

879309

UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE



FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



CLAVE 8793-09

“ROBO DE INFANTES”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADA EN DERECHO

P R E S E N T A :

NORMA GRACIELA LÓPEZ BRIONES

A S E S O R :

LIC. FRANCISCO GUTIERREZ NEGRETE

CELAYA, GTO.

MAYO 2004



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por haber permitido que haya logrado uno de mis mayores sueños la terminación de mis estudios.

A mis padres que son lo más importante que tengo y que recibí su apoyo en todo momento y que gracias a ellos di por terminada mi carrera profesional este trabajo es para ustedes gracias.

A mis hermanos que ocupan un lugar muy importante para mi; Carlos, Alejandro, Julián y Cesar.

A mi novio Luis Díaz Cervantes que incondicionalmente estuvo conmigo.

A mi sobrina que esta próxima a nacer

A toda mi familia Abuelitas, Abuelitos, tíos, tías y primos.

A todos los catedráticos de la Universidad Lasallista Benavente y en especial a mi asesor el Lic. Francisco Gutiérrez Negrete

A todas y cada una de mis amigas y compañeros de generación.

NOMBRE: NORMA GRACIELA LOPEL BELLOTTES
FECHA: 02-SEPTIEMBRE-2004
FIRMA: P.A. Bello

INDICE INTRODUCCION

CAPITULO I

GENERALIDADES DEL DERECHO PENAL

1.1 Definición de derecho en general -----	Pág. 1
1.2 Definición del derecho penal	Pág. 2
1.3 Derecho penal en sentido objetivo	Pág. 2
1.3.1 Derecho penal en sentido subjetivo	Pág. 3
1.3.2 Derecho penal sustantivo	Pág. 3
1.3.3 Derecho penal adjetivo	Pág. 3
1.4 La norma jurídica	Pág. 4
1.5 El delito	Pág. 6
1.6 Definición del delito de Francesco Carrara	Pág. 7
1.7 Definición dogmática del delito	Pág. 9
1.7.1 Definición del delito en el sistema clásico	Pág. 9
1.7.2 Definición del delito en el sistema neoclásico	Pág. 10

CAPTITULO II

ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO

2.1 Diversas denominaciones de acción o conducta	Pág. 11
2.1.1 Definición de conducta de Fernando Castellanos	Pág. 14

2.1.2 Formas de conducata	Pág. 14
2.1.3 La acción, estricto sensu	Pág. 15
2.1.4 La causalidad de la acción	Pág. 16
2.1.4.1 Diversas teorías que explican la relación de causalidad	Pág. 17
2.2 La omisión	Pág. 18
2.2.1 Elementos de la omisión	Pág. 18
2.2.2 Formas de la omisión	Pág. 19
2.3 Ausencia de conducta	Pág. 20
2.3.1 Vis Absoluta	Pág. 20
2.3.2 Vis Mayor	Pág. 20
2.3.3 Cualquier otra causa que nulifique la voluntad	Pág. 21
2.4 Tipicidad	Pág. 22
2.4.1 Definición de tipicidad	Pág. 22
2.4.2 El tipo penal	Pág. 23
2.4.3 Ideas generales del tipo y la tipicidad	Pág. 23
2.4.4 Falta de tipo	Pág. 24
2.4.5 Elementos del tipo	Pág. 24
2.4.6 Clasificación de los tipos penales	Pág. 29
2.5 Noción de atipicidad	Pág. 31
2.6 Antijuridicidad	Pág. 32
2.6.1 Definición de antijuridicidad	Pág. 32
2.6.2 Clases de antijuridicidad	Pág. 34
2.7 Ausencia de antijuridicidad	Pág. 34
2.7.1 Elementos de la legítima defensa	Pág. 36
2.7.2 Casos en que la defensa es inexistente	Pág. 37

