

879309

UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE



FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO



CLAVE 879309

**“EL DELITO DE CLONACION HUMANA
COMO NUEVO TIPO PENAL”**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADA EN DERECHO**

P R E S E N T A :

ELSA MARIA ALBA SIERRA

A S E S O R :

LIC. FRANCISCO GUTIERREZ NEGRETE

CELAYA, GTO.

MAYO DE 2004



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

DEDICATORIAS:

NOMBRE: Elsa María
Alba Sierra
FECHA: 31/MARZO/2024
FIRMA: A.A. Sierra

A Dios por haberme dado el ser.

A mis padres por darme la vida y su infinito amor.

A mi esposo José Antonio por todo su infinito amor y por el apoyo que me ha brindado, sobre todo por que me ha dado la alegría más grande de mi vida... mi hijo

A mi hijo Marco Antonio por ser mi fuerza para seguir adelante, por ser mi deseo de superación, mi luz y mi alegría, que con su pequeño ser da vida a mi vida.

A todos y cada uno de mis hermanos, Rosario, Araceli, Luz María, Marisela, Josefina, Emma y Manuel, por darme su apoyo incondicional.

A Anita , Angeles, Ilene, Paola y Rayo por su amistad sincera e incondicional.

A mi asesor de tesis y catedrático Lic. Francisco Gutiérrez Negrete por todo el cúmulo de conocimientos que adquirí de él.

A todos y cada uno de mis catedráticos por instruirme con sus conocimientos.

ELSA MARIA ALBA SIERRA.

INDICE.

INTRODUCCION.

CAPITULO I EL DERECHO PENAL.

1.1	Generalidades sobre el derecho penal.....	1
1.2	El Derecho Penal.....	2
1.2.1.	El Derecho Penal en sentido Objetivo.....	3
1.2.2.	El Derecho Penal en sentido Subjetivo.....	3
1.2.3.	El Derecho Penal en sentido Sustantivo.....	4
1.2.4.	El Derecho Penal en sentido Adjetivo.....	4
1.3	Esencia del Derecho.....	4
1.4	La Ley Penal.....	5
1.5	Características de la Ley	6
1.5.1.	General.....	6
1.5.2.	Abstracta.....	7
1.5.3.	Permanente.....	7
1.5.4.	Impersonal.....	7
1.5.5.	Obligatoria.....	7
1.6.	Ámbitos de validez de la Ley Penal.....	7
1.6.1.	Ambito de aplicación personal de la ley penal.....	8
1.6.2.	Ambito de aplicación espacial de la ley penal.....	9
1.6.3.	Ambito de aplicación temporal de la ley penal.....	9
1.6.4.	Ambito de aplicación material de la ley penal.....	10
1.7.	La Ley Penal como fuente del Derecho Penal.....	11
1.8.	El Delito.....	13

CAPITULO II
ANALISIS DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO.

2.1	Conducta.....	17
2.1.1.	Concepto de acción y sus elementos.....	18
2.1.2.	La Omisión y sus elementos	20
2.1.3.	El sujeto de la conducta.....	21
2.1.4.	El sujeto pasivo y el ofendido.....	21
2.1.5.	Objetos del delito.....	22
2.1.6.	Ausencia de conducta.....	22
2.2	La Tipicidad.....	25
2.2.1.	Concepto de tipicidad, tipo, atipicidad y falta de tipo.....	25
2.2.2.	Función del tipo y de la tipicidad.....	26
2.2.3.	Elementos del tipo.....	27
2.2.4.	Clasificación de los tipos Penales.....	30
2.2.5.	Aspecto negativo de la tipicidad.....	32
2.3	La Antijuridicidad.....	34
2.3.1.	Antijuridicidad formal y material.....	35
2.3.2.	Aspecto negativo de la antijuridicidad.....	35

CAPITULO III
ANALISIS DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO.

3.1	La Imputabilidad.....	41
3.1.1	La Imputabilidad en la Teoría del Delito.....	42
3.1.2	Acciones Libere in Causa	44
3.1.3	La responsabilidad	46
3.1.4	Aspecto negativo de la Imputabilidad.....	47
3.2	La Culpabilidad.....	49
3.2.1	Doctrinas sobre la Naturaleza Jurídica de la Culpabilidad	50
3.2.2	Formas de Culpabilidad.....	52
3.2.3	El Dolo.....	52

3.2.4	Especies de Dolo.....	54
3.2.5	La Culpa y Clases de Culpa.....	55
3.2.6	Aspecto negativo de la culpabilidad.....	57
3.2.7	Causas de Inculpabilidad en el sistema Neoclásico.....	60
3.2.8	Causas de Inculpabilidad en el sistema Finalista.....	61
3.2.9	Causas de Inculpabilidad en el Código Penal vigente para el Estado.....	62

CAPITULO IV TEORÍA DE LA PENA.

4.1	Noción de Punibilidad	63
4.2	Noción de Pena.....	65
4.3	Antecedentes de la pena.....	67
4.4	Teorías sobre la pena.....	68
4.5	La Punibilidad, elemento o Producto del Delito.....	70
4.6	Características de la Pena.....	72
4.7	Fines de la Pena.....	73
4.8	Clasificación de la Pena.....	74
4.9	Medidas de seguridad.....	77
4.10	Extinción penal.....	78
4.11	Rehabilitación.....	79
4.12	Readaptación.....	79

CAPITULO V EL DELITO DE CLONACIÓN HUMANA COMO NUEVO TIPO PENAL.

5.1	Definición de la clonación.....	80
5.2	Tipos de Clonación.....	83
5.3	El Genoma Humano.....	84
5.4	Investigaciones en Cromosomas.....	84
5.5	Cronología de la Clonación.....	86

5.6	Manifestación contra la clonación en la cumbre de Europa en Diciembre de 2000.....	87
5.7	Objeciones morales contra la Clonación.....	88
5.8	Legislación Comparada respecto de la Clonación.....	90
5.9	Puede permitirse la Clonación en seres humanos.....	92
5.10	Por qué la Clonación humana debe ser regulada jurídicamente.....	95

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

INTRODUCCIÓN.

La clonación humana es un fenómeno que, por su novedad no ha sido expresamente regulado ni en nuestra legislación ni en casi ninguna de las del mundo, y lo que existe únicamente es una muy incipiente legislación internacional regional sobre la materia.

Recientemente se ha publicado en todos los medios de comunicación el nacimiento de dos seres clonados, la finalidad de este estudio es precisamente hacer que los legisladores y el público en general volteen la mirada a este tema y se establezcan dispositivos normativos que regulen la manipulación genética y prohíban la clonación humana con cualquiera que sea su fin, ya que este tipo de actos atentan contra la vida, dignidad e integridad de los seres humanos incluyendo al producto de la concepción, sin que se les pueda imponer pena alguna por falta del Tipo Penal del Clonación Humana.

Por lo anterior llamo a la conciencia a la reflexión de todos aquellos que tengan conocimientos de derecho, para que no se permita que estos actos pasen desapercibidos y vulneren un bien humano, un valor tan importante y esencial que es la vida, sin la cual no podrían existir y coexistir con los demás derechos que tiene el hombre por el simple hecho de serlo, y además el hecho de hacer ver que es necesario que se establezcan dispositivos jurídicos que inicien la forma en que habrá de ser normada esta técnica de clonación.

El presente trabajo esta realizado tomando en consideración temas tan importantes como el de establecer lo que es el derecho

penal, cual es su conformación, cuales son los elementos tanto objetivos como subjetivos del delito, tratando de definir cada uno de ellos, analizar los tipos penales y consecuentemente se habla de la clonación humana, de los posibles provechos que se podrían obtener, así como de los múltiples estragos y daños que se ocasiona a la raza humana con la utilización de estas técnicas, para así poder crear el tipo penal de la clonación humana toda vez que Código Civil para el Estado de Guanajuato en su Libro Primero referente a las personas físicas específicamente en su artículo 21 protege al producto de la concepción y que a la letra dice "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se extingue por la muerte, pero desde el momento en que el individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código." Y en virtud de lo anterior y de que la clonación humana es un fenómeno que ya se está dando recientemente, y no se está protegiendo al producto de la concepción es menester crear el Tipo Penal de Clonación Humana ya que sin la existencia de éste no se les puede imponer pena alguna a las personas que llevan a cabo experimentos en seres humanos, olvidando éstas que todo ser humano tiene derecho a la dignidad, que es lo que nos distingue del resto de las especies animales sin tener derecho a decidir por la vida de otro ser humano independientemente de su sexo, raza, grado de desarrollo físico o proceso biológico en que se encuentren, ya que todo ser humano tiene el mismo valor legal.

ELSA MARIA ALBA SIERRA.

CAPITULO I.

EL DERECHO PENAL.

1.1 GENERALIDADES SOBRE EL DERECHO PENAL.

El derecho tiene como finalidad encausar la conducta humana para hacer posible la convivencia social. De esta manera el derecho se define como “Un conjunto de normas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad, las cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza de que dispone el Estado.”¹

Todos los intereses que derecho intenta proteger son de importancia incalculable, sin embargo hay algunos cuya tutela debe ser asegurada a toda costa, por ser fundamentales en determinado tiempo y lugar para garantizar la supervivencia misma del orden social. Para lograr tal fin, el Estado está naturalmente facultado y obligado a la vez, a valerse de los medios adecuados, originándose así la necesidad y justificación del Derecho Penal que por su naturaleza esencialmente punitiva, es capaz de crear y conservar el orden social.

La expresión de Derecho Penal se aplica para designar tanto al conjunto de normas penales (Código penal), como a la ciencia del derecho penal, estimada como una rama del conocimiento humano compuesta de un acervo de nociones jurídicas de naturaleza intelectual. Puede definirse según se haga referencia al sistema de normas, o bien al de conceptos científicos sobre el delito, delincuente y la pena.

Desde el punto de vista de normas penales “El Derecho Penal es la rama del Derecho Público Interno relativa a los delitos, a las penas u a las medidas de

¹ CASTELLANOS Fernando, Lineamientos Elementales del Derecho Penal, Ed. Porrúa, ed. XXXII México 1993 p. 17

seguridad, que tienen por objeto inmediato la creación y conservación del orden social.²

El Derecho Penal es una rama del Derecho Público por que regula el conjunto de normas que rigen las relaciones donde el Estado interviene como soberano y el particular como gobernado; además el Derecho penal es un Derecho Público por cuanto sólo el Estado tiene la capacidad para establecer los delitos, señalar las penas, imponer éstas y ejecutarlas, ya que al cometerse un delito el Estado se impone creándose una relación entre el delincuente y el Estado como soberano, y no entre el delincuente y el ofendido.

Por otra parte, el derecho penal esta dirigido a los súbditos, dentro de los límites jurisdiccionales del Estado; se le considera Derecho Público Interno por que solo se aplica dentro del área donde el Estado se encuentra y tiene aplicación y vigencia su ley.

1.2 EL DERECHO PENAL.

Es un conjunto de leyes que pretenden tutelar bienes jurídicos y que precisan el alcance de su tutela, cuya violación se llama delito y aspira a que tenga como consecuencia evitar la comisión de nuevos delitos por parte del autor.³

1.2.1 El Derecho Penal en sentido Objetivo.

Es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquellos son sancionados.

² CASTELLANOS, Ob. cit. p. 19

³ LOPEZ Betancourt Eduardo, Introducción al Derecho Penal, Ed. Porrúa, 5ª ed. p. 50

Para Pessina es el conjunto de principios relativos al castigo del delito. Von Litz lo define como el sistema de normas establecidas por el Estado, que asocia al crimen como hecho, la pena como su legítima consecuencia.

Según Edmundo Mezguer, es el conjunto de reglas que norman el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando el delito como presupuesto, la pena como su consecuencia jurídica.

Raúl Carranca y Trujillo estima que el Derecho Penal, objetivamente considerado, es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación.⁴

El Derecho Penal como derecho Objetivo, que se identifica con el derecho sustantivo, es el conjunto de normas jurídicas relativas a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad.⁵

1.2.2 El Derecho Penal en sentido Subjetivo.

Este derecho se identifica con el *JUS PUNIENDI*, es el derecho de castigar, consiste en la facultad del Estado (mediante leyes) de conminar la realización del delito con penas y en su caso imponerlas y ejecutarlas. Es el derecho del Estado de determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad.⁶

Es el conjunto de atribuciones que tiene el Estado de castigar, de imponer las penas y medidas de seguridad a los que han sido declarados culpables.

⁴ Castellanos. Ob. Cit. p. 21

⁵ Ibidem.

⁶ CUELLO Calón Eugenio, Derecho Penal I, Ed. Porrúa, 8ª ed. p. 8

1.2.3 El Derecho Penal en sentido Sustantivo.

El derecho penal se integra con normas relativas al delito, a las penas y a las demás medidas de seguridad; por lo tanto, la verdadera sustancia del derecho penal lo constituyen tales elementos, El derecho sustantivo concreta la noción del delito y determina sus consecuencias.

1.2.4 El Derecho Penal en sentido Adjetivo.

Es el conjunto de normas jurídicas que regulan la aplicación del derecho sustantivo penal. Las normas del derecho penal sustantivo no deben aplicarse en forma arbitraria o caprichosa, sino de manera sistemática y ordenada, para ello existe otra reglamentación cuyo objeto es señalar el camino a seguir en la imposición del derecho material, lo cual recibe el nombre de Derecho Procesal Penal, y que lo identificamos con el Código de Procedimiento Penales.

1.3 ESENCIA DEL DERECHO PENAL.

La esencia del derecho en general consiste en lo permanente e invariable de los principios que lo rigen y fundamentan; de modo que la naturaleza de esos principios constituye propiamente la materia de la ciencia jurídica. En el ámbito penal, esa esencia se configura por el análisis y conocimientos de los principios básicos de naturaleza penal. Los más elevados principios del derecho penal son:

- I.- Toda imposición de una pena presupone una ley penal (*Nulla poena sine lege*).
- II.- La imposición de una pena está condicionada por la existencia de una acción conminada con ella (*Nulla poena sine crimine*)
- III.- El hecho conminado por una ley está condicionado por una pena legal (*Nullum crimen sine poena legali*)⁷

⁷ FEVERBACK, citado por López Betancourt Eduardo, Ob. cit.

Dentro de ellos se encuentra la propia norma, que origina a la ley penal, la que en combinación con otras disposiciones jurídicas del orden civil, administrativo, constitucional, etc., crea o da lugar al Estado de Derecho mediante el cual las sociedades y los individuos pueden convivir, ya que toda sociedad utiliza de manera fundamental al derecho penal, por lo que la autoridad se sirve del acto punitivo que de él emana como instrumento de poder. La vía penal se convierte en un medio mucho más eficaz que cualquier otro, para lograr una adecuada convivencia social, fin último al que aspira el Estado de Derecho.

La Ley penal es la única fuente o lugar donde se origina el derecho penal, en este sentido, Eugenio Cuello Calón afirma que "sólo la Ley es fuente del derecho penal y domina como principio fundamental la máxima *nullum crimen , nulla poena sine lege*"⁸

Luego entonces el derecho penal encuentra en la ley su única forma de expresión y manifestación, lo cual expuesto en otras palabras significa que la ley es exclusiva fuente generadora del derecho penal.

1.4. La Ley Penal.

La ley, es un conjunto de normas jurídicas emanadas del poder legislativo que tienen como finalidad el encausamiento de la actividad social hacia el bien común.

En este orden de ideas, la ley penal es un conjunto de normas jurídicas, que se refieren a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, establece la consecuencia a la comisión de los delitos.

⁸ Cuello Calón Eugenio citado por Eduardo López Betancourt. Ob. cit Supra p.p. 61-62

Jiménez de Asúa sostiene que la Ley Penal “en su sentido formal y más solemne, es la manifestación de la voluntad colectiva expresada mediante los órganos constitucionales, en la que se definen los delitos y se establecen las sanciones”.⁹

La Ley Penal tiene su base en lo que en nuestra Carta Magna contempla como principio de legalidad establecido en el artículo 14 de este ordenamiento legal que al establecer “ En los delitos del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata”.

1.5. CARACTERÍSTICAS DE LA LEY.

La ley, según Fernando Castellanos, es la norma obligatoria, general, abstracta y permanente, emanada del Estado, según los trámites que marca la Constitución para el ejercicio de la función legislativa, promulgada por el Ejecutivo y provista de una sanción.¹⁰

Además de que la ley es obligatoria, general, abstracta y permanente como lo menciona Fernando Castellanos, cabe mencionar que también es impersonal.

1.5.1. General.

La ley penal es general porque es para todos igual, es decir, cualquier individuo que se encuentre dentro del territorio del estado, bajo un orden jurídico, al realizar una conducta que se encuadre en lo que describe la ley penal, tendrá como castigo una sanción, una pena, que también estará determinada por la ley penal, siempre y cuando sea declarado culpable con anterioridad.

⁹ Jiménez de Asúa Luis, citado por López Betancourt, Ibidem p. 62

1.5.2 Abstracta.

Es abstracta la ley penal porque es para todos los casos que se presenten dentro de la colectividad, es decir, no es para un caso en particular.

1.5.3. Impersonal.

La ley penal es impersonal, pues no es para una sola persona, es decir, la ley no puede ser creada para una sola persona, ya que va dirigida a todos los habitantes del territorio nacional que se encuentren dentro del mismo supuesto.

1.5.4. Permanente.

La permanencia de la Ley es la vigencia en el tiempo hasta que llega otra y ya substituye, es decir, la permanencia de la ley está supeditada a la creación de leyes que el poder legislativo realiza en su función; esto es, la vigencia de una ley inicia en la fecha que ella misma fija para entrar en vigor, siempre y cuando este acto ocurra después de su publicación y deja de tener vigencia cuando una nueva ley entra en vigor derogando o abrogando la anterior, o por llegar el término de su vigencia previamente establecido en la misma ley.

1.5.5. Obligatoria.

La Ley Penal es obligatoria porque todo individuo que transite o permanezca en el territorio nacional tiene la obligación de respetar las normas establecidas para conservar el orden social.

1.6 ÁMBITOS DE VALIDEZ DE LA LEY PENAL.

La Ley penal tiene pleno valor desde que entra en vigor, hecho que se constata después de la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Federación o local, según sea el caso, pero este concepto temporal no es lo único que garantiza el valor y la respetabilidad de la ley penal; la doctrina ha

¹⁰ Castellanos Fernando Ob, cit

considerado otros objetivos para la aplicación y validez de la ley penal a saber:

- Validez personal.
- Validez espacial.
- Validez temporal.
- Validez material.

El valor de la ley penal guarda una relación directa con el reconocimiento y la respetabilidad que de ella se tienen en el entorno social. A continuación se analizarán cada uno de los ámbitos señalados con anterioridad.

1.6.1 Ámbito de aplicación personal de la Ley Penal.

El principio en cita se sustenta en la igualdad de las personas ante la Ley, es decir, todos los individuos que estén dentro del territorio del Estado, se les aplicará la ley penal. Sin embargo, en nuestro sistema jurídico, existen dos excepciones, que son que son el fuero y la inmunidad.

EL FUERO, es una institución que se otorga a determinados funcionarios para que antes de ser juzgados por la comisión de un delito, sea un órgano competente el que resuelva la procedencia en caso de ser sometido a la jurisdicción común.

