto, atributo que le es conferido al estado a través de los órganos correspondientes, Por lo tanto la jurisdicción es la función con la que el Estado por medio de órganos especialmente instituidos (los tribunales) aplica la norma a cada uno de los casos que se le presentan en concreto.

Dentro del Poder judicial que en términos muy generales, la titularidad de sus órganos se encuentra ocupada por los jueces, se le atribuye la función jurisdiccional misma que se puede definir como “ el poder que tiene el estado y que normalmente lo desarrolla a través del poder judicial y que tiene por finalidad la aplicación de la norma general al caso concreto para resolver controversias a través de una sentencia.”

Se dice que este poder lo ejerce normalmente el poder judicial en virtud de que también el poder ejecutivo y el legislativo lo pueden aplicar, el ejecutivo a través de las juntas de conciliación y arbitraje para resolver controversias de índole laboral a través de un “ Laudo “ y también a través de intereses que se suscitan entre el estado y los particulares de índole administrativo y por lo que respecta al poder legislativo este ejerce función jurisdiccional en los llamados juicios políticos en donde las cámara de senadores se erige un gran jurado y la cámara de diputados se convierte en parte acusadora llevando a cabo un procedimiento en forma de juicio.

5.5.1 Elementos de la función jurisdiccional

La función jurisdiccional cuenta con cuatro importantes elementos. Y son

NOTIO.- Este elemento implica el poder que tiene el estado a través del poder judicial para conocer de las controversias que se susciten dentro de la colectividad.

VOCATIO.- Es la facultad que tiene el estado para convocar a las partes para que iluminen el punto de vista del juzgador a través de los medios de prueba y así este pueda dictar sentencia.

JUDITIO.- Se refiere a la facultad que tiene el estado para juzgar y así para resolver las controversias a través de una sentencia

COERTIO O EJECUTIO .- aquí nos referimos a la imposición forzosa de la resolución judicial, aun en contra de la voluntad de las partes.

5.5. 2 Clases de Jurisdicción.

Es importante mencionar que existen varias clases de jurisdicción, las cuales pueden ser Jurisdicción Contenciosa, Voluntaria y concurrente. De las cuales se hablarán a continuación:

Jurisdicción Contenciosa.- Esta existe cuando se tiene una controversia o un conflicto de intereses que es igual al pleito, se puede decir que esta clase de jurisdicción la encontramos cuando se resuelve el conflicto de intereses a

través de una sentencia y se encuentra aplicada por el poder judicial representado por los jueces.

Jurisdicción Voluntaria.- Esta clase de jurisdicción existe cuando no se tiene pleito alguno ni conflicto de intereses, pero la ley ordena que para acreditar un hecho o un derecho se tiene que acudir a la autoridad jurisdiccional y en lugar de obtener una sentencia se obtendrá una resolución judicial. Por ejemplo la adopción, divorcio voluntario, diligencias de apeo y deslinde.

Jurisdicción Concurrente.- En esta clasificación se le dará al titular del derecho la facultad de acudir ante la autoridad federal o ante la autoridad local, dada que ambas son competentes para conocer y decidir sobre las controversias que le sean planteadas.

Esta base jurídica de jurisdicción se encuentra dentro del artículo 104 Constitucional el cual a la letra dice “ Los tribunales de la federación conocerán de todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de las leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por México; Cuando dichas controversias solo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del distrito Federal.

5.6 COMPETENCIA DEFINICIÓN Y CLASES

La competencia es un concepto que va íntimamente relacionado con la jurisdicción, ya que esta ejercida por los jueces tanto federales como locales, teniendo a su vez limitaciones a sus funciones y a esta limitación se le conoce

con el nombre de “ competencia “ y por tal razón será también estudiada y para poder iniciar con este nuevo concepto primeramente debemos de definirlo

5.6.1 Definición de Competencia

Al querer dar una definición exacta de competencia debemos de mencionar las acepciones que se tienen según varios autores. Así según Eduardo Pallares competencia

“Es la porción de jurisdicción que se atribuye a los tribunales que pertenecen al mismo orden jurisdiccional.”⁴³

Otra definición es la que le da Manresa quien opina que competencias se debe entender a “ la facultad de conocer determinados negocios “. Así Carnelluti la define como “ La extensión del poder que pertenece o compete a cada oficio o componente del oficio “, en comparación con las demás definiciones este concepto según el significado de la palabra implica el concurso de varios sujetos, respecto de un mismo objeto que por lo tanto se distribuye entre ellos por consiguiente la competencias es el “Poder al oficio o al oficial considerado en singular y así explicamos la diferencia entre competencia y jurisdicción”.