CAPITULO III

ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO

3.1 Imputabilidad	Pág. 41
3.1.1 Elementos de la imputabilidad	Pág. 42
3.2 Inimputabilidad	Pág. 43
3.2.1 Causas de inimputabilidad	Pág. 43
3.3 Culpabilidad	Pág. 45
3.3.1 Definición de culpabilidad	Pág. 45
3.3.2 Teorías sobre la culpabilidad	Pág. 47
3.3.3 Formas de culpabilidad	Pág. 48
3.3.3.1 El dolo	Pág. 48
3.3.3.2 La culpa y sus clases	Pág. 51
3.4 Inculpabilidad	Pág. 52

CAPITULO IV

PUNIBILIDAD

4.1 Punibilidad	Pág. 57
4.2 Definición de pena	Pág. 58
4.2.1 Fundamentos de la pena	Pág. 60
4.2.2 Fines y características de la pena	Pág. 60
4.2.3 Catalogo de penas	Pág. 62

4.2.4 Medidas de seguridad	Pág. 84
4.2.5 Catalogo de medidas de seguridad	Pág. 85
4.3 Excusas absolutorias	Pág. 87

CAPITULO V

SECUESTRO, PRIVACION DE LA LIBERTAD, TRÁFICO DE MENORES Y ROBO DE INFANTES

5.1 Secuestro	Pág. 88
5.1.1 Elementos	Pág. 89
5.2 Privación de la libertad	Pág. 92
5.2.1 Elementos	Pág. 93
5.3 Trafico de menores	Pág. 96
5.3.1 Elementos	Pág. 100
5.4 Robo de infantes	Pág. 102

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCION

El objetivo de esta investigación va encaminada a encontrar posibles soluciones a ese sector que refleja gran importancia para nuestra sociedad, "los menores"; estos conforman el futuro de nuestro país, del mundo, ese grupo tan delicado y tan vulnerable.

Así como en México en todos los demás países del mundo, nos encontramos con la problemática altamente delictiva, las cifras son catastróficas, esto es la conducta reiterativa del robo de infantes, este es el tercer negocio mas lucrativo del mundo solo superado por el tráfico de drogas y el de armas.

Es sorprendente saber que la práctica del tráfico de menores a nivel internacional se ha convertido a ritmos acelerados en una de las actividades ilícitas con más repudio y mayor auge.

La mayoría de los integrantes que conforman nuestra sociedad equivocan el adjetivo tráfico de menores con el robo de infantes, pero esto es erróneo, porque no se puede hablar de robo de infantes ya que en la ley penal el término robo de refiere a la apropiación de un bien, mas si bien es cierto un niño no lo es, se trata de una persona, por eso no se le puede dar el calificativo de robo de infantes.

Comento que si estas diferencias no quedan claras seguirá generándose incertidumbre y discusión, ya que esto es un problema grave y urgente que se debe atender, esto quiere decir que la falta de empeño y de algunos otros valores de nuestros señores legisladores provocan la deficiencia en la elaboración de preceptos normativos que contienen lagunas legales dentro de nuestro sistema jurídico.

En le primer capítulo se hablará del derecho penal en general y los elementos que lo conforman, conocido como la teoría del delito.

En el segundo capítulo de tratará de los elementos objetivos del delito esto es, todo lo que se refiere a la conducta, ausencia de conducta, tipicidad y su aspecto negativo, y la antijuridicidad.

En el tercer capítulo se hablará de los elementos subjetivos del delito, como lo son la imputabilidad y la culpabilidad.

Al llegar al cuarto capítulo se llevará un estudio amplio de lo que es la punibilidad, las penas y las medidas de seguridad.

Para concluir, en el último capítulo se hace una comparación de las figuras que hacen mención a una de las principales garantías que establece nuestra carta magna, la libertad de las personas; así podemos mencionar el secuestro, tráfico de menores y la privación de la libertad.

CAPITULO I

GENERALIDADES DEL DERECHO PENAL

1.1 DEFINICION DE DERECHO EN GENERAL: “La palabra derecho viene del directum, vocablo latino que, en su sentido figurado significa lo que esta conforme a la regla, a la ley, es decir lo que no se desvía a un lado ni otro, lo que es recto.¹”

Se ha definido al derecho 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.