Esta institución no es permanente, pues mediante un juicio político se puede desaforar al funcionario que gozaba de él y consecuentemente se está en posibilidad de poder aplicar la ley penal.

LA INMUNIDAD DIPLOMATICA es una institución tendiente a la protección a los agentes diplomáticos, para no ser sometidos a un proceso penal durante el tiempo que permanecerán en su misión.

Tanto el fuero como la inmunidad diplomática son una total y absoluta inaplicación de la ley penal y constituye una excepción al principio de la igualdad.

1.6.2 Ámbito de Aplicación Espacial de la Ley Penal.

El espacio de aplicación de la Ley penal tiene lugar dentro del Territorio del Estado, es decir, el territorio formado a lo alto y a lo ancho, en el cual la ley penal es aplicable y tiene plena validez. territorio en sus tres dimensiones, altitud, longitud y profundidad, en el cual la ley penal es aplicable y tiene validez. De esta manera, el ámbito espacial de aplicación de la ley penal es el espacio o área en que la ley del Estado tiene vigencia y aplicación.

1.6.3 Ámbito de aplicación Temporal de la Ley Penal.

Este ámbito se refiere básicamente a la permanencia de la ley en el tiempo, es la vigencia de una ley hasta que llega otra y la substituye. la Ley penal tiene una vigencia en función del tiempo y para que se pueda aplicar debe tener la calidad de ser vigente, y para ello se requiere que una vez promulgado por el poder legislativo se ordene su publicación en el Diario Oficial de la Federación y entrará en vigencia al tercer día de su publicación o en el momento en que la misma ley lo señale.

Ninguna ley tiene carácter de perpetua, es decir, toda ley tiene un término o conclusión; existen dos maneras en la que puede terminar una ley y son las siguientes:

- **ABROGACIÓN:** Consiste en dejar sin efectos un ordenamiento en su totalidad.
- **DEROGACIÓN:** Se da cuando sólo se deja sin efectos o se suprime parcialmente algún ordenamiento, es decir, se quitan solamente algunos de los artículos que conforman la ley.

1.6.4 Ámbito de Aplicación Material de la Ley Penal.

Este ámbito de validez, está determinado por la forma en que está estructurado el Estado Mexicano, pues éste, al conformarse en varias entidades federativas mediante un pacto federal, origina que tengamos un sistema de gobierno federal y un sistema de gobierno estatal o local, en ese contexto, tenemos dos ámbitos de validez material de la Ley Penal: el Federal y el Local también llamado común o estatal.

Esto se deduce en virtud de que en el artículo 124 de la nuestra Carta Magna establece que *"las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados."*

Por su parte; el artículo 73, fracción XXI, de la propia Constitución establece que *"El Congreso tiene facultad para establecer los delitos y las faltas contra la federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse."*

Así, tenemos que hay delitos del orden federal y delitos del orden local o común; para lo cual, el artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación establece cuales son los delitos del orden federal y por su parte, los códigos penales de los estados regulan los delitos del orden común o local aplicables en su territorio.

Así, se determinan los ámbitos de aplicación de la Ley Penal, pues mientras una se refiere a la materia federal, es decir a los delitos del orden federal, el otro se refiere a los delitos del orden común.

1.7. LA LEY PENAL COMO FUENTE DEL DERECHO PENAL.

Se entiende como fuentes del Derecho Penal, todo aquello donde surge una norma jurídica que dentro del derecho penal pueda encuadrarse. Las fuentes del derecho penal son:

- La Ley.
- La Costumbre.
- Los principios generales del derecho.
- La Jurisprudencia.

La ley es un conjunto de normas jurídicas emanadas del poder legislativo que tienen como finalidad el encausamiento de la actividad social hacia el bien común.

La costumbre jurídica se define como una manifestación no reflexiva sino espontánea de la norma jurídica que produce la comunidad, mediante un uso uniforme y constante, observado con la convicción del cumplimiento de una regla jurídica.

Los Principios Generales de Derecho, entendiéndolos por tales aquellos que sirven de fundamento al derecho positivo vigente.

La jurisprudencia es la interpretación que hacen determinados Tribunales del Poder Judicial de la Federación de la Ley, es decir, la Jurisprudencia es la misma ley, cuyos alcances y contenido intrínseco lo determinan los tribunales en su actividad. La Suprema Corte de Justicia de la Nación es la genuina interprete de las leyes, al corresponderle determinar su sentido. La Jurisprudencia no viene a ser sino un medio de desentrañar el sentido de la propia ley y por ende a ella equivale.

En este orden de ideas. La ley es la única fuente del derecho penal, pues ni la costumbre, ni la doctrina, ni los principios generales del derecho pueden ser considerados fuentes del derecho penal.

Lo anterior tiene su razón de ser en que las costumbres son usos repetitivos que no tienen obligatoriedad, es decir no se les puede imponer ninguna pena a quien deje de cumplirla, siendo la pena la consecuencia inminente de la ley penal, La doctrina no puede ser considerada fuente del derecho, pues la propia ley no le reconoce tal carácter.

De lo anterior se deduce que la Ley es la única fuente del derecho, y lo confirma el dogma penal "*Nullum crime sine lege*" que en términos comunes se refiere a que no hay crimen si su descripción no está establecida en la Ley penal.

La ley penal constituye la base o fundamento en que, en forma positiva se sustenta el derecho penal ya sea considerado como un conjunto de conocimientos o principios valederos para la ciencia del derecho penal que no necesitan demostración, constituyendo así un conjunto de conocimientos sistematizados respecto de las penas, los delitos y las medidas de seguridad, y entonces estaremos hablando de la dogmática penal; o ya sea que nos refiramos a él como un conjunto de normas relativas a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad.

Ahora bien, el derecho penal se refiere a las penas y a las medidas de seguridad, entendiendo por penas a las sanciones que impone el Estado a los delincuentes cuando son declarados culpables por haber cometido un hecho ilícito, imponiéndolas a estos con el fin de conservar el bien común; en cuanto a las medidas de seguridad, se aplican cuando no se le puede aplicar al delincuente que es declarado culpable una pena.

La diferencia entre la pena y las medidas de seguridad estriba en que las penas son privativas de la libertad o tienen el carácter de pecuniaria, en tanto que las medidas de seguridad son medios para evitar nuevos ilícitos.

Por último, los delitos son hechos jurídicos ilícitos, cuyo concepto da la pauta para el estudio de la teoría del delito.

1.8 EL DELITO .

La palabra delito proviene de la palabra latina "delicto" que significa "apartarse del camino", "quebrantamiento de la ley" Doctrinariamente, delito ha sido definido como "*la acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena*"¹¹ o como "*todo hecho al que la ordenación jurídica liga como consecuencia jurídica una pena*"¹²

Por su parte el maestro Luis Jiménez de Asúa dice que "Delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal".¹³

Sin embargo Fernando Castellanos dice que la palabra "*delito deriva del verbo latino "delinquere", que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la Ley.*"¹⁴

El Código Penal Federal define al delito como el acto u omisión que sancionan las leyes penales. Sin embargo, ésta definición no señala las características debe tener el acto u omisión para que puedan ser considerados delitos y más aún, para que puedan ser punibles.

¹¹ CUELLO Calón Eugenio , citado por Marquez Piñeiro Rafael, Derecho Penal parte General, Ed. Trillas. Mex. 1991 p. 133

¹² GRISPIÑI Corso de Diritto Penale, Ibidem

¹³ JIMENEZ de Asúa Luis, citado por Castellanos Fernando , Ob. Cit. p. 130

¹⁴ CASTELANOS Tena Fernando, Idem p.125

La dogmática penal alemana evoluciona en relación a la definición del delito y de esta manera el jurista Franz Von Liszt que en 1881 hace un estudio de su código penal y descubre que todo lo escrito en la parte especial eran acciones y que esas acciones eran contrarias a derecho, a las que llamo acciones antijurídicas, y que estas acciones eran contrarias a derecho y por eso las llamo antijurídicas y estas acciones antijurídicas eran atribuibles a los sujetos a título de dolo o a título de culpa y a esto lo llamó culpabilidad, por lo tanto, para Franz Von Liszt el delito es: *“La acción antijurídica y culpable”*

En 1906 Ernesto Von Beling publica su obra titulada "El Tipo Penal", en la cual agrega un elemento mas a la definición de delito de Liszt, que es la tipicidad; para Beling el delito es *“la acción típica antijurídica y culpable”*.

Para Beling, la tipicidad tiene una función meramente descriptiva, es un elemento autónomo, no tiene relación con los juicios de valor de la antijuridicidad y de la culpabilidad; el tipo penal de Beling, es valoradamente neutro y objetivo, los elementos del tipo son puramente objetivos.

En 1915 Ernesto Von Mayer hace estudios y define al delito igual que lo hace Beling, para Mayer el delito *“la acción típica, antijurídica y culpable”*. El mérito de la definición de Mayer es que empieza a relacionar el elemento TIPICIDAD con el juicio de valor de la antijuridicidad, dándole a la tipicidad un carácter de indicio de la antijuridicidad,. El mecanismo de Mayer es que toda conducta típica puede ser antijurídica siempre y cuando no exista una causa de justificación. Con Mayer aparece la *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, es decir, la razón por la cual podemos conocer la antijuridicidad.

Posteriormente Edmundo Mezger relaciona totalmente la tipicidad con la antijuridicidad, por eso para Mezger el delito es *“la acción*

típicamente antijurídica y culpable"; la tipicidad es mucho más que indicio, mucho más que *rattio cognoscendi* de la antijuridicidad, es la base de ésta, es decir su *rattio essendi*, y por lo tanto Mezger dice que la tipicidad es la razón esencial de la antijuridicidad.

Para los dogmáticos alemanes, la imputabilidad está dentro de la culpabilidad como presupuesto en el sistema clásico y como elemento de culpabilidad en el sistema neoclásico pero en ambos sistemas dentro de la culpabilidad.

De esta manera, la dogmática alemana define al delito como la conducta típicamente, antijurídica y culpable, y ésta definición la establece nuestro Código Penal para el Estado de Guanajuato vigente, que cobra importancia por ser aplicable en el territorio que nos ubicamos, agregando la imputabilidad como elemento del delito. Como consecuencia de esto, nuestro Código anterior definía al delito como la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible. Esta definición que tiene su base en la dogmática penal alemana en nuestro Código Penal vigente ha desaparecido; no obstante ello debemos indudablemente de presumir su existencia, toda vez que el ordenamiento penal vigente en su artículo 33 y sus diferentes fracciones nos establece todo el aspecto negativo del delito, aspecto negativo que solo puede ser entendido ante la presencia del aspecto positivo del delito conformado por sus elementos de definición como son: la conducta, la tipicidad, la imputabilidad y la culpabilidad; aspecto positivo que también tiene su aspecto negativo, que ante la presencia del aspecto negativo se elimina el correspondiente aspecto positivo; lo que constituye el objeto de estudio de la teoría del delito.

ELEMENTOS DE LA DEFINICIÓN DEL DELITO.

	ASPECTO POSITIVO	ASPECTO NEGATIVO
OBJETIVOS	CONDUCTA	AUSENCIA DE CONDUCTA
	TIPICIDAD	ATIPICIDAD
	ANTI JURIDICIDAD	CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN
SUBJETIVOS	IMPUTABILIDAD	ININPUTABILIDAD
	CULPABILIDAD	INCULPABILIDAD
OBJETIVO	PUNIBILIDAD	EXCUSAS ABSOLUTORIAS

CAPITULO II

ANALISIS DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO.

2.1 C O N D U C T A .

La conducta es el primer elemento objetivo del delito al cual los autores lo han denominado de muy diversas maneras. Algunos le han llamado "acción", otros autores le denominan hecho, y otros como el destacado jurista Luis Jiménez de Asúa emplea la palabra "acto".

Para el maestro Fernando Castellanos Tena la denominación correcta el "conducta" y no "acción" y es que a través de este vocablo se incluye tanto el hacer como el no hacer, es decir, la conducta desde el punto de vista positivo como desde el punto de vista negativo, comprendiéndose de esta manera la acción y la omisión. Es así como para este autor, conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.¹⁵

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 o movimiento corporal, y cuando el comportamiento humano se desarrolla en sentido negativo, se traduce en una omisión o inactividad.

Por su parte Frank Von Liszt define este elemento como el movimiento corporal voluntario positivo o negativo desencadenante del proceso causal que modifica el mundo exterior.

Para que sea conducta es necesario que sea voluntaria. La voluntad constituye un factor rector del movimiento corporal, es decir, el comportamiento humano debe ser voluntario. Así pues, tanto la acción como la omisión siempre deberán estar regidos por la voluntad, la cual se traduce en el querer realizar la conducta. Esto indica que no debe confundirse la voluntad de realizar determinada conducta o movimiento corporal con la voluntad de querer determinado resultado, pues ésta última se refiere propiamente al dolo, el cual se encuentra y se estudia dentro de la culpabilidad y no dentro del elemento conducta.

Este elemento objetivo del delito, al exteriorizarse puede adoptar diferentes formas: acción, omisión y comisión por omisión.

2.1.1 CONCEPTO DE ACCIÓN Y SUS ELEMENTOS.

El movimiento corporal voluntario, que es conducta puede manifestarse mediante acción u omisión, es decir, actos o abstenciones. Nuestro Código Penal vigente en el Estado hace mención en su artículo 8º de las formas de exteriorización de la conducta: "El delito puede ser cometido por la acción o por omisión"

En sentido positivo, acción es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano, capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro tal modificación.

Mediante la acción consistente en un hacer se viola una norma jurídica penal prohibitiva, aquella que nos prohíbe realizar determinada conducta por considerarse delictuosa, y que sin embargo el sujeto activo decide llevar a cabo.

Para el penalista 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 en el peligro de que se produzca.¹⁶

Por lo anterior se tiene que los elementos de la acción son: manifestación de la voluntad, o la no mutación de ese mundo exterior por la acción esperada y que el sujeto no realiza. El resultado es pues la modificación, es el producto de la conducta llevada a cabo mediante la acción en sentido estricto, pero este resultado debe estar unido a la conducta mediante un nexo de causalidad, que radica en que el acto, acción o conducta ejecutado por el sujeto, produzca el resultado previsto en la ley, de tal manera que entre uno y otro exista una relación de causa - efecto.

Este nexo causal consiste en la relación o vínculo que debe unir a la conducta con el resultado, vínculo son el cual el resultado no puede atribuirse a la causa. Esta relación de causalidad encuentra su fundamento en lo establecido por el artículo 9º del Código Penal vigente en el Estado, al señalar: "Ninguna persona podrá ser sancionada por un delito sí la existencia del mismo no es consecuencia de la propia conducta."

Siguiendo la definición de Frank Von Lizst, el movimiento corporal positivo o negativo, deberá ser desencadenante del proceso causal, lo cual significa que entre la voluntad y el resultado deberá existir un vinculo de causa a efecto; así también un vínculo de causa-efecto entre la conducta y el resultado, donde al conducta será la causa y el efecto será el resultado o la lesión al bien jurídico tutelado o su puesta en peligro. Si no hay ese nexo causal no podrá haber conducta.

16 Cuello Calón citado por Castellanos Fernando ob. Cit. p. 152

2.1.2 LA OMISIÓN Y SUS ELEMENTOS.

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.

En los delitos de acción se hace la prohibición, en los de omisión se deja de hacer lo demandado expresamente. En los de acción se infringe una Ley prohibitiva y en los de omisión una dispositiva.

Dentro de la omisión debe distinguirse la omisión simple u omisión propia de la comisión por omisión u omisión impropia. La omisión simple es el aspecto negativo de la acción, es no hacer, abstenerse, dejar de hacer. En la comisión por omisión hay una doble violación de deberes, de obrar y de abstenerse y por ello se infringen dos normas: una dispositiva y otra prohibitiva.

En la omisión existe una manifestación de voluntad que se traduce en un no actuar, consecuentemente los elementos de la omisión son: voluntad e inactividad. La voluntad se encamina a no efectuar, a no llevar a cabo la acción ordenada por el Derecho, y la inactividad se tiene cuando el sujeto se abstiene de efectuar el acto a cuya realización está obligado.

Ambos elementos se dan tanto en la omisión simple como en la comisión por omisión, pero además en ésta última se produce un resultado material y una relación de causalidad entre dicho resultado por la abstención. Es entonces únicamente en los delitos de comisión por omisión donde existe nexo de causa – efecto por que producen un cambio en el mundo exterior, además del resultado jurídico.

2.1.3 EL SUJETO DE LA CONDUCTA.

La capacidad para delinquir sólo reside en los seres racionales, esto es, en el ser humano. Sólo la conducta humana tiene relevancia para el derecho penal. La acción u la omisión deben corresponder al hombre porque es el único capaz de voluntad.

Es sujeto activo del delito el individuo que lleva a cabo la conducta delictuosa, es quien lo comete o participa en su ejecución. Tal y como lo fundamenta el artículo 20 del Código Penal vigente: "Es autor del delito quien lo realiza por sí, por medio de otro que actúa sin incurrir en delito con varios en común".

En cuanto a las personas morales deben considerarse como sujetos activos del delito, el profesor Castellanos Tena estima que las personas jurídicas no deben considerarse como tales por carecer de voluntad propia independientemente de la de sus miembros. Sin embargo en el Código Penal vigente en el Estado se acepta que las personas morales delinquen al mencionar las consecuencias jurídicas para estos sujetos del delito.

2.1.4 EL SUJETO PASIVO Y EL OFENDIDO.

El sujeto pasivo u ofendido es la persona que sufre directamente la acción sobre la que recaen los actos materiales; es el titular del derecho o interés lesionado jurídicamente protegido o puesto en peligro por el delito.

El ofendido es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal. Generalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido, pero no siempre se identifican, así en el homicidio es sujeto pasivo la persona fallecida y son ofendidos los familiares de él.

Las personas jurídicas o morales también pueden sufrir lesiones en sus bienes jurídicos como sujetos pasivos del delito, incluso la colectividad y el estado pueden ser sujetos pasivos del ilícito. El Estado sufre lesiones a sus bienes o intereses, pero que afortunadamente son tutelados por el derecho cuando la ley sustantiva penal sanciona las conductas dirigidas contra el orden y seguridad del mismo.

2.1.5 OBJETOS DEL DELITO.

Los autores distinguen entre objeto material y objeto jurídico del delito. El objeto material lo constituye la persona o cosa sobre quien recae el daño o peligro; es la persona o cosa sobre la cual se concreta la acción delictuosa.

El objeto jurídico es el bien o interés protegido por la ley, y que el hecho o la omisión criminal lesiona o pone en peligro. Así por ejemplo en el delito de homicidio el objeto material es la persona muerta; en el delito de daños lo constituye la cosa destruida y como objeto jurídico los intereses jurídicamente protegidos son en el homicidio, la vida y en los daños el patrimonio.

Son bienes jurídicos tutelados por la ley en virtud de tratarse de valores supremos de la colectividad, mismos que el legislador recoge, eleva imponiéndoles el deber de cuidado, de respeto y esos deberes son la norma y que por último procede a elaborar el tipo penal.