También debemos de entender como competencia a una institución que limita la función jurisdiccional consistente en que “ un órgano judicial solo podrá conocer las controversias que específicamente la ley le señala.”

⁴³ Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Ed. Porrúa ed. 20ª México 1998 Pag. 114

5.6.2 CLASES DE COMPETENCIAS.

Respecto de lo que es competencia debemos decir que existen dos clases de competencia, la primera es la competencia objetiva y la segunda es la competencia subjetiva, la competencia objetiva que esta referida a los órganos del estado y la competencia subjetiva se refiere exclusiva a los titulares de los órganos del estado.

5.6.2.1 Competencia Objetiva

La primera clasificación se refiere al órgano del estado y esta comprendida por la competencia Federal, Local, por Cuantía por Grado, por Materia, por territorio y por prevención, de lo cuál hablaremos más adelante de cada una de estas

Competencia federal se encuentra dentro del artículo 124 de la constitución política de los estados unidos mexicanos que a la letra dice “ las facultades que no están expresamente concedidas por esta constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados”.⁴⁴Por otro lado este articulo hace manifestación de la división de competencias la federal y local determinando las facultades de cada una estas.

Por otra parte también el artículo 73 frac. XXI en su párrafo primero hace referencia de la facultad al congreso de la Unión para definir los delitos y faltas contra la federación determinando la facultad a este ordenamiento.

⁴⁴ Gutierrez Negrete Francisco, Derecho Procesal Penal , Universidad Lasallista Benavente

Por otro lado se encuentra otro precepto legal en el cual hace manifestación de las facultades reservadas a este ordenamiento siendo el artículo 50 frac. I de la Ley Orgánica del Poder Judicial señalando que delitos son de orden federal o excepcional siendo entonces que sólo le compete a este orden.

Competencia Local.- al igual que la competencia federal se encuentra dentro del artículo 124 de la Carta Magna haciendo mención que esta conocerá de lo que no se encuentre reservados a la federación y dentro de los preceptos legales mencionados, entonces por consecuencia el orden local o común conocerá de las facultades y delitos que no conozca el orden excepcional.

De todo lo anterior podemos deducir que cada una de las clases de competencia mencionadas tienen sus formas de aplicación tales como los códigos en materia federal (Código fiscal federal, código penal federal, código de comercio y otros) y en materia local tenemos leyes (Código penal del estado, código de procedimientos civiles en el estado, entre otros)

También tenemos mas clases de competencias derivadas de la competencia objetiva como podrían ser competencias por materia o por territorio. , por cuantía, por grado, por turno

- A) **Competencias Por Materia.-** Esta referida a las materias en que dividimos el derecho para su estudio y aplicación, Existen jueces en materia penal, civil, mercantil, laboral, administrativo, y fiscal. Se puede decir que la materia civil y

mercantil van juntas ya que un juez de lo civil puede conocer de ambas.

- B) **Competencia por Territorio.-** Aquí nos referimos a que se pueden conocer de ciertas controversias siempre y cuando sucedan dentro de un área territorial determinada, llamado partido Judicial
- A) **Competencia por Cuantía.-** Esta Clase de competencias se refiere al Quantum, es decir, a la cantidad de dinero que se está peleando o sea cuanto vale el negocio. Cabe mencionar que dependiendo de la cantidad conocerá del asunto el juez de partido o un juez menor, el valor se determina por el salario mínimo y esta en relación directa con lo que conocemos como “ suerte principal “
- B) **Competencia por grado.-** Aquí nos referimos a los grados de jerarquía que se encuentran y debido a esto podemos encontrar jueces superiores y jueces inferiores.
- C) **Competencia por Turno.-** Aquí nos referimos a un lapso de tiempo en el que algún órgano del estado está en función,, esto es que durante un tiempo determinado un juzgado o algún otro órgano del estado estará conociendo de las controversias nuevas que le sean de su conocimiento y al terminar su turno sigue otro órgano o juzgado y este conocerá de otras nuevas controversias, esta clase de

competencias puede ser determinada por tiempo o por numero de asuntos nuevos

- F) **Competencia por prevención.** Esta clase de competencia se refiere a que será competente el órgano del estado que primero conozca de algún asunto o controversia, del cual puede conocer dos o más juzgados

5.6.2.2 Competencia Subjetiva

Esta clase de competencia se refiere exclusiva a los titulares de los órganos del estado.