Se ha manifestado que el derecho no es si no la sistematización del ejercicio del poder coactivo del estado. El estado utiliza su poder coactivo para imponer el orden y lograr que esa conducta externa, ese movimiento voluntario del individuo que es en si el destinatario de la norma, se encauce a la armonía y en caso de desobedecer aplicar la fuerza para que la norma sea obedecida; el estado está obligado y tiene la facultad a encontrar los medios más adecuados y necesarios para conservar el orden social.

El derecho tiene un fin primordial que es el lograr la paz y seguridad social, protege y regula mediante normas impero-atributivas, las relaciones sociales para obtener un orden entre los integrantes del estado.

¹ Moto Salazar Efraín. Elementos de derecho. Editorial. Porrúa. Edic.38.México,DF, pp.7,8

1.2 DEFINICION DEL DERECHO PENAL: “El derecho penal, su objetivo primordial de este, es precisamente la preservación del orden social. Es decir que mediante las normas del derecho penal se pretende establecer un equilibrio entre la sociedad y la seguridad de sus integrantes, mediante una verdadera y exacta aplicación de la ley. Esto es, “el derecho penal es la rama del derecho público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objetivo inmediato, la creación y la conservación del orden social.”²

Es del derecho público porque sus normas van dirigidas a regular la relación jurídica material que surge en el momento en que se comete un delito que existe entre el particular y el estado.

Se le considera rama del derecho público interno porque solo puede ser aplicado dentro de los límites jurisdiccionales del estado; es decir, dentro de su territorio dentro de su ámbito espacial de validez de la ley penal.

1.3 DERECHO PENAL EN SENTIDO OBJETIVO: El derecho penal en sentido objetivo es la ley, regla o norma que nos manda que nos permite o que nos prohíbe.

“Es el conjunto de normas jurídicas, establecidas por el estado que determinan los delitos y las penas. Para Pessina, es el conjunto de principios relativos al castigo del delito. En México Raúl Carrancà y Trujillo, estima que el derecho penal objetivamente considerado, es el

² Castellanos Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal. Editorial Porrúa. Edic, 31. México, DF

conjunto de leyes mediante las cuales el estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de la misma a los casos de incriminación.

1.3.1 EL DERECHO PENAL EN SENTIDO SUBJETIVO: Es el derecho de castigar (*ius puniendi*), es el derecho del estado a conminar la ejecución de ciertos hechos (delitos) con penas, y, en caso de su comisión, a imponerlas y ejecutarlas. En esta noción está contenido el fundamento filosófico del derecho penal.

“El derecho penal subjetivo, es el conjunto de atribuciones del estado, emanadas de normas, para determinar los casos en que deben imponerse las penas y las medidas de seguridad.”

1.3.2 DERECHO PENAL EN SENTIDO SUSTANTIVO: El derecho penal sustantivo regula la punibilidad de los delitos que afectan directa e inmediatamente la seguridad de los derechos particulares y sociales de los individuos, establecidos y protegidos por la ley.

El derecho penal sustantivo es el ordenamiento jurídico penal, es la descripción del tipo penal en abstracto, son una serie de prohibiciones o mandatos descritos en los códigos penales sustantivos en materia común y en materia federal.

1.3.3 EL DERECHO PENAL EN SENTIDO ADJETIVO: “Consiste en la reglamentación cuyo objeto es, señalar el camino a seguir en la

imposición del derecho material y recibe el nombre de derecho adjetivo o instrumental y con mayor frecuencia, derecho procesal.

Esto es, el derecho penal adjetivo se define como el conjunto de normas relativas a la forma de aplicación de las reglas penales a casos particulares."³

1.4 LA NORMA JURIDICA: Se entiende por norma la regla de conducta de observancia obligatoria; al hablar de que es una regla nos estamos refiriendo a que es un modelo de conducta que debemos observar para vivir pacíficamente dentro de la colectividad; por conducta debemos entender: todo comportamiento humano positivo o negativo o bien la manera del maestro Von Liszt conducta: es el movimiento corporal voluntario positivo o negativo desencadenante del proceso causal que modifica el mundo exterior.