2.1.6 AUSENCIA DE CONDUCTA.

Para que exista la conducta es indispensable que el movimiento corporal voluntario debe derivarse de la voluntad ya que si tal movimiento corporal ya sea positivo o negativo no corresponda al querer del sujeto o voluntad del mismo, no

habrá conducta, pues faltaría el factor rector de este elemento. En tal situación aparecen los casos en que a pesar de haber comportamiento humano, no habrá conducta en virtud de que falta precisamente la voluntad y a esto se le llama falta o ausencia de conducta.

Ahora bien, son causas que impiden la integración del delito por ausencia de conducta los siguientes:

- ✓ VIS ABSOLUTA. Es la fuerza física exterior irresistible proveniente de un factor humano, es decir, el movimiento corporal del 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. En este caso el sujeto activo del delito se mueve como instrumento en la comisión del ilícito pues carece de voluntad.
- ✓ VIS MAYOR: Es la fuerza exterior irresistible, pero ésta, a diferencia de la vis absoluta es proveniente de un factor natural que altera la conducta del agente nulificando la voluntad, por ejemplo los terremotos, huracanes, tormentas, etc.
- ✓ IMPEDIMENTO FÍSICO: 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.
- ✓ CUALQUIER OTRA CAUSA QUE NULIFIQUE LA VOLUNTAD como: los actos reflejos, el sueño, el sonambulismo o el hipnotismo.

La ausencia de conducto por vis absoluta, vis mayor e impedimento físico se refieren a fuerzas físicas que actúan sobre el individuo. Las dos primeras causas provocando al sujeto activo a actuar, mientras que el impedimento físico aparece como obstáculo insuperable para obrar. Tanto

la vis absoluta como la vis mayor se caracterizan por su impulso físico irresistible que lleva a la causación de un resultado típico, con la diferencia que en la primera de ellas, tal impulso proviene de un elemento de la naturaleza.

Por su parte el impedimento físico puede derivar de un tercero o de la naturaleza, pero en ambos casos impide actuar, debiendo ser para ese efecto, necesariamente invencible. Por movimientos reflejos debemos entender aquellas reacciones del sistema neurovegetativo, en las que por tanto no intervienen sistemas nerviosos superiores del hombre, por lo que si como consecuencia de un movimiento reflejo se produce un resultado típico, entonces no existirá conducta.

Y ante la presencia de alguna de estas causas que nulifican la voluntad, no habrá conducta, y por ser éste un elemento esencial del delito ante su ausencia consiguientemente no podrá configurarse el delito.¹⁷

Al respecto nuestro Código Penal Sustantivo actual en el Estado de Guanajuato establece en su artículo 33: "El delito se excluye cuando: fracción I: El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente." En esta disposición quedan comprendidas todas las causas que originan la falta o ausencia de conducta que establecía el Código Penal Sustantivo anterior.

17 Cardona Arizmendi Enrique y Otro. Código Penal comentado del Estado de Guanajuato. 3ª ed. Orlando Cárdenas editor. México 1996 . p. 110

2.2 LA TIPICIDAD:

La tipicidad es un elemento objetivo del delito, elemento que fue agregado por Beling a la definición de Liszt, y es que Frank Von liszt definía al delito como acción antijurídica y culpable, y a partir de la aportación de Beling, el delito se define como acción típica, antijurídica y culpable.

Los conceptos relativos a este elemento objetivo del delito y que es necesario para una mayor comprensión son: tipicidad, tipo, atipicidad y falta de tipo.

2.2.1 CONCEPTO DE TIPICIDAD, TIPO, ATIPICIDAD Y FALTA DE TIPO.

La TIPICIDAD tiene tres acepciones, primeramente se trata de una característica del delito para ser punible, después como el segundo elemento objetivo del delito y como tercera acepción por tipicidad se entiende la adecuación de la conducta realizada por un sujeto a la descrita por el tipo penal.

La tipicidad se entiende como el encuadramiento o adecuación de la conducta al tipo, es decir, cuando el movimiento corporal voluntario positivo o negativo reúna todos y cada uno de los elementos objetivos y subjetivos que el tipo penal exige.

Por TIPO debemos entender, conforme a la definición que aporta Beling, como la descripción en abstracto de la conducta penalmente relevante o que se considera delito.

A partir de la aportación que hace Beling se logra el desarrollo de la teoría de la tipicidad, y consiguientemente de la teoría del delito, pues garantiza el principio de legalidad, garantía del individuo frente al poder punitivo del Estado.

De esta suerte la teoría del tipo y tipicidad consagraron el principio fundamental del derecho penal moderno, el *nullum crimen sine lege*.

Ahora bien, por ATIPICIDAD se entiende primero como el aspecto negativo de tipicidad o ausencia de tipicidad, y que se tiene cuando la conducta realizada por el sujeto activo, no encuadra en el tipo penal por faltar en ella alguno o algunos de los elementos objetivos o subjetivos que el tipo penal exija.

Por FALTA DE TIPO se entiende que no existe en la Ley el tipo penal, o sea que el legislador no ha definido como delito la conducta realizada, es decir, que no ha creado el tipo; y finalmente por TIPICO o TÍPICA se entiende el resultado del juicio de valor de la tipicidad, esto es, que habiéndose efectuado el estudio de la conducta sí reúne o no los elementos que el tipo penal exige, y sí el resultado implica que por ende la conducta encuadra en el tipo diremos que la conducta es típica.

2.2.2 FUNCION DEL TIPO Y DE LA TIPICIDAD.

La importancia del tipo penal radica en que sólo cuando el legislador describa la conducta delictiva, ésta podrá perseguirse, pues de otra manera, la ausencia de tipo eliminaría el carácter ilícito del comportamiento humano voluntario, ocasionando incluso que el actuar de un individuo aún cuando afecte bienes jurídicos de otra persona, no se sancione por el solo hecho de no encontrarse dentro del catálogo de delitos que establece la ley. Y es que al derecho penal corresponde tutelar aquellos bienes jurídicos necesitados de protección debido a su jerarquía e importancia. Esta protección la efectúa el derecho por medio de la creación de penas aplicables a los casos concretos.

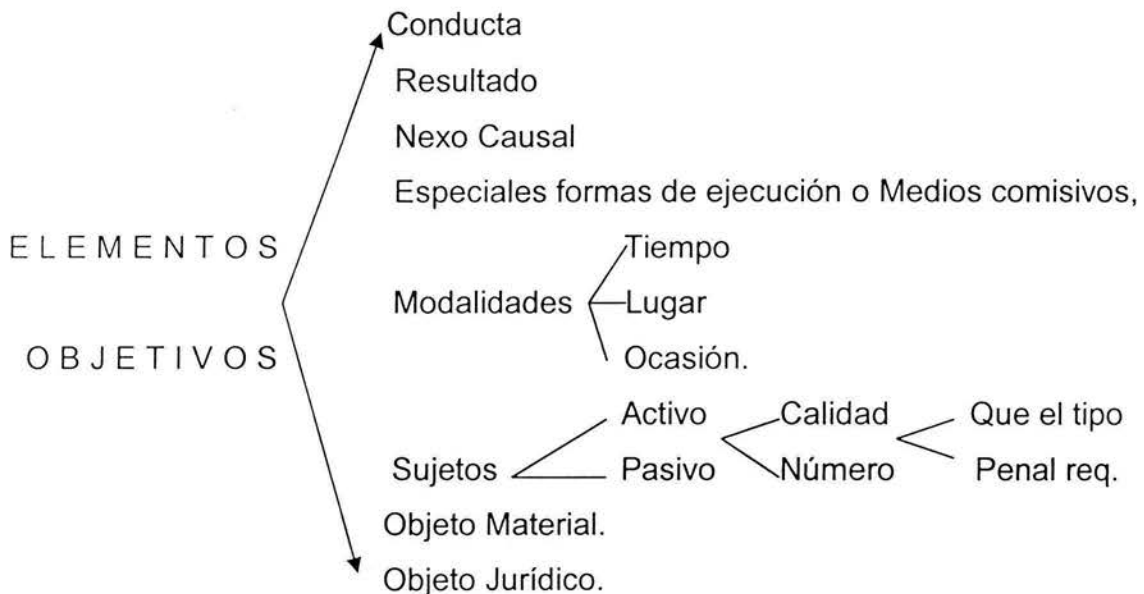
Es por ello que la tipicidad se encuentra apoyada en diversos principios tales como “ No hay delito sin ley”, “No hay delito sin tipo”, “No hay pena sin tipo”, “No hay pena sin delito”, y “No hay pena sin ley”.

La Constitución Política de la República ampara tales principios, los cuales garantizan la sujeto su libertad, en tanto no exista una norma o tipo que establezca el referido comportamiento que pudiera imputársele.

2.2.3 ELEMENTOS DEL TIPO.

Los elementos que el tipo penal puede contener en su descripción en abstracto son de dos clases: elementos Objetivos y elementos Subjetivos y dentro de estos últimos se encuentran los elementos normativos.

Los ELEMENTOS OBJETIVOS del tipo penal de Beling son:



Dentro de los elementos objetivos encontramos a la CONDUCTA, que ya se ha definido como el movimiento corporal voluntario positivo o negativo desencadenante del proceso causal que modifica el mundo exterior o bien como

comportamiento corporal voluntario positivo o negativo encaminado a un propósito.

El RESULTADO es la modificación del mundo exterior que se traduce en la lesión o en la puesta en peligro del bien jurídico tutelado por el comportamiento humano voluntario positivo o negativo desplegado por el sujeto activo del delito.

El NEXO CAUSAL es el vínculo de causa – efecto que debe existir entre la voluntad y la conducta y entre ésta y el resultado. es decir, el resultado debe tener como causa un hacer del agente, una conducta positiva, pues si falta ese nexo de causa – efecto no habrá delito.

Por lo que respecta a las ESPECIALES FORMAS DE EJECUCIÓN, estas están referidas a los medios comisivos, es decir, que para poder tipificar es necesario que la conducta se desarrolle a través de la forma de ejecución que el tipo penal exige, así por ejemplo para poder tipificar el delito de violación ésta debe ser mediante violencia física o moral al imponer la cópula, pues si se da con el consentimiento del sujeto pasivo, la conducta no podrá tipificarse el tipo y no habrá delito.

En relación con las MODALIDADES DE LUGAR, TIEMPO O MODO, se entiende que son aquellas que el tipo penal establece para que la conducta sea típica, es decir, puede ser que el tipo penal establezca que la conducta delictuosa debe realizarse en un determinado lugar, en un determinado tiempo o de un cierto modo, de tal manera que si la conducta no se desarrolla en la forma en que el tipo penal determina, no podrá haber tipicidad.

En relación a los SUJETOS que son las personas que intervienen en un delito como sujeto activo o como sujeto pasivo debemos decir que es sujeto activo la persona que desarrolla la conducta delictuosa, es el delincuente; mientras que el sujeto pasivo es la persona titular del bien jurídico tutelado, que se ve afectado

o puesto en peligro por la conducta desplegada por el activo. Y ofendido es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal. Generalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido, pero a veces se trata de personas diferentes, tal ocurre en el delito de homicidio, en donde el sujeto pasivo o víctima es el individuo a quien se ha privado de la vida, mientras los ofendidos son los familiares del occiso.

Por lo que respecta a los SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS, la calidad y número son características propias de cada delito; por lo que se refiere a la calidad algunos tipos penales exigen, para poder tipificar que el sujeto activo tenga una calidad determinada, situación que también sucede con el sujeto pasivo en determinados casos, de tal manera dentro de los tipos penales se encuentran calidades como son la de ser padre, la calidad de ser madre, cónyuge, hermano, concubina, funcionario público, etc, es decir, que si el sujeto activo o pasivo no reúne ésta calidad que el tipo penal exige no podemos tipificar.

Y por lo que se refiere al número algunos tipos penales exigen una pluralidad en el agente del delito como lo es en el tipo penal de asociación delictuosa en el que se requieren dos o más sujetos en la comisión del delito.

Finalmente el OBJETO MATERIAL es la persona o cosa sobre la cual recae la acción delictuosa, en tanto que el OBJETO JURÍDICO es el bien jurídico tutelado que se traduce en el interés social jurídicamente protegido por la norma.

En lo que respecta a los ELEMENTOS SUBJETIVOS, éstos fueron descubiertos por Mayer en 1914, quien vio una subjetividad especial en los tipos, llamándoles especiales elementos subjetivos del tipo y entre otros citamos los siguientes: ánimos, propósitos, fines, saberes y conocimientos;

Como es de darse cuenta, estos elementos subjetivos se refieren a condiciones psicológicas del sujeto activo al momento de realizar la conducta

típica, como es el caso cuando el tipo penal establece”...al que con ánimo...; ...al que con el propósito de...;....al que engañando...; etc.”

Pero además dentro de estos elementos subjetivos del tipo encontramos elementos normativos a los que hace alusión Edmundo Mezger, llamándolos así por que el tipo penal consigna elementos que entrañan valores, sean jurídicos o culturales, como cuando señala: “... al que sin derecho;..cosa ajena; casta y honesta; etc.”, es decir, los elementos normativos son juicios de valor que lleva a cabo el juez tomando en cuenta lo que por ellos se entiende en la colectividad y entre otros se tienen: el honor, la castidad, la honestidad, la ajeneidad de la cosa, la posesión, la propiedad, etc.

2.2.4 CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES.

La existencia de los elementos subjetivos y normativos, además de los objetivos, llevó a la clasificación de los tipos en *normales* y *anormales*, siendo los primeros aquellos tipos que solo contenían elementos objetivos y los segundos lo que además de contener elementos objetivos, consignaban elementos subjetivos o normativos o ambos.

También existen tipos penales *fundamentales* o *básicos*, los cuales no necesitan ningún otro tipo penal para su existencia, dando origen a grupos de tipos penales, constituyendo cada agrupamiento una familia de delitos. Los tipos penales básicos integran la espina dorsal del sistema de la parte especial del código penal. Y como ejemplo característico de tipo penal fundamental o básico, se tiene el que define el homicidio del cual derivan tipos que también protegen el bien jurídico que es la vida.

Existen también tipos penales *complementados*, mismos que se integran al 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; ésta ubicación la podemos ver fácilmente en nuestro Código Penal por ejemplo por lo que respecta al tipo penal de homicidio, cuando el homicidio calificado aparece junto al básico de homicidio.

Otra clase de tipos penales son los *especiales*, estos son formados por el tipo fundamental y otros requisitos, cuya nueva existencia excluye la aplicación del básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo penal especial.

Tanto los tipos penales especiales y los complementados pueden ser *agravados* y *privilegiados* según tengan señalada una punibilidad mayor o menor en relación al tipo penal básico o fundamental.

En relación a su autonomía o independencia los tipos penales se clasifican en *autónomos* o *independientes* y *subordinados*, son autónomos los que tienen vida propia sin depender de otro tipo; el ejemplo clásico es el robo simple; y son tipos penales subordinados los que dependen de otro tipo penal, por ejemplo el homicidio en riña.

Por su formulación los tipos penales pueden ser *casuísticos* y *amplios*. Los primeros a su vez se clasifican en alternativos y en acumulativos:

Los tipos de 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 cualquiera de los medios establecidos por el tipo, el ejemplo característico está en el tipo penal de violación que puede ser a través de la violencia física o a través de la violencia moral.

Por lo que respecta a los de formulación *casuística acumulativa*, el tipo penal establece dos o más formas de ejecución, formas o medios que deberá

adoptar la conducta desarrollada para poder tipificar, es decir, que deben usarse todos los medios que el tipo penal exige.

Los tipos penales de *formulación amplia* no establecen ninguna forma de ejecución específicamente. Lo cual indica que la conducta podrá desarrollarse por cualquier medio.

Y finalmente por el daño que causan los tipos penales se clasifican en: de *daño o lesión* y de *peligro*. El primero exige la lesión efectiva al bien jurídico tutelado, es decir, que el resultado sea la modificación del mundo exterior, modificación que se traduce en la lesión que sufre el interés jurídico protegido por la norma. Los tipos penales de peligro son aquellos que tutelan los bienes contra la posibilidad de ser dañados.

2.2.5 ASPECTO NEGATIVO DE LA TIPICIDAD.

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, denominada tipo penal, como consecuencia de que en la conducta no se actualicen elementos objetivos, subjetivos o normativos que el tipo penal exige, por lo que en presencia de este aspecto negativo no podrá haber delito.

Por otra parte es importante señalar que no es lo mismo ausencia de tipicidad y ausencia de tipo. La ausencia de tipo se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente no describe una conducta que debería ser incluida en el catálogo de los tipos penales, es decir, no hay en la ley una descripción de la conducta que se considere delictuosa y si no hay tipo penal no puede haber delito. Y es aquí donde cabe recordar la importancia del tipo a que ya se hizo referencia, pues sin su existencia no podrá perseguirse delito.

Al respecto la fracción segunda del artículo 33 del código Penal vigente para el Estado de Guanajuato determina como causa de exclusión del delito: "La falta de alguno de los elementos del tipo penal de que se trate".

No obstante lo anterior debemos mencionar que nuestro código actual habla de los elementos del tipo, en tanto nuestra constitución, la ley suprema, nos habla del cuerpo del delito, en tanto el artículo 158 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato en su párrafo segundo determina que "Se entenderá por CUERPO DEL DELITO, el conjunto de elementos que su integración requiera de acuerdo a la definición legal".

En este orden de ideas, nuestra ley adjetiva habla del conjunto de elementos que su integración requiera de acuerdo a su definición legal, entendiéndose por definición legal precisamente al tipo penal como la descripción en abstracto de la conducta penalmente relevante o que se considera como delito; es decir que para poder tipificar se requiere que la conducta reúna todos y cada uno de los elementos que el tipo penal exige, ya sean objetivos, subjetivos o normativos, por lo cual a través de la tipicidad se demuestra la existencia del cuerpo del delito, subsanándose así cualquier contradicción que pudiese existir entre nuestro código penal sustantivo y nuestra carta magna.

2.3 LA ANTIJURIDICIDAD.

La antijuridicidad es el tercer elemento objetivo del delito, así como una característica para que la conducta pueda ser punible. También se ha definido como un juicio de valor con el que se determina si la conducta desde el punto de vista exterior es contraria o no al orden jurídico, es decir, es la valoración de un acto que en su esencia es contrario a las normas o valores.

El penalista Sergio Vela Treviño definió a la antijuridicidad como el resultado del juicio de valor de naturaleza objetiva, que determina la contrariación existente entre la conducta típica y la norma jurídica, en cuanto se opone la conducta a la norma cultural reconocida por el Estado.¹⁸

De la definición anterior su autor deriva los siguientes elementos:

- (a) Una conducta típica, que precede a la antijuridicidad.
- (b) Una norma jurídica, en la que subyace la norma de cultura que el legislador tomó en cuenta para crear la norma jurídica.
- (c) Un juicio valorativo, de carácter objetivo que corresponde realizarlo al juzgador y su fundamento primario lo encontramos en el artículo 21 constitucional cuando prescribe: "la imposición de la pena es propia y exclusiva de la autoridad judicial".
- (d) Dicho juicio valorativo de contradicción corresponde realizarlo al juez y sólo a él le compete, en función de sus atribuciones y competencia, juicio valorativo de la conducta típica a fin de determinar la antijuridicidad de la misma, la que desde luego no podría quedar sujeta al juicio del propio inculcado o del ofendido, pues entonces la valoración sería subjetiva y resultaría arbitraria.