Esto es que el ser humano es el que contara con esta clase de competencia y será él quien sea el poseedor de ciertas funciones. Esto en virtud de que el ser humano es por naturaleza imperfecto y los funcionarios (jueces) no son la excepción.

La relación que tiene el juez con las partes pueden dar lugar a afectar a imparcialidad del juez (parentesco, amistad intima, amor, enemistad, odio, que haya sido representante de una de las partes antes de ser juez, entre otras cosas,) las cuales constituyen causas de impedimento personales que hacen incompetente al juez desde el punto de vista subjetivo.

De esta manera aparecen dos figuras, como son la excusa y la recusación que operan cuando un juez se encuentra inmerso dentro de alguna causa de impedimento establecido por la ley

- a) Excusa.- Figura Jurídica procesal que se traduce en la manifestación de voluntad de un juez que se encuentra impedido para conocer de un asunto determinado y encontrarse dentro de un acusa que la ley señala como impedimento, para que un juez conozca de un asunto.

- b) Recusación.- institución Jurídico Procesal que opera cuando un juez que se encuentra impedido no hace la manifestación correspondiente de su impedimento por lo tanto en tales circunstancias la ley le otorga a las partes esta figura procesal para evitar la imparcialidad del titular del órgano

5.7 LA IMPORTANCIA DE INCLUIR EL TIPO PENAL DE TRAFICO DE MENORES DENTRO DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL.

Dentro del siguiente punto se va a desarrollar el por que debe de ser considerado como un delito federal, y no solamente como esta contemplado en algunos códigos penales de algunos estados solamente, así como ya se habló anteriormente de los bienes jurídicos tutelados, podríamos empezar, en la protección constitucional del menor y la cual podríamos encontrar dentro del artículo 4to. Constitucional párrafo ultimo, concebido en los siguientes términos:

“ Es deber de los padre preservar el derecho de los menores, a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinara los apoyos a la protección de los menores a cargo de las instituciones publicas”⁴⁵

Ignacio Burgoa señala, que esta disposición consigna meras declaraciones cuya operativa practica depende de la legislación secundaria que establezca la manera de cumplir las obligaciones a favor de los menores, a cargo de los padres y de las instituciones especializadas, así como las sanciones que se puedan imponer por su incumplimiento y por referirse a los derechos de los menores, si justifica su rango constitucional como declaración dogmática de carácter social. La protección del menor ha sido así la motivación y soporte de varios ordenamientos secundarios en cuanto a su situación civil, penal, educacional, y laboral, por lo que para revestirla con mayor fuerza y responsabilidad, se eleva al rango mencionado ⁴⁶.

⁴⁵ México. Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁴⁶ Burgoa Orihuela Ignacio. Las Garantías Individuales Editorial Porrúa. Pag. 276 Mexico

Así ante la panorámica del nacimiento y la evolución de las garantías sociales en nuestro país, es de destacarse que el artículo 4º constitucional está exigiendo que se le complemente con el señalamiento del deber de los padres para preservar los derechos del menor y la protección subsidiaria que al mismo propósito presten las instituciones públicas. Ello debe ser así, aceptando las declaraciones de carácter internacional que se han sucedido y que ha hecho propias al Estado Mexicano.

En efecto, en 1924 la sociedad de las Naciones Unidas, se refirió a la necesidad de atender al más indefenso de la sociedad, como lo es el niño, consideración nuevamente adoptada por la Organización de las Naciones Unidas al proclamar el 20 de Noviembre de 1959, la declaración sobre los derechos de los niños.

Por lo tanto dada la complejidad de la institución de la familia legalmente constituida, preciso es caracterizar específicamente la faceta del grupo familiar que se tutela en el delito de tráfico de menores.

La familia como núcleo principal de la sociedad, reviste una suma importancia, ya que es la base necesaria de las organizaciones sociales y como consecuencia, el fundamento mismo del estado, el cual históricamente precede.

La familia, cuya evolución cubre un ciclo inmenso en la historia de la humanidad ha atravesado por innumerables cambios sociales y en su constante desarrollo llega hasta nuestros días en la forma en que se conoce, desde la época romana, desprovista de la rigidez y severidad exagerada, en la que se considera como una unidad poderosa al padre de familia en cuyo alrededor

giraba la vida de la misma y a quien se le atribuían poderes y una autoridad suprema, inclusive el derecho de vida y muerte sobre los miembros de ella.