Como se puede apreciar la conducta se traduce en comportamientos voluntarios o sea en movimientos corporales voluntarios positivos o negativos por lo tanto la conducta, siempre será una manifestación de la voluntad hacia el exterior, entendiendo por voluntad la capacidad de autoderminación del hombre que no es otra cosa mas que el querer.

Es necesario hacer mención que la conducta de los hombres se encuentra regulada por un cuerpo normativo y de entre ese cuerpo

³ Ibid. p.4

normativo se encuentran las normas religiosas, morales, reglas de trato social y las jurídicas.

Es necesario, entonces distinguir a la norma jurídica de las demás normas y en tales circunstancias debemos de afirmar que la norma jurídica se caracteriza por ser bilateral, externa, heterónoma y coercible.

La bilateralidad consiste en que se concede derechos y obligaciones. Esto es, los deberes que impone la norma o estos derechos que impone la norma se traducen en vínculos jurídicos que unen a las personas jurídicas, vínculos que representan relaciones. Es decir, la bilateralidad de la norma debemos decir que a todo derecho corresponde una obligación y a toda obligación corresponde un derecho de manera recíproca.

Exterioridad: Esta es la manifestación de nuestra conducta externa.

Coercibilidad: Es la posibilidad de aplicar la norma aún en contra de la voluntad de los sujetos, en caso de inobservancia es posible hacerla cumplir mediante la fuerza y el sujeto activo se hace acreedor a una sanción.

Heteronomía: Consiste en que la norma jurídica es creada por los órganos del estado que es un sujeto distinto al que debe de obedecer la norma y es creada aún en contra de su voluntad es decir, que existe otra persona que nos puede aplicar la norma.

1.5 EL DELITO: "La palabra delito deriva del verbo latino delinquere, que significa "abandonar" apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley. El delito es una entidad jurídico, abstracto, que constituye la medula del derecho penal, esto es, la materia de estudio."⁴

A continuación haré una breve mención a algunas definiciones del delito que nos ocupa entre otras:

Para Edmundo Mezger, proporciona una definición formal del delito y comenta que el delito es una acción, punible; esto es, el conjunto de los presupuesto de la pena; para Rossi; es un ente jurídico constituido por una relación de contradicción entre el hecho y la ley; para Frank; es la violación de un derecho o de un deber;

En cambio Jiménez de Asúa lo estima como un acto típicamente, antijurídica, culpable, sometido a veces, a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción;

Por otra parte, dentro de la escuela clásica Francisco Carrara, lo define al delito, como la infracción de la ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.

⁴ Castellanos Fernando. Ob. cit. p.25

Para Carrara del delito es un ente jurídico porque su contenido debe constituir, en la violación del derecho. Llama al delito infracción a la ley, en virtud de que un acto se convierte en delito únicamente cuando choca contra ella.

Dentro de la escuela positivista Rafael Garófalo, un gran jurista define al delito como "la violación de los sentimientos de piedad y de probidad poseídos por una población en la medida mínima que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad.

Por otro lado, dentro de la dogmática penal alemana encontramos una evolución de la definición del delito comenzando por Franz Von Liszt, quien define al delito como "acción, antijurídica y culpable. Posteriormente, Ernesto Von Beling, desarrolla su teoría del tipo y añade, ese elemento a la definición del delito: "acción, típica, antijurídica y culpable.

Sin embargo en la dogmática penal mexicana: Carranca y Trujillo; consideran al delito como el "acto típicamente, antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.

Ahora bien nuestro actual código define al delito como toda acción u omisión.

1.6 DEFINICION DEL DELITO DE FRANCESCO CARRARA: Francesco Carrara define al delito como: La infracción de la ley del estado,

promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultante de un acto externo del hombre positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.

Carrara considera al delito como un ente jurídico pues su esencia debe consistir en violar el derecho.