¹⁸ Orellana Wiarco Octavio Alberto. Teoría del Delito, Ed. Porrúa. México 1994 p. 26

Por otra parte si la conducta típica se encuentra bajo el amparo de una causa de justificación, dicha conducta no obstante de ser típica no se puede considerar antijurídica, precisamente por haberse desarrollado con la justificante o con la permisión que la propia ley establece.

2.3.1 LA ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL.

Frank Von Lizst ha considerado a la antijuridicidad en dos aspectos, uno material y otro 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 esté en contra de una norma penal que prohíba u ordene realizar una conducta. El acto es formalmente contrario al derecho cuando transgrede la norma que contiene un mandato o una prohibición.

La antijuridicidad material es la lesión o peligro para los bienes jurídicos, es propiamente lo contrario a derecho por cuanto hace a la afectación genérica hacia la colectividad. El Acto resulta materialmente opuesto a la norma, por cuanto significa una conducta contraria a la sociedad.

2.3.2 ASPECTO NEGATIVO DE LA ANTIJURIDICIDAD.

Toda conducta para ser estimada válidamente como delictuosa debe revestir la característica de antijurídica. Su calidad de antijurídica deriva de la contradicción con la prohibición o el mandato de una norma. Primero es requisito el que la conducta concreta encuadre en la descripción abstracta contenida por la tipificación de la figura. De tal suerte que al efectuarse dicha adecuación se está quebrantando el deber incito en el tipo. Pero en algunos casos la Ley presenta

excepciones sumamente interesantes, las llamadas CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN, en las que no obstante la presencia de una conducta penalmente típica, el hecho no es considerado delito. Ello en virtud de que el legislador, a través de un juicio axiológico, ha estimado que no existe ese contraste entre la conducta y la norma, esto es, que no hay antijuridicidad.¹⁹

Así conforme a la Ley sustantiva penal, tenemos como causas de justificación, ahora denominadas por el nuevo código penal como causas de exclusión del delito, las siguientes:

A).- CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO:

El artículo 33 del Código Penal vigente para el Estado, en su fracción cuarta, determina que el hecho se justifica cuando se comete con el consentimiento válido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquellos de que pueden disponer lícitamente los particulares; esta causa de justificación se basa en el principio de ausencia de interés, en una manifestación de voluntad del sujeto pasivo. Para que el sujeto activo del delito afecte el bien jurídico tutelado que ésta en disposición del sujeto pasivo.

Dicho consentimiento debe ser "válido" precisa la ley. Tal expresión debe interpretarse en sentido de relevancia o eficacia del consentimiento como causa de justificación, se requiere:

- I. Que provenga del titular del bien jurídico tutelado.
- II. Que verse sobre bienes disponibles jurídicamente por su titular.(patrimonio, salud - operaciones quirúrgicas, cirugías, - lesiones en deportes, cambio de sexo).
- III. Que provenga de una persona capaz, y
- IV. Que la voluntad no este viciada,

19 Cardona Arizmendi Ob. Cit. p. 158

Sí reúnen estos elementos, la conducta pierde su calidad de antijurídica, dejando de ser delictuosa.

B) LEGITIMA DEFENSA.

La fracción V del artículo 33 del Código Penal vigente en el Estado, establece la causa de justificación de legítima defensa al establecer que el delito se excluye cuando se obre en defensa de bienes jurídicos, propios o ajenos, contra agresión ilegítima, actual o inminente, siempre que exista necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla o impedirle.

Esta causa de justificación se basa en el principio de interés preponderante y consiste en un obrar que quiere decir, actuar en contra de una agresión injusta e ilegítima, actual o inminente que tiende a afectar bienes jurídicos propios o ajenos. Esta agresión ilegítima quiere decir injusta, fuera de todo derecho. Debe ser actual o inminente lo que se traduce en un ataque en un momento presente ó que está por suceder prontamente, ataque que podrá ser repelido o impedido. Dicha agresión injusta e ilegítima debe ser además en el momento mismo de que se efectúe la agresión o de que tenga lugar la inminencia y nunca en un momento posterior, supuesto de que de ser así no se estaría en una legítima defensa, sino ante la presencia de una venganza.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación establece al respecto:

LEGITIMA DEFENSA. CONCEPTO DE AGRESIÓN EN LA. Para efectos justificativos de la exculpante de legítima defensa, por agresión se entiende el movimiento corporal del atacante que amenaza lesionar o lesiona intereses jurídicamente protegidos y que hace necesaria la objetividad de la violencia por parte de quien la rechaza. Sexta Epoca, Segunda Parte, Tesis 165 visible a foja 340.

C) ESTADO DE NECESIDAD.

El estado de necesidad como causa de justificación se encuentra en la fracción VI del artículo 33 del Código Penal en cita la cual establece: "El delito se excluye cuando en situación de peligro para un bien jurídico, propio o ajeno, se lesionare otro bien para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- I. Que el peligro sea actual o inminente.
- II. Que el titular del bien salvado no haya provocado dolosamente el peligro, y
- III. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

De lo anterior se tienen como elementos del estado de necesidad:

- a) Una situación de peligro real, actual o inminente.
- b) Que ese peligro no haya sido ocasionado intencionalmente no por grave imprudencia por el agente.
- c) Que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado, ya sea propio o ajeno.
- d) Un ataque por parte de quien se encuentra en el estado necesario; y
- e) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.

Para Sebastian Soler, el estado de necesidad es una situación de peligro para un bien jurídico, que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico.²⁰

En cuanto a esta causa de justificación la Suprema Corte de Justicia establece:

²⁰ Cardona Arizmendi Ob. Cit. p. 168

ESTADO DE NECESIDAD Y LEGITIMA DEFENSA. El estado de necesidad es causa de justificación que por su naturaleza choca con la legítima defensa, ya que en el estado de necesidad no existe defensa de una agresión, sino agresión contra un bien jurídico tutelado para salvar otro bien jurídico igualmente protegido por el derecho, de una situación de peligro no provocada dolosa o culposamente por el agente. Sexta Epoca, Segunda parte, Volumen XI, página 31. Amparo Directo 5613/60 Moreno Islas, relacionada a Tesis 197 visible a fojas 407.

D) CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO.

La fracción III del Artículo 33 del código Penal vigente en el Estado señala que para que obre esta justificante la conducta tendrá que desarrollarse en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un legítimo derecho, que necesariamente tendrán que estar establecidos en la ley.

Y como un fundamento más de esta justificante nuestros más altos Tribunales de la Nación han exteriorizado lo siguiente:

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER, COMO EXCLUYENTE. Para que el subordinado pueda ser considerado exento de pena por obedecer una orden de superior que viene en forma, pero que lesiona injustamente un derecho, es necesario que el subordinado crea erróneamente que se le manda un acto justo. Sexta Época, Segunda Parte, Volumen V, PÁGIINA 4. Amparo Directo 2483/57 Ibarra Orona, relacionada a tesis 201 visible a fojas 418.

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO, DISTINCIÓN. Se incide en un error técnico al equiparar el cumplimiento de un deber con el ejercicio de un derecho, pues aún cuando ambas excluyentes son justificantes, en el caso del ejercicio de un derecho se trata de una situación potestativa, en tanto que en el cumplimiento de un deber el gobernado está obligado a actuar. Séptima Época, Segunda Parte, Volumen LVI, Página 29. Amparo Directo 6115/72. Mercado de Rosas, relacionado a Tesis 94 visible a fojas 97.

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO COMO EXCLUYENTE. El cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho requieren que aquél y éste estén consignados en la ley debiendo hacer hincapié en que estas excluyentes no comprenden los derechos y deberes de naturaleza moral o religiosa. Tesis relacionada a 94 visibles a fojas 205 del Apéndice 1975.

CAPITULO III

ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO.

3.1 LA IMPUTABILIDAD.

La imputabilidad es la capacidad de autodeterminación del hombre para actuar conforme con el sentido, teniendo la facultad, reconocida normativamente, de comprender la antijuridicidad de su conducta.²¹

La imputabilidad es pues el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor del delito, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo. Regularmente se dice que la imputabilidad está determinada a partir de dos elementos muy importantes, un mínimo físico representado por la edad, es decir, la edad mínima; y otro psíquico, consistente en la salud mental o en la capacidad de entender y querer.

Por lo anterior, la conducta típica y antijurídica es atribuible a su persona sí el sujeto tiene la capacidad de entender y comprender la ilicitud del hecho, pero si el agente del delito no cuenta con esa capacidad de querer o entender la ilicitud del hecho, la conducta sigue siendo típica y antijurídica, sólo que el sujeto no podrá responder de sus acciones por no estar sano mentalmente..

Consecuentemente un sujeto que ha sido calificado como imputable, es un sujeto sano mentalmente y si es sano mentalmente, entonces tiene

²¹ Vela Treviño Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. Teoría del delito. Ed. Trillas. México 1995 p.p. 18

conciencia y siendo así se sujeto podrá relacionarse con el mundo exterior. Es por ello que la imputabilidad contiene dos elementos muy importantes a saber:

Primero un elemento INTELECTUAL, el cual se traduce en el saber, en el conocer, es decir, en la capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de comportarse de acuerdo a esa comprensión. Entonces el sujeto sabe, comprende y de acuerdo a esa comprensión de la ilicitud del hecho él decide actuar.

También contiene un segundo elemento que es VOLITIVO, el cual se traduce en la voluntad, en el querer el resultado. De lo anterior se deduce que este elemento de imputabilidad exige dos límites mínimos para su existencia:

- a) UN LÍMITE FÍSICO, es decir, una edad mínima en la que el sujeto al alcanzar determinado desarrollo logra el desarrollo psíquico suficiente para podersele considerar imputable.
- b) UN LÍMITE PSÍQUICO, es decir, la capacidad de entender y querer.

Así finalmente entendemos por imputabilidad la capacidad o aptitud de saber y entender, de comprender y de querer la ilicitud del hecho y de comportarse de acuerdo con esa comprensión. Si un sujeto tiene esas capacidades, entonces es un sujeto imputable por encontrarse sano mentalmente y por desarrollar una conducta delictuosa aún sabiendo y entendiendo la antijuridicidad de su actuar.

3.1.1 LA IMPUTABILIDAD EN LA TEORÍA DEL DELITO.

La imputabilidad no ha recibido un tratamiento idéntico a la culpabilidad en cuanto a su ubicación en el campo de la teoría del delito;

es por ello que se mencionan algunas posiciones doctrinarias que pueden considerarse más destacadas en orden a la ubicación sistemática de la imputabilidad en la teoría del delito. Esencialmente son cuatro criterios a saber: la imputabilidad es un presupuesto general del delito; la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad; constituye un elemento de la culpabilidad y, finalmente, es la imputabilidad un presupuesto de la punibilidad.

La imputabilidad como presupuesto del delito: Esta concepción fue adoptada por los penalistas italianos y en nuestro país en relación a este criterio el maestro Porte Petit expresamente dice: "la imputabilidad no constituye un elemento del delito. Es un presupuesto general del mismo."

Así quienes sostienen este criterio señalan que son presupuestos del delito en general la norma penal, los sujetos activo y pasivo, la imputabilidad y el bien jurídico tutelado, que obviamente deben existir antes del delito y consecuentemente fuera de él.

Sin embargo, la crítica a esta postura radica en que es imposible imaginarse a la imputabilidad antes o fuera de él, en virtud de que sería variar la esencia de la concepción jurídica del delito, olvidando que para que un delito exista es necesario respecto de un acontecimiento en el mundo exterior se satisfaga la conjunción de todos los elementos que integran conceptualmente al delito como son: conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad y culpabilidad.

La imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad: Esta concepción corresponde fundamentalmente a la corriente doctrinaria alemana que tiene como base sustentadora la formulación del juicio de reproche relativo a la culpabilidad en función de un hecho concreto del que pretende responsabilizarse el autor de la conducta enjuiciada.

Esta tesis es la más aceptada para la ubicación sistemática de la imputabilidad pues permite concluir que solo en los casos en que el sujeto reúna el mínimo de edad requerida, así como también reúna la capacidad de entender y querer la momento de producir el resultado típico podrá fincarse el juicio de reproche en virtud de ser imputable.

La imputabilidad constituye un elemento de la culpabilidad: Uno de los representantes de esta teoría es Edmundo Mezguer quien en su tratado de Derecho Penal establece que: “ el concepto de culpabilidad exige una determinada disposición o estado de la personalidad del agente, osea, la llamada imputabilidad. En consecuencia la teoría de la imputabilidad constituye una parte integrante de la teoría de la culpabilidad”.

La crítica que recibe esta postura se refiere a que no es posible conferir de elemento a lo que es fundamento presupuestal, ya que la culpabilidad es precedida por la imputabilidad, que así queda convertida en presupuesto de aquella.

La imputabilidad como presupuesto de la punibilidad: En términos generales, esta postura considera a ala imputabilidad como la capacidad de intimidación en el sujeto de la amenaza legal y no como la capacidad de entender y querer la ilicitud del hecho que es como debe de ser. Es decir, para esta tesis el castigo depende de la capacidad de sentir la amenaza de la pena.

En nuestra opinión la tesis correcta acerca de la ubicación de la imputabilidad en la teoría del delito es la que considera como presupuesto de la culpabilidad , pues es la que más se acerca al sistema penal positivo mexicano.

3.1.2 ACCIONES LIBERAE IN CAUSA.

La imputabilidad es un elemento del delito que debe existir al momento de la realización del acto delictuoso, pues de no ser así el sujeto activo carecerá de la capacidad para responder de sus actos ante el derecho penal.

Sin embargo, si el acto o la omisión productores de un resultado contrario a derecho se ejecutan en estado de inimputabilidad, pero la manifestación de voluntad de esa conducta delictuosa se desarrolló en estado de imputabilidad el sujeto será considerado imputable, ya que el mismo dolosa o culposamente se colocó en ese estado.

Así las acciones libres en su causa pueden entenderse como las conductas productoras de un resultado típico en un momento de inimputabilidad del sujeto actuante, pero puesta la causa en pleno estado de imputabilidad.

En las acciones libres en su causa la conducta aparece en cuanto al sujeto tiene la facultad de elección para actuar en una u otra forma y opta por realizar acciones u omisiones que corresponden a manifestaciones libres de una voluntad consciente, y en esta libertad de actuar el sujeto es absolutamente imputable desplegando una conducta que lo llevará en un momento posterior a un estado de inimputabilidad.

Dicha acción libre en su causa debe tener como efecto o consecuencia un resultado típico, es decir, una lesión o daño a un bien protegido por la norma penal. Además que se requiere la necesaria relación de causalidad que debe existir entre la conducta y el resultado típico.

En las acciones libres en su causa es necesario que la inimputabilidad posterior sea el efecto producido por una causa en un momento de plena imputabilidad.

Las razones de la imputación al sujeto que realiza una acción libre en su causa siempre se ubican en un momento diferente al de la producción del resultado típico por medio del encadenamiento en el proceso causal que se inicia en plena capacidad de imputabilidad.

A éste respecto el penalista Sebastián Soler dice que la imputación del delito se retrotrae al estado anterior y a que en él, el sujeto satisface todos los requisitos necesarios para ser considerado imputable.

Es de máxima importancia para el juez conocer las condiciones psíquicas en que se encontraba el sujeto que realizó una acción libre en su causa en ese momento de plena imputabilidad, ya que de la convicción que alcance el órgano jurisdiccional resultará la existencia del delito y en el caso de haber delito calificará el orden de la culpabilidad, si el sujeto obró con dolo o con culpa para que pueda responder del hecho realizado.²²

3.1.3 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. Son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica que los imposibilite para entender y querer, es decir, los poseedores, al tiempo de la acción del mínimo de salud y desarrollo psíquico exigidos por la ley del Estado; pero sólo son responsables quienes habiendo ejecutado el hecho, están obligados previa sentencia firme, a responder de él.

22 Vela Treviño Sergio Ob. Cit. p. 41

La responsabilidad significa la situación jurídica en que se coloca el autor de un acto típicamente contrario a Derecho, si obró culpablemente; así los fallos judiciales suelen concluir con esta declaración, teniendo al acusado como penalmente responsable del delito que motivó el proceso y señalando la pena respectiva.²³

La responsabilidad resulta entonces de una relación entre el sujeto y el Estado según la cual éste declarará que aquél obró culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias señaladas por la ley a su conducta.²⁴

3.1.4 ASPECTO NEGATIVO DE LA IMPUTABILIDAD.

Las causas de inimputabilidad o aspecto negativo de la imputabilidad son todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.²⁵

La imputabilidad como capacidad de entender y querer la ilicitud de un hecho puede ser obstaculizada por el poco desarrollo mental provocado por la minoría de edad, es decir, menos de 16 años, y por la falta de salud de la mente, de ahí que en presencia de este estado no existe imputabilidad y el sujeto será inimputable.

Las causas de inimputabilidad que menciona el código Penal vigente en el estado en su artículo 33 fracción VII son:

- Enfermedad mental que perturbe gravemente la conciencia;

²³ Ignacio Villalobos, citado por Castellanos Fernando. Ob. Cit. p. 219

²⁴ Idem.

²⁵ Ibidem p. 222

- Desarrollo psíquico incompleto o retardado;
- Perturbación de la conciencia sin base patológica.

Presentándose las dos primeras causas mencionadas, el sujeto es incapaz de querer y comprender el hecho delictuoso, ya que no es sano mentalmente.

Por su parte, la perturbación grave de la consciencia sin base patológica debe ser tal la magnitud del estímulo que perturbe la conciencia del individuo en el momento mismo de la realización de la conducta delictuosa. Es decir, es sujeto sí es sano mentalmente, sin embargo por el efecto de las sustancias ingeridas se altera su conciencia.

También es causa de inimputabilidad conforme a la ley, la grave perturbación de la conciencia por haber ingerido bebidas alcohólicas o por el uso de estupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias semejantes, sin libre voluntad o por error invencible; así como también las personas menores de dieciséis años no serán responsables penalmente con arreglo a lo dispuesto en el Código Penal vigente per lo que en ningún caso se les podrá imponer pena alguna, lo cual esta establecido en el artículo 37 de dicho ordenamiento.

3.2 LA CULPABILIDAD.

La culpabilidad es el segundo elemento subjetivo de la definición del delito, y se define como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.

Así para Frank Von Liszt la culpabilidad es la relación psicológica entre el sujeto y su resultado. Por su parte para el penalista Sergio Vela Treviño culpabilidad es el resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma.

Con el concepto anterior queda claramente establecido que es el juez quien al conocer de un hecho individualizado, que es motivo de su enjuiciamiento resuelve el juicio decretando la culpabilidad del autor, quien, pudiendo y debiendo ajustar su conducta a lo que el derecho pretende, no lo hace así, de donde resulta la consecuencia de reprochar a ese mismo sujeto, vinculado psicológicamente con el acontecimiento, no haber adecuado su conducta a lo que las normas establecen.