En la actualidad a la familia se le considera como el conjunto de personas que descienden de progenitores comunes y que se origina en el matrimonio, la filiación y la adopción como elementos necesarios para integrar la familia.⁴⁷

Así el objetivo que se pretende tutelar es la protección de los miembros del grupo familiar, específicamente a los menores descendientes, para tratar de evitar que estos sean vendidos materialmente por quienes tienen el deber y la obligación de su cuidado y la salida del menor mediante el tráfico constituye para este, un cambio de estado familiar afectándole primordialmente los lazos entre padre e hijo, vulnerando su derecho de seguridad y libertad en que se supone que el deber de padres es el amor y cuidado hacia los menores.

No obstante que exista el ánimo de obtener un beneficio económico, bien no puede existir ese móvil, y sin embargo tan bien se hace salir al infante del seno familiar al que pertenece y de igual manera se le coloca en una situación diferente al que gozaba en su grupo de familia..

⁴⁷ Gonzalez , Juan Antonio. Elementos del Derecho Civil. Editorial Trillas. Pag 73

Por otro lado, mas daño se ocasiona en el orden familiar cuando la salida del menor de la célula social, soporte del estado, se hace sin el consentimiento de aquellos que tienen el deber y la obligación de proporcionar cuidados y protección de sus progenitores y de aquellos que tienden a proteger del menor, como son los tutores y de los que en un momento dado tienen la custodia del menor.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- - No se podía llegar a concluir la presente investigación sin antes tomar en consideración el desarrollo del tema que nos ocupa, así en razón de ella es necesario dejar preciso de manera concreta que es el Derecho Penal y es “ Es la rama de Derecho Publico Interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tienen por objeto inmediato la creación y la conservación del orden social, derivándose de esta definición un elemento fundamental que mereció un estudio detallado, siendo este “ el delito, del cual se dice que es “ la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible” desde el punto de vista dogmático.

SEGUNDA.- El delito que nos ocupa, crea una afectación al núcleo de la sociedad llamado Familia, vulnerando en un principio. Los más elementales derechos que les han sido asignados al menor por nuestra Constitución; resultando aberrante que en el hogar donde nos toca vivir se cometan este tipo de delitos y peor aun, que sean los propios padres quienes más la realizan ese tipo de conductas, que se supone que son los que tiene el deber de proteger a los que no se pueden conducir por si mismos; entonces ¿ Qué se puede esperar en la sociedad cuando se empieza a delinquir en el propio seno familiar, donde se supone que se busca la consecución, tranquilidad y seguridad de los suyos,

No vale de nada que el estado al que se le ha otorgado la facultad para el ejercicio del llamado Ius Puniendi, el poder para crear los tipos penales y para poder sancionar a quienes violen la ley, si la delincuencia empieza en nuestro hogar y se comienza a quebrantar los derechos de aquel, que apenas empieza a vivir por quienes tienen la obligación y la vital tarea de proteger la vida, la libertad y la seguridad.

Es por ello que este tipo penal no haya sido tomado en cuenta por el legislador federal,, quedando lugares vacíos en el que se pueda mover la delincuencia comercializando con los propios menores que por si solos no pueden defenderse, solo por que la ley los dejo fuera del marco legal y de conductas que no podrán llevar consigo una pena, creándose consecuentemente la impunidad.

Siendo indudable que por varias circunstancias el padre o la madre se vea en la necesidad de comerciar con sus hijos u que en muchas ocasiones tengan que ser por cuestiones de pobreza en la familia, que para en estos casos considero que exista la institución de la adopción que la propia ley ha creado y evitar el trafico de menores.

Lo que bien valdría, es reducir los fatigosos tramites burocráticos y omitir algunos requisitos no indispensables para poder llegar a una adopción legal rápida, ya que en muchas ocasiones por no poder adoptar legalmente los matrimonios, optan por la ilegalidad en la forma de conseguir a un menor y consecuentemente aumentando el numero de trafico de menores que con ellos se realiza

Dado a que surgen nuevas formas de conductas delictivas reprochables que el ser humano crea y que a la vez encuentran en la propia ley formas de escudarse para evitar se le aplique la pena, o por actos no contemplados en el sistema jurídico penal, por lo que se propone la Incursión del Tipo Penal de Trafico de Menores dentro del Código Penal Federal, en la que se busca reprimir esos actos tendientes a comercializar con los menores de edad.. o sea que el tipo Penal de Trafico de Menores debe ser Exclusivamente de Materia Federal por los Bienes Jurídicos que Pretende proteger.