Lo considera como una infracción a la ley ya que el acto se convertirá en delito cuando choque o trasgreda esa ley; determina que esa ley debe promulgarse por el estado para proteger la seguridad de los ciudadanos ya que si no tuviera este carácter no tendría obligatoriedad y además, hace un enfoque especial del delito al decir que la idea especial de éste no está en transgredir las leyes que protegen los intereses patrimoniales, ni la prosperidad del estado, si no de la seguridad de los ciudadanos. Además la infracción tiene que ser el resultado de un acto externo del hombre, positivo o negativo para determinar que únicamente el hombre puede ser agente activo del delito.

Por último, considera al acto o a la omisión moralmente imputable por estar el individuo sujeto a las leyes criminales en virtud de su naturaleza moral y por ser la imputabilidad moral el precedente indispensable de la imputabilidad política.

En esta definición encontramos elementos objetivos y elementos subjetivos que son los siguientes:

Aspectos Positivos:**Negativos:**

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

Aspectos

- a) Ausencia de conducta
- b) Atipicidad
- c) Causas de justificación
- d) Inimputabilidad
- e) Inculpabilidad
- f) Excusas Absolutorias

Estos elementos positivos y negativos constituyen el objeto de estudio de la dogmática penal, de la teoría del delito. Esto es, la dogmática penal, es la ciencia del derecho penal.

1.7 DEFINICION DOGMÁTICA DEL DELITO: La dogmática jurídica es la ciencia que estudia la definición de los conceptos jurídicos y su sistematización. La definición dogmática del delito es la delimitación del concepto que se hace en la dogmática penal alemana, es la definición que del delito nos proporciona la ciencia del derecho penal.

Es decir es una acción, típica, antijurídica y culpable.

En nuestro código penal actual dicha definición ha desaparecido.

1.7.1 DEFINICION DEL DELITO EN EL SISTEMA CLÁSICO: El sistema clásico o causalista se considera una creación del eminente

jurista Frank Von, quien en 1881 hace un estudio de su código penal alemán buscando los elementos conceptuales de ese fenómeno jurídico como lo es el delito y descubre que todo lo que aparece en la parte especial del mencionado ordenamiento penal son acciones y que esas acciones, eran contrarias a derecho y por ello, les llamo antijurídicas y que esas acciones antijurídicas eran atribuibles y los sujetos a titulo de dolo o a titulo de culpa y a esto le llamo culpabilidad. Para Liszt, el delito es la "acción, antijurídica y culpable.

1.7.2 DEFINICION DEL DELITO EN EL SISTEMA NEO-CLÁSICO:

Para Marx Ernesto Meyer, el delito es la acción típica, antijurídica y culpable, asegura a diferencia de Beling que la tipicidad no es meramente descriptiva, pero si indiciaria de la antijuridicidad.

Esto quiere decir que en toda conducta típica hay un principio una probabilidad de antijuridicidad Mayer como se puede apreciar es seguir con la misma definición de Beling con la salvedad de que empieza a relacionarse como ya quedo dicho la tipicidad con la antijuridicidad se le atribuye a Mayer el aspecto indiciario de la tipicidad, así como se le considera como uno de los descubridores de los elementos subjetivos del tipo.

Edmundo Mezger, igual que Mayer define al delito como una conducta típicamente, antijurídica y culpable. En síntesis podemos decir que la diferencia entre el clásico y el neo-clásico se encuentra radicalmente en la culpabilidad.

CAPITULO II

ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO

2.1 DIVERSAS DENOMINACIONES DE ACCION O CONDUCTA:” La acción es todo hecho humano voluntario capaz de modificar el mundo exterior, afectando el bien jurídico tutelado o poniéndolo en la posibilidad de ser dañado”.⁵ Así Jiménez de Asúa expresa que el acto término substitutivo del de acción, es la manifestación de voluntad que mediante acción u omisión causa un cambio en el mundo exterior.

Cuello Calón considera, a la acción, en sentido amplio como la “conducta exterior voluntaria encaminada a la producción de un resultado.