Y no es sino hasta cuando el juicio ha quedado concluido que el juez formula un reproche a cierta y determinada conducta, por que a cierto y determinado sujeto le era exigible que adecuara su conducta a la norma y al no hacerlo así se le considera culpable por el comportamiento que le es psicológicamente atribuible y que fue motivo del enjuiciamiento.²⁶

26 Vela Treviño Sergio Ob. Cit. p. 202

A lo anterior, la culpabilidad no solo se determina en base a la relación psicológica entre el sujeto y el resultado, sino también es un juicio de reproche, un juicio de valor o valoración normativa por encontrar al sujeto en pugna con el derecho y con sus obligaciones personales.

De ahí que existan dos principales teorías que debaten sobre la naturaleza jurídica de la culpabilidad, y estas son la teoría Psicologista y la Teoría Normativista.

3.2.1 DOCTRINAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CULPABILIDAD.

La teoría psicologista de la culpabilidad está basada en los pensamientos del sistema clásico, pues para los sustentantes de esta teoría la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad, la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual – volitivo desarrollado del psiquismo del agente, a fin de indagar en concreto cual ha sido su actitud respecto al resultado objetivamente delictuoso.

Así la culpabilidad en el sistema clásico, que da lugar a la teoría psicologista se define como la relación psicológica entre el sujeto y su resultado y se estructura, con la imputabilidad como presupuesto y el dolo y la culpa como especies de culpabilidad.

Resumiendo la tesis psicologista, puede decirse que según ella habrá culpabilidad jurídico-penal cuando pueda establecerse una relación subjetiva entre el acto y su autor, por la que se determine que el acontecimiento típico y antijurídico fue cometido dolosa o culposamente.

Por su parte la teoría Normativista de la culpabilidad afirma que esta es un juicio de valor, un juicio de reproche que se le hace al sujeto por haber obrado en contra de la norma. Por norma debemos entender toda regla de conducta de observancia obligatoria, y que en materia penal existen normas 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 ello el sujeto se relaciona con la norma y se le finca el juicio de reproche, de ahí que la denominación que le dan los sustentantes de ésta teoría sea Teoría Normativista de la culpabilidad.

Así pues la esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber. La exigibilidad sólo se obliga a los imputables que en el caso concreto pueden comportarse conforme a lo mandado.

La culpabilidad estudiada en el sistema penal neoclásico dio lugar a la Teoría Normativista, en la cual éste elemento se estructuraba siendo la imputabilidad, el dolo y la culpa y la exigibilidad como un elemento que da origen al sistema ya referido.

Pero además de los sistemas clásicos y neoclásico ya referidos, surge el sistema finalista que a pesar que sigue la misma definición de culpabilidad adoptada por el sistema neoclásico su estructura es diferente, pues no considera entre sus elementos al dolo y la culpa, pero sí integra la imputabilidad, la cognosibilidad y la exigibilidad como elementos de la culpabilidad, traduciéndose la cognosibilidad en que el sujeto conozca la antijuridicidad del hecho.

Este sistema finalista da la pauta para que en nuestra Ley Sustantiva penal vigente se señalen como causas de inculpabilidad el error de tipo y el error de prohibición, conceptos que en adelante estudiaremos.

3.2.2 FORMAS DE CULPABILIDAD.

La culpabilidad reviste dos formas: el dolo y la culpa según el agente dirija su voluntad consiente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito o cause resultado originado de su negligencia o imprudencia. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo), o por no tomar precauciones indispensables exigidas por el Estado para mantener el orden y seguridad sociales.

En el dolo el agente, conociendo la significación de su conducta, procede a realizarla; en la culpa se ejecuta el acto con la esperanza de que no ocurrirá el resultado. Tanto en la forma dolosa como en la culpa, el comportamiento del sujeto se traduce en un desprecio por el orden jurídico.

3.2.3 EL DOLO.

El penalista argentino Soler define el dolo diciendo que existe no solamente cuando se ha querido un resultado, sino también cuando se ha tenido conciencia de la criminalidad de la propia acción y a pesar de ello se ha obrado,²⁷

Por su parte el penalista Eugenio Cuello Calón manifiesta que el dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso.²⁸

²⁷ Ibidem. p. 211

²⁸Cuello Calón citado por Castellanos Tena. Ob. Cit. p. 239

Pero en términos de la ley sustantiva penal obra dolosamente quien quiere la realización del hecho legalmente tipificado o lo acepta al menos como posible.

Una aportación a la doctrina muy importante es la que nos da el penalista Luis Jiménez de Asúa, al definir al dolo como la producción de un resultado antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o que se ratifica.

La importancia de ésta definición radica en que comprende los dos elementos esenciales del dolo, estos son el INTELECTUAL y el VOLITIVO.

El elemento INTELECTUAL se traduce en que el sujeto tenga conocimiento de los hechos y de las circunstancias relevantes para el tipo legal, así como conozca el significado jurídico de los propios hechos delictuosos en orden a su tipicidad y a ser quebrantadores de un deber en orden a su antijuridicidad.

Para los efectos de la integración del elemento VOLITIVO del dolo, una parte muy importante se ubica en la voluntad del sujeto de realizar el acto delictuoso. Entendiendo por voluntad el contenido de intencionalidad de la conducta cuando le impone a ésta una dirección determinada que viene a ser la contraria a la norma y marcha hacia un resultado antijurídico.²⁹ Así pues, el agente no obstante tenga el conocimiento de la naturaleza del hecho, decide realizarlo.

Lo anterior encuentra su fundamento también en las jurisprudencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

DOLO, EXISTENCIA DEL. El dolo existe con la sola voluntad de causar un daño, independientemente de que no haya

²⁹ Vela Treviño Sergio. Ob. Cit. p. 221

representación cuantitativa del mismo. Amparo Directo 672/1961. Julio Castillo Monroy. Junio 21 de 1962. Unanimidad de 4 votos. Penente Mtro. J. J. González Bustamante. 1ª Sala. Sexta Época. Vol. LX. 2ª parte pag. 26.

DOLO. CONTENIDO TÉCNICO. El dolo no puede entenderse únicamente como la voluntad de un resultado concreto. Es cierto que el activo del delito ejecuta su acto con un propósito específico; sin embargo lo que importa a la técnica jurídica es que exista una voluntad inicial de contenido típico y basta que ella exista para que el resultado se reproche como doloso. Puede no coincidir el resultado con la voluntad y no obstante el dolo subsiste.

Amparo Directo 8776/65/29. Luis González Hernández. 23 de noviembre de 1971. 5 votos. Ponente: J. Ramón Palacios. Informe 1971.

3.2.4. ESPECIES DE DOLO.

Ahora bien, el dolo se clasifica en dolo directo, dolo indirecto, dolo indeterminado y dolo eventual de los cuales sus características esenciales son:

DOLO DIRECTO: en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere, por lo que hay voluntariedad en la conducta y al querer el resultado. Es decir, el sujeto activo tiene la intención de causar un daño determinado y lo hace, aún cuando previamente lo prevé.

DOLO INDIRECTO: El agente dirige su conducta a obtener un resultado, no obstante de que es consiente de que su conducta ocasionará otros resultados.

A esta especie de dolo también se le conoce como dolo de consecuencias necesarias en el cual el sujeto actúa queriendo un resultado principal, teniendo la certeza de que habrá otros resultados más.

DOLO EVENTUAL: Para que exista el dolo eventual, el resultado no querido debe haberse previsto como consecuencia probable o posible de la conducta, es decir, el resultado que el agente del delito ve con indiferencia puede o no darse, pero su sola actitud de menosprecio es suficiente para fundamentar el reproche doloso.

El agente dirige su conducta a obtener un resultado, no obstante que es consiente de que su conducta pueda ocasionar otros resultados.

La diferencia existente entre dolo eventual y dolo indirecto, está en que en el indirecto se tiene la certeza de que su conducta ocasionará otros resultados, en tanto que en el eventual, prevé la posibilidad pero se menosprecia.

DOLO INDETERMINADO: En este tipo de dolo el sujeto no se propone causar un daño en concreto, sino que su propósito es causar alguno. Aquí existe previsión de los resultados posibles vinculados a la acción y el sujeto admite o consiente la producción de cualquiera de ellos. El agente tiene la intención genérica de delinquir sin proponerse un resultado delictivo en especial.

3.2.5 LA CULPA Y CLASES DE CULPA.

La culpa es la segunda forma de culpabilidad y que nuestra ley define: “Obra culposamente quien produce un resultado típico que no previó siendo previsible o que previo confiando en que este no se produciría, siempre que dicho resultado sea debido a la inobservancia del cuidado que le incumbe, según las condiciones y sus circunstancias personales.”

La culpa es la forma de manifestación de la culpabilidad mediante una conducta causalmente productora de un resultado típico que era previsible y evitable por la simple imposición a la propia conducta del sentido necesario para

cumplir el deber de atención y cuidado exigible al autor, atendiendo las circunstancias personales y temporales concurrentes con el acontecimiento.³⁰

Los elementos que integran este concepto son:

- a) Una conducta causalmente típica. Es decir, debe tratarse de un hecho atribuible a un ser humano y además que sea típico, es decir, que afecte en cierta medida los bienes jurídicos que el propio derecho pretende tutelar. Además requiere la vinculación causal entre la conducta y el resultado típico.
- b) Una violación al deber exigible al autor. Una vez que se ha satisfecho la existencia de una conducta típica se procede a la búsqueda de la contrariación objetiva entre la norma y la conducta, o lo que es igual, localizar la antijuridicidad de la conducta típica a fin de determinar la violación que hizo el autor al deber que le era exigible conforme a la norma.
- c) Un resultado previsible y evitable. Lo cual indica que el resultado puede preverse para poder así evitar la lesión o el peligro causado al bien jurídico tutelado por la ley, pero que sin embargo se ocasiono por no haber tomado las precauciones exigidas por el Estado.
- d) Una relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido.

En cuanto a las CLASES DE CULPA existen dos: la culpa consciente o con previsión y la culpa consciente o sin previsión.

En la CULPA CONSCIENTE O CON PREVISIÓN existe sólo que el agente no está interiormente de acuerdo con la producción del resultado, sino que espera que este no se dará. La falsa esperanza que alimenta el activo descansa en el descuido o desatención de un deber concreto. El agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino que abriga la esperanza de que no ocurrirá.

30 Ibidem. P. 245

En algunos casos suele confundirse la culpa consiente con el dolo eventual, y sin embargo la diferencia estriba en que en el dolo eventual se menosprecia el resultado, se asume indiferencia, y en la culpa con previsión no se quiere el resultado, sino más bien se tiene la esperanza de que el resultado no se producirá.

La CULPA INCONSCIENTE o sin PREVISIÓN, no se prevé lo que es posible, el sujeto no prevé que pueda existir un resultado ilícito penalmente relevante, el sujeto no prevé nada; existe voluntariedad de la conducta causada, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible, por desatención a un deber de cuidado ya sea por imprudencia o negligencia.

3.2.6 ASPECTO NEGATIVO DE LA CULPABILIDAD.

La inculpabilidad es el aspecto negativo del elemento subjetivo culpabilidad, y se traduce en el conjunto de causas que impiden la integración de la culpabilidad; son las causas por cuya existencia no se puede fincar al agente el juicio de reproche. La inculpabilidad se produce cuando se elimina el elemento intelectual o elemento volitivo del sujeto, a lo cual da lugar a las causas de inculpabilidad.

Para que un sujeto sea culpable, precisa en su conducta la intervención del conocimiento y de la voluntad; por lo tanto la inculpabilidad debe referirse a esos dos elementos: intelectual y volitivo. Toda causa eliminatoria de alguno o de ambos debe ser considerada como causa de inculpabilidad.³¹

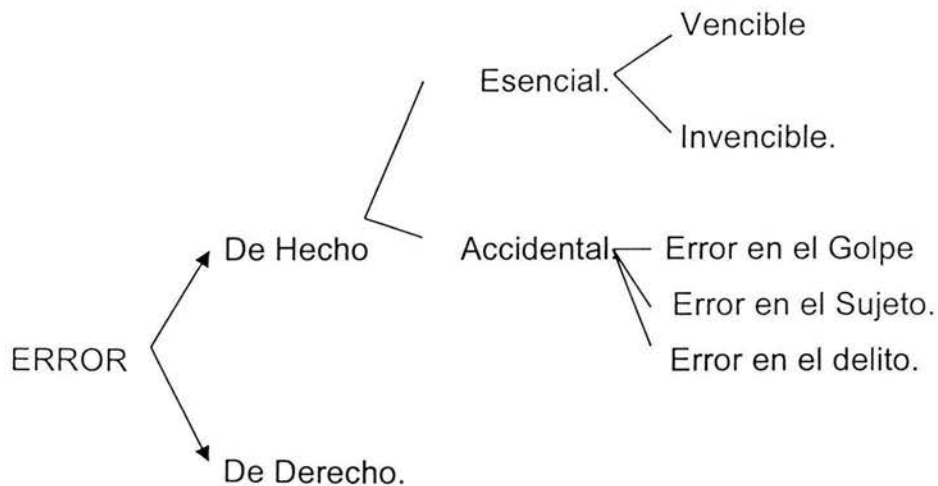
Así como los diferentes sistemas clásico, neoclásico y finalista estructuran la culpabilidad de manera diversa, de igual forma estudian las causas de inculpabilidad, de tal manera que cada sistema establece diferentes causas de la misma pero obviamente todas relacionadas con el aspecto negativo de la culpabilidad.

³¹ Castellanos Fernando. Ob. Cit. p. 258

En base a lo anterior como en el sistema clásico la culpabilidad se estructura con el dolo y la culpa como sus elementos, las causas de inculpabilidad son el error y la coacción. Siendo el error una causa derivada de la falta del elemento intelectual de la culpabilidad.

E R R O R : El error es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognocente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad. El error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto, se conoce pero equívocamente.

El error puede ser de dos clases, error de hecho y de derecho; el error de hecho se clasifica en esencial y accidental, y este último abarca error en el golpe (aberratio Ictus), error sobre el sujeto pasivo del delito (aberratio in personam) y error en el delito) aberratio delicti.



El error de hecho esencial puede ser vencible e invencible. El error esencial vencible anula el dolo y deja la culpa subsistente. El error esencial invencible es el verdadero eximente de responsabilidad por que nulifica tanto el dolo como la culpa.

Por su parte el error de hecho accidental no es causa de inculpabilidad por recaer sobre simples circunstancias objetivas, como ya se menciono, el error en el golpe, error en la persona y error en el delito.

Hay error en el golpe cuando el resultado no es precisamente el querido, pues ocurre una desviación causal en el golpe, dañando así a otro bien jurídico tutelado. Existe error en la persona cuando el sujeto activo del delito confunde a las personas y por error daña a una persona distinta a la que pretendía lesionar o poner en peligro. Y por último, error en el delito en el cual el sujeto cree que está cometiendo un delito determinado y sin embargo comete otro distinto al querido. Estas tres clases de error no constituyen eximente alguna.³²

Por lo que se refiere al error de derecho, este representa la ignorancia de la ley, es decir, que el sujeto desconoce la prohibición establecida por la ley y de esta manera delinque. Es decir, en el error de derecho el sujeto activo cree infundadamente que la conducta que ejecuta es lícita, aun que en realidad no lo es, de ahí que el error de derecho no produzca efectos de eximentes por que el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica su violación. Sin embargo en nuestro actual Código penal, esta clase de error ya es considerado como eximente de responsabilidad al comprenderse dentro de las causas de exclusión del delito que señala el mismo ordenamiento.

LA COACCIÓN: Es la otra causa de inculpabilidad e y ésta afecta el elemento volitivo de la culpabilidad, es decir, la voluntad, pues la coacción no es otra cosa más que el uso de la fuerza física o moral que se ejerce sobre un sujeto para que haga lo que no quiere

³² Ibidem. P. 265-268

realizar; ante el uso de la fuerza existe voluntad pero es una voluntad que se encuentra coaccionada, constreñida por el uso de la fuerza física o moral, y la voluntad en tales circunstancias se encuentra constreñida y se hace lo que no quiere hacerse, la voluntad en este caso está viciada y consecuentemente se genera la inculpabilidad, pues ante la amenaza de sufrir algún daño en los bienes jurídicos tutelados propios o ajenos se realiza la conducta que no se quiere realizar.

3.2.7 CAUSAS DE INCULPABILIDAD EN EL SISTEMA NEOCLASICO.

En éste sistema la culpabilidad tiene como elementos la imputabilidad, el dolo y la culpa, así como la exigibilidad, por lo tanto son causas de inculpabilidad la inimputabilidad, el error, la coacción y la exigibilidad.

Debe recordarse que la inimputabilidad ya fue explicada anteriormente y en lo relacionado al error y la coacción, éste sistema sigue la misma postura que de ellos se tiene en el sistema clásico.

Lo que corresponde ahora explicar es la inexigibilidad, para lo cual por exigibilidad se entiende la obligación normativamente impuesta a los imputables de actuar conforme al derecho cuando deben y pueden hacerlo. Del incumplimiento de la obligación de actuar conforme al derecho surge la fundamentación para que el juez reproche al sujeto su actuación en forma diferente a como se esperaba que actuase, para resolver que hay una conducta culpable.

Atendiendo a estas ideas, no podrá haber culpabilidad cuando al sujeto particular no le era exigible que actuara conforme al derecho, por que no tenía el deber de hacerlo.

Doctrinariamente hay inexigibilidad y consecuentemente enexistencia de delito en todos aquellos casos en los que no es posible precisar la obligación de acatar el mandamiento de la norma, por que al sujeto particular y respecto del hecho no se le puede exigir normativamente ese comportamiento adecuado de la pretensión del derecho.

3.2.8 CAUSAS DE INCULPABILIDAD EN EL SISTEMA FINALISTA.

En este sistema la culpabilidad se encuentra integrada con la imputabilidad, la cognosibilidad y la exigibilidad, como sus elementos, de los cuales su aspecto negativo son la inimputabilidad, el error de prohibición y el estado de necesidad inculpante.

El error de prohibición se refiere esencialmente cuando la acción o la omisión se realice 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 está justificada su conducta.

En lo que se refiere al estado de necesidad inculpante, este existe cuando el sujeto para salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, sacrifica otro de igual valor, en razón de la no exigibilidad de otra conducta. En este caso el sujeto activo no es culpable, en virtud de que no se le puede exigir que obre de manera diferente.

El ejemplo clásico que la mayoría de los autores nos refieren es el de los dos naufragos, cuya posible salvación está en una tabla que solo soporta el peso de uno y por instinto de supervivencia y por salvar su vida, uno de ellos decide privar de la vida para salvar la suya, no pudiendo exigírsele una conducta diferente.

3.2.9 CAUSAS DE INCULPABILIDAD EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL ESTADO.

Por lo que respecta a nuestro código Penal vigente en nuestro Estado, se establecen como causas de inculpabilidad el error de tipo, el error de prohibición, la inexigibilidad y el caso fortuito.

Refiriéndose al error de tipo cuando la acción u omisión se realice bajo un error invencible sobre algunos de los elementos esenciales del tipo penal es decir, que el agente en función de su error insuperable cree que se conducta no puede ser adecuada al tipo penal.