BIBLIOGRAFIA

AMUCHATEGUI REQUENA IRMA. DERECHO PENAL

Editorial Harla., México 1998, p.p 416

BURGOA ORIHUELA, IGNACIO LAS GARANTIAS INDIVIDUALES

Editorial Porrúa, 23° edición, México 1991

CARDONA ARIZMENDI ENRIQUE Y OTRO.

Código Penal Comentado del Estado de Guanajuato. Orlando Cárdenas Editor. Tercera

Edición. Irapuato Guanajuato ,México 1998 p.p 874

CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, DERECHO PENAL MEXICANO

Editorial Porrúa, 12° edición México. 1997 p.p 904

CASTELLANO TENA FERNANDO LINEAMIENTOS ELEMENTALES DEL DERECHO PENAL (Parte General)

Editorial Porrúa, 13° edición México 1995 P.P 363

CUELLO CALON, EUGENIO DERECHO PENAL

Editorial Nacional, Novena Edición, México 1973 p.p 719

DE PINA RAFAEL. DERECHO CIVIL MEXICANO

Editorial porrúa, Volumen I 19 ° edición , México 1995

GONZALEZ, JUAN ANTONIO ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL

Editorial trillas, México 1980

JIMÉNEZ DE ASUA LUIS, TRATADO DE DERECHO PENAL, Editorial Lozada, 3ed.

Buenos aires Argentina 1975, p.p 278

JIMÉNEZ HUERTA MARIANO DERECHO PENAL MEXICANO

Editorial Porrúa Tomo II 4º edición, México 1983 p.p 501

LOPEZ BETANCOURT EDUARDO, INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL

Editorial Porrúa , 4º edición, México 1996 P.P 281

ORELLANA WIERCO OCTAVIO ALBERTO, TEORIA DEL DELITO

Editorial Porrúa México 1994 P.P 179

PORTE PETIT, CELESTINO, APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL

Editorial Porrúa, 15º edición, México 1993

LEGISLACIÓN

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS., CONSTITUCIÓN POLÍTICA

GUANAJUATO. CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO VIGENTE 1ª.- edición Librería Yussim, Guanajuato México 2001 p.p 107

OTRAS FUENTES

DE PINA , RAFAEL, DICCIONARIO DE DERECHO

Editorial Porrúa 17ª edición . México 1989

PALLARES EDUARDO , DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL

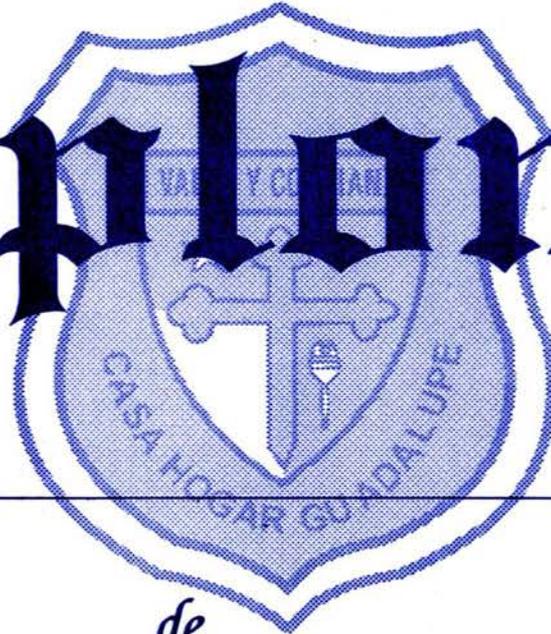
Editorial Porrúa 20ª. Edición México 1998

GUTIERREZ NEGRETE FRANCISCO, DERECHO PENAL, CATEDRA DE TEORIA DEL DELITO 1998-1999 UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE

JARDIN DE NIÑOS
CASA HOGAR GUADALUPE, A.C.

Otorga el

Diploma



A: _____

Celaya, Gto., a _____ *de* _____ *de 200* _____ *.*

Directora del Plantel

Maestra del Grupo