Por tanto, podemos considerar que acción es un movimiento corporal realizado por el sujeto en forma voluntaria.

Este criterio es compartido por Porte Petit cuando expresa: “consideramos que la acción consiste en la actividad o el hacer, o en resumen, se dice que la acción consiste en un actuar, hacer, un llevar a cabo; es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales y comete la infracción a la ley por si mismo o por medio de instrumentos, animales, mecanismos e incluso mediante personas. La acción es un hacer que quebranta una norma de

⁵ Pavon Vasconcelos Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México, DF p.191

carácter prohibitivo. Resulta casi unánime, la opinión de que la acción consta de cuatro elementos el primero de ellos es la:

a) Voluntad: Es el querer, por parte del sujeto activo, de cometer el delito, es propiamente la intención;

b) Actividad: Consiste en el hacer o el actuar. Es el hecho positivo o movimiento corporal humano encaminado a cometer el delito;

c) Resultado: Es la consecuencia de la conducta; es la modificación del mundo exterior y por último el;

d) Nexos de causalidad: Es el ligamento, vínculo o relación que une a la conducta con el resultado el cual debe ser objetivo dicho nexo es el que une a la causa con el efecto, sin el cual este último no puede atribuirse a la causa.

Ahora bien desde el punto de vista penal se entiende por acción, aquel movimiento corporal, voluntario que le interesa al derecho penal, al provocar un resultado penalmente relevante y al atribuírsele a un sujeto en particular. A este elemento se le ha denominado de diferentes maneras entre otras se le ha llamado: acto, hecho, acción y conducta.

En nuestro sistema penal del estado de Guanajuato la hemos denominado (conducta). La conducta es el primer elemento objetivo del delito.

Es el elemento básico para que exista el delito; a este elemento objetivo se le ha denominado de diferentes maneras y así unos le llaman actos, otros acción, hecho y nosotros le llamaremos conducta.

Por tanto la conducta es: el comportamiento humano, voluntario y de esta manera, es decir, como comportamiento humano podemos comprender dentro de él tanto la acción en sentido estricto o conducta positiva como la acción en sentido negativo como lo es la omisión.⁶

La conducta o acción que como ya se menciona es el elemento básico para que exista el delito, cuando la ley le señala una pena.

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

Para que la conducta adquiera la calidad de delito deber ser una acción voluntaria de quien la realiza es decir, ejecutar dicha acción libremente sin que ésta sea impuesta por una voluntad distinta y sin elementos extraños que la determinen en un determinado sentido, deber ser una actividad que desencadene el proceso causal orientado a dañar un bien jurídico. En cuanto al resultado puede ser querido o no

⁶ Pavon Vasconcelos Francisco. Ob. cit. pp192,193

por el autor, dando esto lugar a un determinado tipo de delito ya sea doloso o culposo pero no afecta nada la existencia el mismo.

El sujeto al planearse un fin típico o atípico, todo su accionar se motiva y se mueve en función de esa finalidad.

2.1.1 DEFINICION DE CONDUCTA DE FERNANDO CASTELLANOS:

Fernando Castellanos define a la conducta como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.

Lo positivo va a consistir en un movimiento corporal productor de un resultado como efecto siendo ese resultado un cambio o un peligro. Lo negativo es cuando consista en la ausencia voluntaria, del movimiento corporal, esperado, lo que también causara un resultado.

2.1.2 FORMAS DE CONDUCTA: "Debemos tomar en cuenta que hay dos clases de conducta la positiva y la negativa, esto es, que hay dos clases de normas que son las que prohíben y las que ordenan.

Lo expresado anteriormente pone de manifiesto que la voluntad al exteriorizarse, puede adoptar, las formas de:

- a) Acción y
- b) Omisión

La acción consiste en un actuar, hacer, un llevar a cabo; es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales, y comete la infracción a la ley por si mismo o por medio de instrumentos, etcétera, e incluso mediante personas.