El error de tipo impide al agente conocer la adecuación del hecho que ejecuta al hecho abstractamente formulado en el precepto legal. En esta clase de error el sujeto ignora la existencia de todos los elementos objetivos, o subjetivos o normativos posibles de contenerse en el tipo penal.

En lo concerniente al error de prohibición ya se menciono que este consiste en realizar la acción u 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 su conducta está justificada.

La inexigibilidad como causa de inculpabilidad que contempla la fracción IX del artículo 33 del Código Penal vigente se presenta como ya se dijo cuando al sujeto no se le puede exigir que obre conforme a derecho por que no tenía el deber o posibilidad de hacerlo.

El caso fortuito es otra causa de inculpabilidad que aparece en el Código Penal vigente al establecer: "Art. 33.- El delito se excluye cuando : fracción X: el resultado típico se produce por caso fortuito."

A este respecto la Suprema Corte de Justicia señala:

CASO FORTUITO, EXCLUYENTE DE. La excluyente de caso fortuito se configura legalmente cuando a pesar de que la conducta del agente activo es lícita, cuidadosa y precavida, surge el resultado típico, imprevisible por la concurrencia de una causa ajena a la actuación no encaminada a producir el hecho.

Amparo directo 3513/1956. Clemente López Torres, Unanimidad de 4 votos. Vol. III pág. 40

CAPITULO IV

TEORIA DE LA PENA.

4.1 NOCIÓN DE LA PUNIBILIDAD

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción. También se utiliza para significar la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito, es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada, se engendra entonces la conminación estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas. (ejercicio del *ius puniendi*)

La punibilidad es:

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

Para Castellanos Tena la punibilidad es la acción específica de imponer a los delincuentes, a posteriori las penas conducentes, mientras que para Francisco Pavón Vasconcelos la punibilidad es la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social.

Jiménez de Asúa precisa que lo característico del delito es ser punible y por ende el carácter específico del crimen, pues solo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena.

En resumen la punibilidad es merecimiento de pena, es la conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales y aplicación táctica de las penas señaladas en la ley, es el señalamiento de una pena que va entre el mínimo y el máximo.³³

El ordenamiento jurídico tiene por objeto la defensa de bienes o intereses, y esta defensa la realiza mediante el empleo de la fuerza con la cual garantiza sus ordenes. En efecto la norma jurídica esta constituida en su esencia general por el precepto de conducta que contiene el mandato que se ha de observar y por la indicación de los medios con cuya aplicación, en caso de inobservancia de los mandatos de conducta queda garantizado coactivamente el interés protegido.

4.2 NOCIÓN DE PENA

Muchas definiciones se han dado a cerca de la pena Bernardo de Quiróz la define como la reacción social jurídicamente organizada contra el delito.

La consecuencia última del delito es la pena. Pena es el castigo que el Estado impone, con fundamento en la ley, al sujeto responsable de un delito.

La pena es la legitima consecuencia de la punibilidad como elemento del delito y que es impuesta por el poder del Estado al delincuente, está relacionado con el *lus Puniendi*.

Para Carrara la pena es un castigo que se aplica al delincuente, atiende a la moralidad del acto. Su fin es la tutela jurídica de los bienes y su fundamento la justicia, para que sea consecuente con su fin la pena ha de ser eficaz, aflictiva, ejemplar, cierta, pronta, pública y de tal naturaleza que no pervierta al reo, y para que esté limitada por la justicia ha de ser legal, no equivocada, no excesiva.

³³ Castellanos Fernando. Ob. cit. p. 273

Mezger define la pena como una retribución, esto es, una privación de bienes jurídicos que recae sobre el autor con arreglo al acto culpable, imposición de un mal adecuado al acto.³⁴

Para Carranca la pena es un tratamiento que el Estado impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial o que representa una peligrosidad social, pudiendo se o no ser un mal para el sujeto y teniendo por fin la defensa social.³⁵ Atendiendo a la naturaleza Carranca divide las sanciones en corporales, contra la libertad, pecuniarias, contra ciertos derechos.

Para Litz la pena es un mal impuesto legalmente al delincuente como consecuencia del delito y del proceso correspondiente, es un mal que el juez impone al delincuente a causa de su delito para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor. Más ya no atiende a la moralidad del acto, sino a la peligrosidad del sujeto y en vista de ella a la defensa social.

Ranier Silvio la denomina pena criminal, la cual la define como la consecuencia jurídica pública consistente en la privación o disminución de uno o más bienes jurídicos que la ley expresamente prescribe para los hechos constitutivos de delitos y para el fin de la prevención general, que los órganos de jurisdicción infligen mediante el proceso a causa del delito cometido, y que se aplica y se ejecuta con modalidades que tienden para los fines de la prevención especial, a la reeducación del condenado.³⁶

Por su parte Cuello Calón dice que es el sufrimiento impuesto por el Estado en ejecución de una sentencia al culpable de una infracción penal.

³⁴ Carranca Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. 11ed.México 1977 p. 629

³⁵ IBIDEM. p.630

³⁶ Ranier Silvio citado por Castellanos Fernando. Ob. Cit. p. 319

De esta noción se desprenden los siguientes caracteres:

- a) Es un sufrimiento, o sentida por el penado como un sufrimiento, que consiste en la restricción o privación de bienes jurídicos impuesta al condenado.
- b) Es impuesta por el Estado. La pena es pública impuesta por el Estado para la conservación del orden jurídico o para restaurarlo cuando haya sido perturbado por el delito.
- c) La pena debe ser impuesta por los tribunales de Justicia como consecuencia de un Juicio penal.
- d) Debe ser personal, debe recaer solamente sobre el penado, de modo que nadie puede ser castigado por hechos de otros.
- e) Debe ser legal, establecida por la ley y dentro de los límites por ella fijados, para un hecho previsto por la misma como delito.

4.3 ANTECEDENTES DE LA PENA.

El estudio de la pena corresponde a una de las ramas de la criminología, que es la penología, la cual profundiza en su estudio e incluye sus antecedentes históricos- En este apartado únicamente se mencionarán algunas ideas al respecto,

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

En la antigüedad importaba castigar con el fin de reprimir o eliminar al delincuente, provocando una reacción de escarmiento dirigido a los demás. Se creía que cuanto más cruel fuera una pena, más eficaz sería esta. La pena fundamental era la capital (la pena de muerte), porque eliminaba al delincuente, y algo era seguro, ese sujeto no volvería a delinquir.

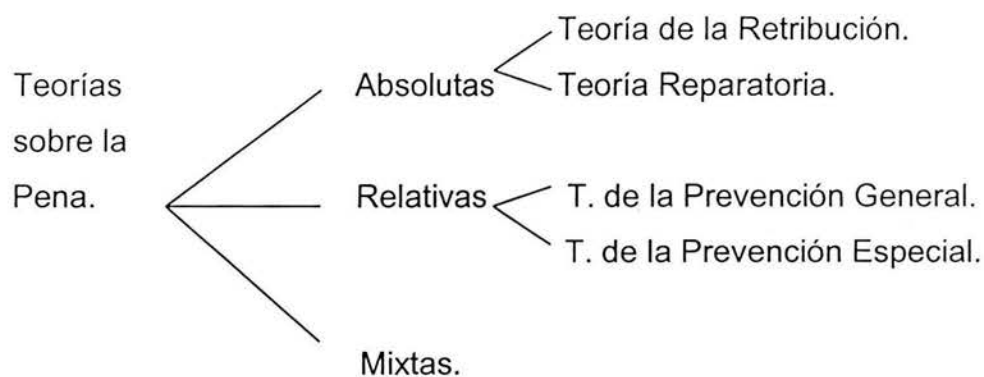
Luego surgieron otras penas, como los trabajos forzados, las penas corporales (tortura) que causaban dolor físico y afectación psicológica, y las penas infamantes, que ocasionaban descrédito social, desprecio y deshonor frente a la sociedad, creyéndose que con la vergüenza escarmentaría el sujeto- También existió la pena pecuniaria, pero generalmente como accesoria³⁷.

Cuando las ideas humanísticas empiezan a influir en quien imparte justicia, la pena tiende a corregir mas que a castigar severamente. La influencia de Cesar Beccaria, quien rechazara la crueldad y la larga duración de la pena, entre muchas otras cosas fue decisiva.³⁸

Hoy día, la pena se encuentra en un periodo científico. Se intenta castigar no solo para causar afectación al sujeto, sino también con el fin de readaptarlo.

4.4 TEORIAS SOBRE LA PENA:

Aceptada la fundamentación y la necesidad del orden jurídico, se han elaborado diversas doctrinas para servir de justificación a la pena, las que pueden reducirse a tres: absolutas, relativas y mixtas.



37 Rodríguez Manzanera Luis. Criminología. Ed. porrua 12ªed. México 1997. P.54

38 Beccaria Cesar. Tratado de los Delitos y de las penas. Ed. Porrúa. 7ª ed. Méx. 1997 p. 48

TEORIAS ABSOLUTAS: para estas concepciones, la pena carece de una finalidad práctica, se aplica por la 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 por el delincuente, la debe sufrir ya sea a título de reparación o de retribución por el hecho ejecutado.

Dentro de esta teoría encontramos la teoría de la retribución la cual estriba en que se debe inferir un mal al que ha causado un mal.

TEORIAS RELATIVAS: a diferencia de las teorías absolutas que consideran la pena como fin, las relativas la toman como un medio necesario para asegurar la vida en sociedad, es decir, asignan a la pena una finalidad en donde encuentra su fundamento.

Dentro de esta teoría encontramos a la teoría de la prevención general y la teoría de la prevención especial.

En la Teoría de la Prevención General el Estado fue creado para asegurar la existencia del hombre conforma a leyes; toda violación de la ley contradice el propósito fundamental del Estado y éste debe asegurar por los medios a si alcance que las leyes se respeten. Para lograr ese respeto, la pena prevista en la ley tiene como objetivo intimidar al individuo para que cumpla con la ley, de tal forma que no lesione bienes jurídicos. La pena es una coacción psicológica, dirigida a la generalidad de los individuos, previniendo de esta manera el delito.

En la Teoría de la Prevención Especial la pena resulta preventivamente especial a través de la retribución mediante dos efectos: el de corrección y el de intimidación, es decir, se aplica la sanción para que el sujeto se corrija y al aplicarse la pena esta también sirve para que en lo sucesivo no delinca o sea efecto intimidatorio.

TEORIAS MIXTAS: estas teorías pretenden intentar la conciliación de la justicia absoluta, con una finalidad, la más difundida es la de Rossi, quien toma como base el orden moral interno e inmutable, preexistente a todas las cosas, junto a el existe ese orden social igualmente obligatorio, correspondiendo a este desorden una justicia absoluta y una relativa.

Eugenio Cuelo Calón se adhiere a estas teorías al afirmar que si bien la pena debe aspirar a la realización de fines de utilidad social y principalmente la prevención del delito.

4.5 LA PUNIBILIDAD, ELEMENTO O PRODUCTO DEL DELITO.

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

La punibilidad es característica esencial del delito por que la conminación abstracta de la sujeción a sanción forma parte de su sustancia. Un delito sin sanción no es delito; una norma sin sanción no es norma, es una mera recomendación.³⁹

El maestro Porte Petit dice: "para nosotros que hemos tratado de hacer dogmática sobre la ley mexicana, procuramos sistematizar los elementos legales extraídos del ordenamiento positivo, indudablemente la punibilidad es un carácter

39 CARDONA Arismendi Enrique, Ob. Cit. p. 95

del delito y no una simple consecuencia del mismo. El artículo 7º del Código Federal Penal que define el delito como el acto u omisión sancionado por las leyes penales exige explícitamente la pena legal y no vale decir que solo alude a la garantía penal *Nulla Poena sine Lege* pues tal afirmación es innecesaria ya que otra norma del total ordenamiento jurídico, el artículo 14 constitucional alude sin duda de ninguna especie a la garantía penal. Tan poco vale negar a la punibilidad el rango del carácter del delito con base en la pretendida naturaleza de las excusas absolutorias. Se dice que la conducta ejecutada por el beneficiario de una excusa de esta clase es típica, antijurídica, culpable y por tanto constitutiva del delito y no es penada por consideraciones especiales. Sin embargo cualquiera que sea la naturaleza de la excusa absolutoria, obviamente respecto a nuestra legislación imposibilita la aplicación de una pena, de suerte que la conducta beneficiaria de la excusa absolutoria aún cuando no es punible no encaja en la definición del delito contenida en el artículo 7º del Código Penal Federal".⁴⁰

Contrario a la opinión de Porte Petit encontramos la de Raúl Carrancá que al hablar de excusas absolutas afirma que tales causas dejan subsistir el carácter delictivo del acto y excluyen sólo la pena. De este modo podemos inferir que para Carrancá la Punibilidad no es elemento esencial del delito ya que si se presenta el aspecto negativo de la punibilidad al existir excusas absolutorias el delito permanece inalterable.⁴¹

Para Raúl Carrancá la pena es la reacción de la sociedad o el medio de que esta se vale para tratar de reprimir el delito, es algo externo al mismo y dados los sistemas de represión en vigor, su consecuencia ordinaria; por esto, acostumbrados a los conceptos arraigados sobre la justicia retributiva suena lógico decir que el delito es punible, pero esto significa que la punibilidad forma parte del delito, ni el delito dejaría de serlo si se cambiaran los medios de defensa de la sociedad. Un acto es punible por que es delito, pero un acto no es delito por ser

⁴⁰ CASTELLANOS Ob. cit. p. 59

⁴¹ PORTE Petit Celestino, Derecho Penal Mexicano, Tomo I, México 1956 p. 125 citado por Castellanos Tena

punible, en cambio sí es rigurosamente cierto que el acto es delito por su antijuridicidad típica y por ejecutarse culpablemente. Si a pesar de ser así calléramos en el empeño de incluir en la definición del delito la punibilidad, tendríamos para ser lógicos y consecuentes con esa manera de apreciar esa característica, necesidad de consignar a otras en idénticas condiciones y decir que el delito es el acto humano, típico, antijurídico, culpable, punible, reprochable y temible.⁴²

Desde el punto de vista formal de acuerdo con nuestro sistema positivo, generalmente una conducta es delictuosa cuando esta sancionada por las leyes penales. (artículo 11 del Código penal para el Estado de Guanajuato) pero por otra parte el propio ordenamiento establece el delito no punible cuando se trata de excusas absolutorias en las que la delictuosidad aparece, pero la pena no se aplica, de aquí que la punibilidad es una consecuencia más o menos ordinaria del delito, pero no un elemento esencial del mismo.

Excusas Absolutorias: Son aquellas específicas causas de carácter personal que el legislador regula expresamente donde un hecho o conducta típico, antijurídico y culpable no resulta punible. Algunas de estas excusas absolutorias entre otras podemos encontrarlas en los siguientes artículos del Código Penal para el Estado de Guanajuato:155, 163, 242, 270 , 277, 282.

4.6 CARACTERÍSTICAS DE LA PENA.

La pena tiene las características siguientes:

Intimidatoria.- Debe preocupar o causar temor al sujeto para que no delinca.

⁴² CASTELLANOS Fernando, p. 203

Aflictiva.- Debe causar cierta afectación o aflicción al delincuente, para evitar futuros delitos.

Ejemplar.- Debe ser un ejemplo a nivel individual y general para prevenir otros delitos.

Legal.- Siempre debe provenir de una norma previamente establecida. Es lo que se traduce en el principio de legalidad.

Correctiva.- Toda pena debe tender a corregir al sujeto que comete un delito.

Justa.- La pena no debe ser mayor ni menor, sino exactamente la correspondiente en medida al caso concreto. Tampoco debe ser excesiva en dureza o duración, ni menor, sino justa.

4.7 FINES DE LA PENA.

La pena debe aspirar a la realización de fines de utilidad social y principalmente al de la prevención del delito. La pena debe crear en el delincuente motivos que le aparten del delito en el porvenir y sobre todo como finalidad preponderante tender a su reforma y a su readaptación a la vida social.

La pena debe cumplir con determinados fines, a saber:

De corrección.- La pena, antes que todo, debe lograr corregir al sujeto, actualmente se habla de readaptación social.

De protección.- Debe proteger a la sociedad, al mantener el orden social 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.

4.8 CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS.

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

Por sus consecuencias

Reversible.- La afectación dura el tiempo que dura la pena, pero después el sujeto recobra su situación anterior, y las cosas se encuentran en el estado que se encontraban, por ejemplo, la pena pecuniaria.

Irreversible.- La afectación deriva de la pena e impide que las cosas vuelvan al estado que se encontraban, por ejemplo, la pena corporal o la pena de muerte.

Por su aplicación

Principal.- Es la que impone el juzgador a causa de la sentencia; es la pena fundamental.

Accesoria.- Es la que llega a ser consecuencia directa y necesaria de la principal.

Complementaria.- Es adicional a la principal y deriva también de la propia ley.

Por la finalidad que persigue

Correctiva.- Es aquella que procura un tratamiento readaptador para el sujeto.

Intimidatoria o preventiva.- Es aquella con la cual se trata de inhibir al sujeto para que no vuelva a delinquir.

Eliminatoria.- Tiene como finalidad eliminar al sujeto, ya sea de manera temporal (prisión) o definitiva (pena de muerte).

Por el bien jurídico que afecta

Capital.- Afecta directamente a la vida del delincuente y se conoce como pena de muerte. Antiguamente era la pena por excelencia, pues importaba más eliminar al sujeto que pensar en corregirlo. Actualmente, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contempla en el artículo 22, último párrafo, la

posibilidad de aplicarla, cuando se trata exclusivamente de los delitos que menciona, pero hasta el momento ninguno de los Estados que conforman a la Federación, contempla su aplicación.

Los últimos Estados que la contemplaron fueron el de Sinaloa, que la derogó en 1962, y en el de Sonora en 1975; a su vez a su vez, el Código de Justicia Militar la conserva en su artículo 142.

Laborales.- Consisten en castigar al sujeto mediante la imposición obligatoria de trabajos; antiguamente estaba constituida por los trabajos forzados, hoy prohibidos en el sistema jurídico mexicano.

Vale aclarar que la Constitución, en su artículo 5°, párrafo tercero habla indebidamente de "trabajo impuesto como pena" al referirse a la libertad de trabajo; en cambio, el artículo 18 constitucional contempla que para lograr la readaptación social del sujeto, el tratamiento penitenciario deberá basarse en el trabajo y la educación.

Actualmente, el artículo 24 del CPDF contempla el trabajo en favor de la comunidad, con una significación diferente de lo que era el trabajo como castigo.

Infamantes.- Causa descrédito, deshonor y afectación a la dignidad de la persona. Antiguamente, esta pena era muy común y consistía fundamentalmente en la exhibición pública con ropas ridículas, pintura o rape, letreros denigratorios, etc. a estas también las prohíbe la Carta Magna.

Restrictivas privativas de libertad.- Afecta directamente al bien jurídico de la libertad. El ejemplo por excelencia es la prisión. La actual legislación penal mexicana contempla que la duración mínima de la privación de la libertad será de tres días y la máxima de 50 años a nivel Federal; en nuestro Estado, según la legislación penal del mismo, la pena privativa de la libertad es de tres días como mínimo y treinta años como máximo

A pesar de la información indebida no existe la cadena perpetua en México. Por cuanto hace a la eficacia de la prisión, esta es muy relativa, pero por lo pronto

no se ha encontrado una pena mas adecuada, la cual, al mismo tiempo que trate de readaptar al delincuente, proteja a la sociedad.

Individualización de la pena

La individualización de la pena consiste en imponer y aplicar la pena según las características y peculiaridades del sujeto para que la pena se ajuste al individuo y realmente sea eficaz. (artículos 100 y 101 del Código Penal para el estado de Guanajuato)

Indeterminación de la pena

Ya en la escuela positiva y algunas eclécticas se planteo la necesidad de que la pena fuera indeterminada. Esto significa que no debe tener un termino fijo, sino que debe durar el tiempo necesario para lograr la readaptación del delincuente.

En la legislación penal mexicana no existe tal indeterminación. La pena es determinada y el sujeto sentenciado sabe cuanto durará.

Se considera que la indeterminación atentaría contra las garantías individuales contenidas en la Constitución, pues éste sabría cuando comenzaría a cumplir su pena, pero no cuando terminaría y se prestaría a innumerables afectaciones, voluntarias o involuntarias.

En principio, es lógico y conveniente pensar que la pena sea indeterminada, pues, al igual que en medicina, el tratamiento debe dura el tiempo necesario para lograr la cura del paciente, pero en derecho se puede decir que no estamos preparados para ello.

Conmutación de la pena

La conmutación de la pena significa que una pena impuesta en virtud de una sentencia irrevocable podrá modificarse por otra, lo cual corresponde al ejecutivo. (artículos 103 y 104 del Código Penal para el estado de Guanajuato)

Ejecución de la pena

Una vez que el juez señala e impone una pena por sentencia en el caso concreto, aquella deberá cumplirse. La ejecución de sentencias corresponde al Ejecutivo Federal o Estatal, según sea el caso, de manera que el derecho ejecutivo penal se encarga de ello.

4.9 MEDIDAS DE SEGURIDAD

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

La medida de seguridad es el medio por el cual el Estado trata de evitar la comisión de delitos, por lo que impone al sujeto medidas adecuadas al caso concreto con base en su peligrosidad, incluso se puede aplicar antes de que se cometa el delito, a diferencia de la pena.

La medida de seguridad puede ser educativa, medica, psicológica, pecuniaria, etc., y se impone tanto a imputables como a inimputables.

Algunos ejemplos de medidas de seguridad contempladas en el Código Penal para el Estado de Guanajuato son: Tratamiento de inimputables, Deshabitación, Tratamiento psicoterapéutico integral y las demás que señalen las leyes,

El criterio para imponerlas debe ir de acuerdo con la peligrosidad del sujeto y su duración puede ser indeterminada.

4.10 EXTINCIÓN PENAL

En este apartado se estudiará como puede terminar la acción penal o la pena.

Acción penal.- Es una atribución del Estado consistente en hacer que las autoridades correspondientes apliquen la norma penal a los casos concretos.

Noción de extinción penal.- La extinción penal es la forma o medio por el cual, cesa o termina la acción penal o la pena.

El Ministerio Público es el titular de la acción penal, ya que representa los intereses de la sociedad.

Formas de extinción:

Cumplimiento de la pena.- Es la principal forma de extinción, se trata de cumplir con la pena impuesta, de modo que, una vez consumada, se extinguirá. (artículo 111 del Código Penal para el Estado de Guanajuato)

Amnistía.- Es un medio por el cual se extinguen tanto la acción como la pena, excepto la reparación del daño. Se aplica en caso de delitos políticos (artículo 113 del Código Penal para el Estado de Guanajuato)

Perdón.- Es la forma de extinción penal que concede el ofendido (o víctima) o su representante legal. Opera solo en los casos de delitos que se persiguen por querrela necesaria, y debe ser absoluto e incondicional, otorgarse antes de que se dicte sentencia en segunda instancia y siempre que el procesado no se oponga. (artículos 114 al 116 del Código Penal para el Estado de Guanajuato)

Indulto.- Es una causa de extinción de la pena, procede de sanción impuesta en sentencia irrevocable y no se extingue la obligación de reparar el daño.

Muerte del delincuente.- Resulta lógico que sí el delincuente muere, la acción o la pena cesa automáticamente por ese hecho natural. (artículo 112 del Código Penal para el Estado de Guanajuato)

Reconocimiento de la inocencia del sentenciado.- Cuando aparezca por prueba indudable que el sentenciado es inocente del delito por el que se le juzgo, cualquiera que sea la sanción impuesta en sentencia ejecutoria, procede su anulación. (artículo 117 del Código Penal para el Estado de Guanajuato)

Prescripción.- Extingue tanto la acción como la pena. Consiste en el transcurso del tiempo que la ley señale, siempre que existan los supuestos legales señalados y, por ese simple hecho, prescribe la acción o la pena. (artículos 119 al 133 del Código Penal para el Estado de Guanajuato)

4.11 REHABILITACIÓN

La rehabilitación se confunde frecuentemente con otras nociones, como la readaptación. La rehabilitación consiste en reintegrar al sentenciado en sus derechos civiles, políticos y de familia que estaban suspendidos o había perdido, a causa de la sentencia.

4.12 READAPTACION

La readaptación es el propósito plasmado en la Constitución respecto del sujeto sentenciado. Se trata de adaptar o readaptar (según sea el caso) al sujeto para que pueda, posteriormente al cumplimiento de su sentencia, vivir en sociedad. Como se ha mencionado, el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece las bases para este propósito, que son la educación, el trabajo y la educación para el trabajo. Deben tenerse presentes también las disposiciones de los reglamentos internos de los reclusorios, la Ley que señala las Normas Mínimas de Sentenciados e incluso los tratados internacionales.

CAPITULO V.

EI DELITO DE CLONACIÓN HUMANA COMO NUEVO TIPO PENAL.

5.1 DEFINICIÓN DE LA CLONACIÓN.

Etimológicamente la palabra clonación proviene del griego *klon* cuyas diversas acepciones significan: " ramita", "estaca", "multitud", etc.

Se considera que un clónico es un grupo de células u organismos idénticos, o un solo miembro de dicho grupo o multitud, propagados a partir de la misma célula corporal.

La clonación es la forma asexual y agama de reproducir artificialmente individuos genéticamente idénticos mediante la manipulación genética de las células somáticas o cromosomas, las cuales contienen el ADN (Ácido Desoxirribonucleico) que es el banco de memoria genética en donde están impresos los genes que son caracteres hereditarios que se transmiten de padres a hijos que a su vez están contenidos todos ellos en los gametos sexuales femeninos y masculinos (óvulos y espermatozoides) que al momento de la fecundación o concepción, cuando se unen ambas células sexuales, forman un cigoto o huevo, que desde ese momento es considerado como un embrión. Ahora bien la fecundación natural es sustituida en la clonación por la fusión del gameto sexual femenino con cualquier otra célula ya determinada del cuerpo, en donde es tomado el ADN, contenido en el núcleo de la célula somática donde se encuentran los cromosomas, para ser insertada mediante la transferencia nuclear en

otra célula desnucleada, es decir se extrae la información o aportación hereditaria para introducir otra distinta, por lo que se priva de la información genética de origen materno, y dado que el núcleo de la célula somática (cromosoma) contiene todo el patrimonio genético el individuo que se obtiene posee la igualdad idéntica genética fundamental, es la que convierte al nuevo individuo en una replica o copia del clonante, lo que da como resultado lo que conocemos con el nombre de clon.

En otras palabras la clonación consiste en que un óvulo femenino que es una célula sexual reproductora, se le extrae el núcleo que es el que contiene toda la información genética o hereditaria lo que se conoce como ADN y se le implanta otra información genética o hereditaria a esa célula que fue privada de su núcleo, fecundándose esta ya no en la forma natural, utilizando a la célula sexual masculina o espermatozoide, sino que es fecundado el óvulo mediante la fusión de otra célula distinta que puede provenir de cualquier parte del cuerpo, la cual puede ser donado por una persona distinta, ya sea del sexo masculino o del sexo femenino, o incluso de la misma persona a la que se le va a implantar el óvulo manipulado genéticamente por lo que el producto que se obtiene es una replica idéntica de la persona que dono la información hereditaria y ya que no existe aportación de otra persona de caracteres hereditarios que le darían una identidad distinta al producto de esa unión, el resultado en el caso en cuestión sería lo que se conoce con el nombre de clon.

Hay que diferenciar el uso de la palabra clonación en distintos contextos de la biología:

↓ Si nos referimos al ámbito de la Ingeniería Genética, clonar es aislar y multiplicar

en tubo de ensayo un determinado gen o, en general, un trozo de ADN. Sin embargo, Dolly no es producto de Ingeniería Genética.

↓ En el contexto a que nos referimos, clonar significa obtener uno o varios individuos a partir de una célula somática o de un núcleo de otro individuo, de modo que los individuos clonados son idénticos o casi idénticos al original.

En los animales superiores, la única forma de reproducción es la sexual, por la que dos células germinales o gametos (óvulo y espermatozoide) se unen, formando un cigoto (o huevo), que se desarrollará hasta dar el individuo adulto. La reproducción sexual fue un invento evolutivo (del que quedaron excluidas las bacterias y muchos organismos unicelulares), que garantiza que en cada generación de una especie van a aparecer nuevas combinaciones de genes en la descendencia, que posteriormente será sometida a la dura prueba de la selección y otros mecanismos evolutivos. Las células de un animal proceden en última instancia de la división repetida y diferenciación del cigoto.

Desde hace unos años se vienen obteniendo mamíferos clónicos, pero sólo a partir de células embrionarias muy tempranas, debido a que aún no han entrado en diferenciación (y por lo tanto poseen la propiedad de pluripotencia). No es extraño pues el revuelo científico cuando el Instituto Roslin de Edimburgo comunicó que habían logrado una oveja por clonación a partir de una célula diferenciada de un adulto. Esencialmente el método (que aún presenta una alta tasa de fracasos) consiste en obtener un óvulo de oveja, eliminarle su núcleo, sustituirlo por un núcleo de célula de oveja adulta (en este caso, de las mamás), e implantarlo en una tercera oveja que sirve como "madre de alquiler" para llevar el embarazo.

Así pues, *Dolly* carece de padre y es el producto de tres "madres": la donadora del óvulo contribuye con el citoplasma (que contiene, además mitocondrias que llevan un poco de material genético), la donadora del núcleo (que es la que aporta la inmensa mayoría del ADN), y la que parió, que genéticamente no aporta nada.

Científicamente se trata de un logro muy interesante, ya que demuestra que, al menos bajo determinadas circunstancias es posible "reprogramar" el material genético nuclear de una célula diferenciada (algo así como volver a poner a cero su reloj, de modo que se comporta como el de un cigoto). De este modo, este núcleo comienza a "dialogar" adecuadamente con el citoplasma del óvulo y desencadena todo el complejo proceso del desarrollo intrauterino

5.2 TIPOS DE CLONACION.

Tipos de clonación según el método:

1. Partición (fisión) de embriones tempranos: analogía con la gemelación natural. Los individuos son muy semejantes entre sí, pero diferentes a sus padres. Es preferible emplear la expresión *gemelación artificial*, y no debe considerarse como clonación en sentido estricto.
2. *Paraclonación*: transferencia de núcleos procedentes de blastómeros embrionarios o de células fetales en cultivo a óvulos no fecundados enucleados y a veces, a cigotos enucleados. El "progenitor" de los clones es el embrión o feto.

3. *Clonación verdadera*: transferencia de núcleos de células de individuos ya nacidos a óvulos o cigotos enucleados. Se originan individuos casi idénticos entre sí (salvo mutaciones somáticas) y muy parecidos al donante (del que se diferencian en mutaciones somáticas y en el genoma mitocondrial, que procede del óvulo receptor)

5.3. EL GENOMA HUMANO.

Se llama genoma a la totalidad del material genético de un organismo. El genoma humano tiene entre 50.000 y 100.000 genes distribuidos entre los 23 pares de cromosomas de la célula. Cada cromosoma puede contener más de 250 millones de pares de bases de ADN y se estima que la totalidad del genoma tiene aproximadamente 3.000 millones de pares de bases

El ADN analizado en el Proyecto genoma humano procede por lo general de pequeñas muestras de sangre o de tejidos obtenidas de personas diferentes. Aunque los genes del genoma de cada individuo están formados por secuencias de ADN exclusivas, se estima que la variación media de los genomas de dos personas distintas es muy inferior al 1%. Por tanto, las muestras de ADN humano de distintas fuentes presentan muchas más similitudes que diferencias

5.4 INVESTIGACIÓN EN CROMOSOMAS.

Como es sabido, cuando una técnica se pone a punto en un animal doméstico o de laboratorio, sólo es cuestión de tiempo y dinero el que pueda ser aplicada a humanos.

Evidentemente, un individuo clónico (aparte de no ser totalmente idéntico al original, por que en cada individuo influyen poderosamente el ambiente y la educación, ente otros factores) tendría su propia individualidad, y es absurdo hablar en este sentido de "fotocopias humanas" (sobre todo en lo referente al carácter y conducta.

Y no deja de resonar un viejo principio ético básico de nuestra cultura: los seres humanos son fines en sí mismos, y no pueden ser medios para otros fines, por muy loables que éstos sean (incluyendo el avance científico). ¿Con qué autoridad y con qué sabiduría podríamos imponer a otros seres humanos nuestro diseño en su misma entraña biológica, a carecer de la referencia a un padre y una madre, a ser fruto de una unión sexual? ¿Seríamos capaces de experimentar ("a ver lo que sale") con otros seres humanos so pretexto de eliminar el azar biológico? ¿Quiénes somos nosotros para abrogar este mecanismo de lotería genética que lleva miles de millones de años funcionando, qué criterios usaríamos en su lugar, y quién decidiría?

El debate de la clonación (junto con otros avances derivados de la biotecnología) va a ser un buen campo para poner a prueba la capacidad de nuestras sociedades para discutir racional y democráticamente sobre la posibilidad de encauzar la tecnología. ¿Tendremos en nuestras manos la oportunidad de ponerla al servicio de las profundas necesidades de la humanidad, o seguiremos deslizándonos por la pendiente del sonambulismo tecnológico?

5.5 CRONOLOGÍA DE LA CLONACIÓN.

La investigación genética no tiene aún 150 años, pero se ha desarrollado de forma vertiginosa. A continuación, los hitos principales de esta ciencia de la herencia de la vida:

1865 - El monje agustino austríaco Gregor Mendel demuestra las leyes de la herencia, pero su descubrimiento pasa desapercibido.

1869 - El patólogo suizo Friedrich Miescher descubre en espermatozoides de peces y otro material biológico la sustancia responsable de la transmisión de los caracteres hereditarios: el ácido desoxirribonucleico (ADN).

1900 - Tres investigadores - el alemán Correns, el austríaco Tchermak y el holandés De Vries - redescubren, independientemente uno del otro, las leyes de Mendel. De Vries informa en 1901 por primera vez de mutaciones.

1953 - El biólogo estadounidense James Watson y el físico inglés Francis Crick describen la estructura de la molécula de ADN como una doble hélice.

1973 - Investigadores producen la primera bacteria genéticamente modificada.

1977 - Científicos norteamericanos introducen por primera vez en una bacteria material genético de células humanas.

1978 - Nace en Gran Bretaña el primer bebé probeta, engendrado mediante fertilización artificial o "in vitro".

1982 - Sale al mercado en Estados Unidos el primer medicamento producido por manipulación genética (insulina).

1990 - Se inicia oficialmente el Proyecto Genoma Humano (PGH), con financiación estatal, destinado a descifrar el código genético humano.

1997 - Investigadores escoceses presentan a Dolly, una oveja de siete meses. Se trata del primer mamífero producido por clonación, a partir de una célula adulta.

2000 - Craig Venter informa en abril que su empresa Celera ha descifrado el 90 por ciento del código genético humano. Meses después, bajo presión política, Venter y el PGH se unen, y anuncian el 26 de junio que han logrado el mapa del 97 por ciento del genoma y la secuencia exacta del 85 por ciento de las bases del ADN.

2003- La secta de los Raelinos anuncia el nacimiento de los primeros seres clonados, el primero de ellos lleva el nombre de Eva. En este mismo año se anuncia la muerte de la oveja clonada Dolly.

5.6 MANIFESTACIÓN CONTRA LA CLONACIÓN EN LA CUMBRE EUROPEA DE DICIEMBRE DE 2000.

En Europa y en los países industrializados, el asunto salió a la luz pública el 22 de enero de 2001, fecha en la que el Reino Unido fue el primer país europeo que legalizó la clonación de embriones humanos. Algunos miembros del Parlamento Europeo expresaron inmediatamente su indignación y condenaron la decisión. Sin embargo, lo ocurrido no es, en muchos aspectos, más que la consecuencia lógica de textos aprobados hace diez años.

En efecto, desde 1990 algunos investigadores británicos han logrado crear y utilizar embriones con objetivos limitados, a saber, el tratamiento de la esterilidad y el diagnóstico de las malformaciones

congénitas. La nueva ley amplía su campo de estudio a las células pluripotentes, lo que según los expertos podría revolucionar la medicina y permitir el tratamiento por trasplante de una amplia gama de enfermedades, que van de la diabetes a la enfermedad de Parkinson . Pero nadie ha solicitado todavía una autorización en tal sentido, precisa la Human Fertility and Embriology Authority (Autoridad de Control de la Fertilidad y la Embriología Humanas), que promete estudiar atentamente toda petición.

5.7 OBJECIONES MORALES CONTRA LA CLONACIÓN.

Como era de prever, la oposición más enérgica fue la de la Iglesia Católica, que considera al embrión como un ser vivo desde la concepción. Además de la clonación, rechaza toda investigación en la que se empleen embriones "de recambio" (creados para el tratamiento de la esterilidad, pero no utilizados), por estimar moralmente reprobable que se use a una persona en provecho de otra.

En el otro extremo se encuentran los defensores inveterados de la ciencia y del mercado. Éstos son suficientemente astutos como para no emitir ninguna opinión políticamente incorrecta, por ejemplo, que el embrión no es más que una masa de secreción celular que, como cualquier otro recurso biológico, puede utilizarse para la investigación médica.

Entre estos dos extremos se encuentra una vía intermedia, para la que no hay una línea clara, sino un principio: el respeto de la dignidad humana, piedra angular del derecho europeo. "Todo ser

humano tiene derecho automáticamente a la dignidad. Es lo que nos distingue del resto de las especies animales”.

Para clonar un animal basta con extraer el núcleo de una célula e insertar una célula sana. Esta misma técnica permitiría clonar seres humanos. Este tema despierta mucha polémica por todo lo que lleva tras de sí. El hecho de poder manipular la vida sin duda despierta muchas inquietudes, una de ellas sería ¿estamos listos para las consecuencias que esto puede originar?, por ejemplo: el hecho de poder manipular los genes y crear clones de un original (y más conociendo a la raza humana) ¿quién es el ser humano para decidir quien debe ser clonado y quien no? ¿quién es el ser humano para modificar el ciclo de la vida del hombre? sin duda en el futuro encontraremos estas respuestas....

Pero en este dilema ético también hay un aspecto práctico. Imaginemos que se recurre a la clonación para multiplicar las células pluripotentes: los médicos necesitarán probablemente una docena de ovocitos o más para tratar a un paciente. De ahí que se pida que se exploren todas las opciones antes de emprender la clonación terapéutica.

Según los analistas, la decisión del Reino Unido no sólo es demasiado general, sino que podría conducir inexorablemente a la clonación reproductiva. La ley británica la prohíbe, pero la investigación se ha mundializado. Sectas, hombres de negocios y recientemente un grupo de científicos disidentes proclamaron su intención de clonar individuos, pese a los enormes riesgos de deformación que entraña. ¿Quién podrá impedirles abrir un negocio en un país en el que no exista una legislación bioética ?

5.8 LEGISLACIÓN COMPARADA RESPECTO DE LA CLONACIÓN

Dentro de éste ámbito, si bien es imposible hablar de legislación comparada por el escaso tiempo transcurrido desde que se conoció sobre el tema, deben mencionarse los proyectos legales dentro de la legislación internacional.

Este hallazgo en materia de la clonación mostró al mundo que no existe una legislación apropiada para que esta clase de experimentos no se realicen en seres humanos. En la década del 90, varios países como Alemania, Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia y Australia prohibieron la manipulación de embriones, pero ninguna contemplaba hasta ahora el tema de la clonación.

Las medidas tomadas por los distintos gobiernos u organismos internacionales fueron distintas en cuanto a la premura del dictado de la prohibición y el contenido de la misma, pero sí hubo coincidencia en cuanto a la prohibición en sí misma. Como reflejo de ésta situación, valen los siguientes ejemplos:

El Presidente de los Estados Unidos, Bill Clinton, ordenó a la Comisión Nacional de Bioética de los Estados Unidos que en 90 días deberá presentar un informe y recomendaciones a los legisladores, con una perspectiva ética y legal de la clonación. Mientras el plazo para la presentación de dicho informe se cumple, el gobierno federal de aquel país restringió el uso de fondos públicos, aunque advirtió el Presidente Clinton que "después de analizar las restricciones, nuestra administración ha comprobado que existen ventajas que podrían darse y que permitiría la clonación de un ser humano, si la tecnología fuese desarrollada".

Por su parte, la Ministro de Salud Pública de Italia, Rosi Bindi, dictó una ordenanza que impide los experimentos de clonación de animales y seres humanos. El texto de la ordenanza prohíbe "cualquier forma de experimentación y de intervención, practicada u orientada a la clonación humana o animal".

En Argentina, el Decreto 200/97 (del 07/03/97; B.O. 12/03/97) prohibió los experimentos de clonación relacionados con seres humanos (art. 1°). Por el art. 2 se instruye al Ministerio de Salud Pública y Acción Social para la elaboración de un proyecto de ley que regule este tipo de investigaciones.

Por su parte, la Comisión Nacional de Bioética realizará una serie de investigaciones sobre el tema de la clonación para asesorar al Gobierno en la redacción del Proyecto de Ley . Mientras tanto, el Senado nacional declaró como "practica aberrante" la posibilidad de aplicar el método de clonación en seres humanos y advirtió que la ciencia y la técnica "deben respetar" los criterios fundamentales de moralidad.

Entre otros países que han tomado acciones concretas respecto al tema en análisis, se encuentra Japón, que decidió no subvencionar económicamente la investigación sobre clonación en seres humanos. En tanto, en el Brasil la clonación humana es ilegal desde 1995. Sin embargo, el Vicepresidente Marco Antonio Maciel admitió que "el caso de la oveja Dolly podría generar algunos cambios en las posiciones actuales" . Asimismo, el jeque Mohammad Ben Saleh al Othimin, de Arabia Saudita, opinó que la clonación debería ser penada con la amputación de pies y manos o con la pena capital, al considerar que "la clonación es la manipulación del ser vivo; es la mayor perversión que puede existir en la tierra". Sin embargo, no

precisó si los castigos deben ser aplicados a todos los que procedan a una clonación o sólo cuando se aplique en seres humanos. Este jeque es miembro de la más alta instancia religiosa árabe.

5.9 ¿PUEDE PERMITIRSE LA CLONACIÓN DE SERES HUMANOS?

Como punto de partida, es posible:

- 1) la clonación de seres humanos (que implicaría exclusivamente la generación de un nuevo ser humano a partir de células extraídas a otro); y
- 2) la aplicación de técnicas de clonación en seres humanos (más amplia que la anterior, implica la utilización de estas técnicas con diferentes fines).

Puede sostenerse que las técnicas de clonación podrían aportar muchos y provechosos beneficios, siendo aceptable la clonación en seres humanos. Sin embargo, debería evitarse la clonación de seres humanos, por los siguientes motivos.

En primer lugar, la utilidad o necesidad de llegar a recurrir a la clonación de un ser humano parece poco probable. Las hipótesis elaboradas diciendo, por ejemplo, que "podría crearse un clon para obtener la médula ósea necesaria para su trasplante a un enfermo de leucemia, dada la imposibilidad de encontrar donante compatible..." no pasa de mera especulación sobre algo que sí es posible, pero es simplemente inconveniente. Debe imaginarse el tiempo necesario para el desarrollo del clon impediría la concreción del trasplante. Además, sería infinitamente más conveniente clonar sólo las células de la médula, proceso que podría requerir unos

pocos días, ahorrando tiempo cuya prolongación resulta fatal. Idénticas especulaciones podrían hacerse con otras patologías que precisen trasplantes, e idéntico fundamento servirá en contra.

Es cierto que en la actualidad sólo se puede lograr el desarrollo artificial de piel y algunos tejidos diferentes, y la ciencia no puede desarrollar artificialmente ciertos órganos. Pero no es menos cierto que desde la década de 1950 se experimenta exitosamente en el desarrollo de tejidos complejos, como el corazón, músculos, hígado y tejidos conjuntivos, lográndose incluso que cumplan relativamente con sus funciones orgánicas. El vertiginoso avance de la ciencia permite esperar resultados positivos a mediano plazo sin necesidad de recurrir a la clonación de seres humanos.

Por otra parte, los últimos descubrimientos genéticos y morfofisiológicos, surgidos de estudios sobre animales clonados, confirman la inconveniencia de la clonación como método reproductivo. Se ha descubierto que los clones son menos resistentes a los ataques contra el sistema inmunológico, además de ser propensos a diversas clases de malformaciones celulares y tumores.

Las investigaciones hacen un paralelo entre estas malformaciones y las fallas similares que se presentan en los casos de endogamia. Es posible que las células pierdan parte de su "programación", "olvidando" sus funciones específicas. Al intentar "apagar" o "encender" algún mecanismo genético, los científicos no pueden evitar el "encendido" o "apagado" de otros genes y ello conduciría a los descalabros y malformaciones antes citados. Por otra parte, se ha descubierto que los clones envejecen más a nivel celular, que los individuos normales de la misma especie.

Científicos del Instituto Nacional de Investigaciones Agronómicas de Francia concluyeron el primer estudio detallado sobre la fisiología de un animal clonado. En este estudio, hecho sobre un ternero clonado a partir de células del oído de una vaca adulta (la que a su vez fue clonada de células embrionarias), se descubrieron desórdenes genéticos causados por el uso de células de un animal adulto. El líder del grupo científico, afirmó en las conclusiones de la investigación que "estos resultados deben ser tenidos en cuenta en los debates acerca de la clonación de seres humanos". Para clonar al ternero se usó una célula de un animal adulto, que debió ser reprogramada para actuar como una célula embrionaria, haciéndola desconocer las instrucciones precisas de su ADN. Por ello no es sorprendente que no funcione correctamente todas las veces, y que se produzcan aberraciones genéticas, e incluso fenómenos.

Una de las razones que provocan mayor rechazo a la posibilidad de clonar seres humanos, nace evidente al recordar el proyecto de J. Mengele, de reproducir masivamente el ideal Nazi basado en el genotipo ario, para crear la Raza Única y Superior, proyecto que fuera puesto en práctica con sus aberrantes experimentos. ¿Qué hubiera ocurrido si la Alemania nazi ganaba la guerra? De seguro, las razas judía, gitana y negra serían rarezas de museo, y serían otras las estarían en la lista de exterminio.

Alejándonos del campo de las hipótesis y especulaciones acerca del pasado, veamos la realidad actual: en varios países de Europa se experimenta un marcado resurgimiento de los pensamientos nazis. ¡En la Europa civilizada y avanzada, ejemplo de integración! ¡En países que hasta hacía poco tiempo eran guardianes e impulsores de los Derechos Humanos en el mundo! El fenómeno ya

no se limita a un país, sino incluye a varios países que, paradójicamente, sufrieron las consecuencias del nazismo. Los casos más evidentes son Alemania, España, Francia e Italia, donde los movimientos neonazis se hacen sentir atacando a casi todos los grupos raciales diferentes (sean kurdos, paquistaníes, gitanos, marroquíes, argelinos, etc.). Incluso Francia dictó normas definitivamente racistas y discriminatorias, aunque la reacción del pueblo francés hizo retroceder en parte dichas medidas. Pero, sectores importantes de ciudadanos de estos países están de acuerdo con ellas, y hasta las consideran superfluas e insuficientes.

Otro de los factores que nos llevan a ser contrarios a la clonación, es la posibilidad aberrante de la utilización de clones humanos como fuente de "repuestos", es decir, como fábricas vivientes de órganos destinados a ser transplantados, para luego desechar las porciones anatómicas no deseadas. El sólo planteamiento de la posibilidad de destinar a los clones para tales fines, causa una inmediata repulsión. Aquí, la calidad del ser humano sería por completo dejada de lado. El hecho de aceptarlo implicaría echar por la borda toda construcción racional acerca de la persona, el ser humano, la vida, y el derecho.

Luego de todo lo visto: ¿cuál es la salida? ¿cabe la prohibición absoluta de la clonación en seres humanos, y su penalización? ¿será posible regular equilibradamente la manipulación genética humana, mediante todo método conocido?. Es sostenible la última salida: debería prohibirse la clonación de seres humanos, penalizando a quienes violen dicha prohibición por las múltiples muertes y malformaciones que ocasionan a los seres clonados.

5.10 POR QUÉ LA CLONACIÓN HUMANA DEBE SER REGULADA JURÍDICAMENTE.

Por que con la clonación se pretende en primer término llevar a cabo la reproducción del hombre en una forma artificial llegando al grado de querer menospreciarla o el de industrializar su producción mediante la copia del mismo individuo, acto que es por demás antinatural.

También se atenta con la clonación en contra del derecho de la vida que es la *conditio sine cuan non* de los demás derechos, ya que es un valor supremo, que es tutelado por el derecho natural el cual no puede ni debe ser violado por el hombre ya que este es un derecho al que todos podemos y debemos aspirar, y además es un derecho natural por que atiende a los valores que son la base fundamental para que el hombre pueda alcanzar sus fines.

Por lo que respecta a la creación de la vida, el hombre influye en su creación aportándolas células sexuales necesarias, siendo esta una forma natural en la que siempre se había venido creando la vida, ahora bien, en la clonación ya se han utilizado embriones humanos para este propósito de tratar de hacer replicas humanas (como es el caso de la primer niña clonada Eva), y dado que en estos embriones que son utilizados, ya existe vida desde el momento de la concepción.

Con estos experimentos de clonación se les ha dado muerte a una gran cantidad de ellos y dado que los embriones humanos no son una expectativa de vida ya que desde el momento mismo de la concepción son seres con vida y la vida es un valor que debe ser respetado y valorado por el hombre ya que a partir de ese momento

podemos decir que el embrión humano no es una expectativa de vida, ya que la expectativa lo es el hecho de que se siga desarrollando por que tenga la posibilidad de nacer a la vida del derecho y convertirse en un a persona jurídica y pueda ser titular de derechos y obligaciones y al provocar la muerte de los embriones al exponerlos a un medio agresivo o que no sea el adecuado para éstos para que se sigan desarrollando después de que han sido intencionalmente fecundados y manipulados genéticamente , desde este momento se atenta en contra de la vida y en contra del propio ser humano.

También a través de la clonación existe la peligrosa posibilidad de crear cuerpos humanos incompletos acéfalos (sin cerebro, creados como repuestos orgánicos o refacciones para posibles trasplantes humanos, constituyendo así una violación expresa y tajante al derecho natural de la vida, de la dignidad y de la integridad corporal del ser humano, actos que el derecho no debe dejar pasar sin ponerles atención desde sus inicios.

La creación de una legislación responsable y de avanzada en la materia es posible. Tan sólo es necesaria una correcta concientización e información al legislador por parte de la comunidad científica. Las dificultades y lógicos temores pueden neutralizarse mediante normas que garanticen un estricto respeto por la dignidad del ser humano y de la Humanidad.

CONCLUSIONES:

PRIMERA: la clonación humana es un fenómeno que, por su novedad, no ha sido expresamente regulado ni en nuestra legislación ni en casi ninguna de las del mundo, y lo que existe únicamente es una muy incipiente legislación internacional regional sobre la materia. La clonación humana debería ser regulada tanto en un tratado internacional universal y en las legislaciones nacionales, debiendo prohibirse tanto la clonación realizada con fines reproductivos, como aquella realizada con fines terapéuticos, ya que en esta última se genera un embrión humano para ser "usado" para la obtención de células estaminales y, finalmente, se le destruye con el propósito de salvar otra vida humana más desarrollada. Los principios jurídicos que sustentan esta posición son, entre otros, el de la igualdad jurídica frente a la Ley y el de no discriminación, conforme a los cuales la vida de todo ser humano – independientemente de su sexo, raza, grado de desarrollo físico y proceso biológico en que se encuentre -, tiene el mismo valor legal. La clonación humana con fines terapéuticos *siempre* implica la generación de individuos humanos destinados a ser destruidos, lo cual violenta nuestra constitución (artículos 1º, 14 y 22) que garantizan la igualdad y la vida de todas las personas, incluyendo al producto de la concepción.

SEGUNDA: Ante los avances tecnológicos y científicos, se busca crear normas éticas que tiendan al cuidado responsable del futuro de la humanidad. La generación actual de la humanidad, no es propietaria del patrimonio de la especie, sino sólo depositaria del mismo.

TERCERA: En el Código Civil para el Estado de Guanajuato se tutela la vida y otorga derechos al no nato desde el momento mismo

de la concepción, esto es, desde que se unen las células sexuales tanto masculinas y femeninas por lo que la clonación utilizando o manipulando la información genética de los embriones humanos a los que se les provoca la muerte al exponerlos a ambientes o situaciones premeditadamente planeadas, mismas que terminan por matar a un número indeterminado de embriones lo que es lo que es en sí una clonación al derecho positivo vigente, ya que el Código Civil para el Estado de Guanajuato en su Libro Primero referente a las personas físicas específicamente en su artículo 21 que a la letra dice “La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se extingue por la muerte, pero desde el momento en que el individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código.”, como es notorio la legislación citada esta tutelando los derechos del no nato o natus desde el momento mismo de la concepción, esto es para los efectos de adquirir la capacidad jurídica, para que ese producto que tiene vida llegue a cumplir con la expectativa de ser una persona sujeta de derechos y obligaciones, lo que quiere decir que el derecho y la ley en este caso específico están marcando la pauta para determinar en que momento se crea la vida jurídicamente hablando, aún y a pesar de que el producto de la concepción sea un ser vivo en proceso de formación, a pesar de que existe este dispositivo jurídico, hace falta la creación del tipo penal de clonación humana ya que las personas que intervienen en la creación de seres clonados, no se les puede imponer pena alguna por la falta del tipo penal de clonación humana.

CUARTA: El límite ético a la investigación en este campo no debe interpretarse como una restricción a la libertad de investigación, sino como una invitación racional a la prudencia, dado que se hallan en juego valores tan relevantes como los precedentemente anotados.

La autoregulación personal y colectiva entre científicos sigue siendo una protección importante para el respeto a los derechos humanos en la investigación científica .

QUINTA: En esto se basa la afirmación que establezco al decir que la clonación humana debe ser regulada ya que al provocar la muerte del producto de la concepción en forma premeditada, constituye una violación a lo establecido por el artículo 21 del Código Civil para el Estado de Guanajuato antes citado, ya que se esta atacando a ese producto de la concepción que tutela el derecho positivo y el que también tiene vida, de aquí el razonamiento que me lleva a contestar afirmativamente a la pregunta Debe crearse el delito de clonación Humana como nuevo tipo penal, pudiendo quedar estructurado de la siguiente manera:

Comete delito de Clonación Humana la persona que intervenga en la experimentación, mutilación, alteración o provoque la muerte de células humanas, con la finalidad de clonar seres humanos, ya sea con fines terapéuticos o reproductivos.

Al responsable del delito de clonación humana, se le impondrá de cuatro a diez años de prisión y de cien a trescientos días multa.

Además de las sanciones señaladas, se suspenderá del ejercicio de su profesión por un tiempo igual al de la sanción privativa de la libertad impuesta, al médico que intervenga en la clonación humana.

BIBLIOGRAFIA

- BECCARIA Cesar. Tratado de los Delitos y de las penas. Ed. Porrúa. 7ª ed. Méx. 1997 p.p. 408
- CARDONA Arizmendi Enrique y otro. Código Penal Comentado del Estado de Guanajuato. Ed. Orlando Cárdenas. 3ra ed. México 1996. p.p. 874.
- CARRANCA y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. 11 ed. México 1977 p.p 904
- CASTELLANOS Fernando, Lineamientos Elementales del Derecho Penal, Ed. Porrúa, 32ª ed. México 1993 p.p. 359
- CUELLO Calón Eugenio, Derecho Penal I, Ed. Porrúa, 8ª ed. p.p 463
- JIMÉNEZ Huerta Mariano. Derecho PENAL Mexicano, Tomo I. Ed. Porrúa 4ª ed. p.p. 501
- LOPEZ Betancourt Eduardo, Introducción al Derecho Penal, Ed. Porrúa, 5ª ed. México 1997 p.p. 287
- MARQUEZ Piñeiro Rafael, Derecho Penal parte General, Ed. Trillas. México. 1991 p.p. 133
- ORELLANA Wiarco Octavio Alberto. Teoría del Delito. Ed. Porrúa. México 1994 p.179
- PAVON Vasconcelos Francisco. Diccionario Derecho Penal. Ed. Porrúa, 2ª ed. México 1999. p.p. 1126
- PORTE Petit Celestino. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. Ed. Jurídica Mexicana. México 1969 p.p. 553
- RODRÍGUEZ Manzanera Luis. Criminología. Ed. Porrúa 12ª ed. México 1997. p.546
- VELA Treviño Sergio, Culpabilidad e Inculpabilidad. Teoría del delito. Ed. Trillas México 1995 p.p. 415

LEGISLACIÓN.

- Estados Unidos Mexicanos. Constitución Política.
- Estados Unidos Mexicanos. Código penal Federal.
- Guanajuato. Código Penal.
- Guanajuato. Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato.
- Guanajuato. Código Civil.

OTRAS FUENTES.

- EL Mundo del Abogado. Aó 5. Núm. 47 Marzo 2003.
- http://www.congresogto.gob.mx/legislacion/vigente/c_penal.pdf
- <http://www.yahoo.clonación.com.mx>