En tanto la omisión, es una forma de conducta desde el punto de vista negativo, es inactividad voluntaria con violación de una norma preceptiva. La omisión consiste en realizar la conducta típica con abstención de actuar, esto es, no hacer o dejar de hacer algo que la ley nos exige realizar.”⁷

2.1.3 LA ACCION ESTRICTO SENSU: “Sostiene que la conducta humana manifestada por medio de un hacer efectivo, corporal y voluntario, integra la acción en sentido estricto o acto; por eso se le ha denominado “voluntad” de causación.”⁸

Hemos dicho también que la conducta (que es llamada acto o acción, latu sensu puede manifestarse mediante haceres positivos o negativos; es decir por acto o por abstenciones). Podemos definir a la acción, estricto sensu como todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación.

El autor Cuello Calón dice que 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.

Para Eugenio Florián, la acción es un moviendo del cuerpo humano que se desarrolla en el mundo exterior y por esto determina

⁷ Ibid. pp.180,181

⁸ Ibid. p.152

una variación, aun cuando sea ligera. Todo se resume a que es movimiento corporal voluntario.

2.1.4 LA CAUSALIDAD DE LA ACCION: "Esta relación consiste entre la conducta y el resultado ha de existir una relación causal, esto quiere decir que el resultado debe tener como causa un hace del agente, una conducta positiva."⁹

Se han llevado a cabo numerosas teorías que hablan de las causas del resultado estas se clasifican en dos grandes corrientes:

Una es la generalizadora y la otra la individualizadota:

La primera dice: Según todas las condiciones productoras del resultado considerándose causa del mismo.

La segunda corriente deber ser tomada en cuenta de entre todas las condiciones, una de ellas en atención, a factores de tiempo, calidad o cantidad.

Para Celestino Porte Petit, el nos dice que la relación de causalidad es el nexo que existe entre un elemento del hecho (conducta), y una consecuencia de la misma conducta resultado.

"Esto quiere decir que debe comprobarse que existe un hecho, elemento del delito, una conducta, resultado y relación de causalidad.

⁹ Castellanos Ob.cit. p.158

2.1.4.1 DIVERSAS TEORIAS QUE EXPLICAN LA RELACION DE CAUSALIDAD, EXISTEN 3 TEORIAS LA PRIMERA ES:

A) Teoría de la equivalencia de las condiciones o de "conditio sine qua mon.". Esta teoría considera que la causa se integra por la concurrencia de todas las condiciones que producen el resultado, por lo que todas ellas son equivalentes, entre si, es decir, tienen el mismo valor. Para esta teoría causa todas y cada una de las condiciones que operan en la producción del resultado, pues si mentalmente suprimimos una de ellas, el resultado concreto, en forma que , elimina en mente esa condición, el resultado no se producirá, por lo que todas las condiciones son equivalentes no sólo en el estricto sentido causalísimo también en el jurídico.

B) Teoría de la última condición de la causa próxima: Esta teoría que tiene el carácter de causa en la producción de un resultado, la última de ellas, esto es, la más próxima al resultado.

C) Teoría de la condición más eficaz: Busca la solución del problema de la causalidad, considerando que tendrá valor causal aquella condición que en el conflicto entre fuerzas antagónicas, desplegara eficacia preponderante. Todas las condiciones son necesarias, puesto que todas han contribuido al resultado, pero sólo la que más ha influido en el mismo, la condición mas eficaz, es la verdadera causa.

2.2 LA OMISIÓN: La omisión constituye el modo o forma negativa del comportamiento, es decir, consiste en realizar la conducta típica, con abstención de actuar, esto es, no hacer o dejar de hacer.

Para Carranca la omisión es: La conducta humana manifestada por medio de un no hacer activo, corporal y voluntariamente teniendo el deber legal de hacer, constituye la omisión (de omissio, no ejecución, abstención). La omisión; para Cavallo nos ilustra diciendo: "omisión puede definirse como la abstención del cumplimiento de una infracción que se tenía la obligación de realizar una situación distinta de la querida por la norma. Para Jiménez Huerta es una inacción corporal "un estado de quietud de aquellas partes del cuerpo cuyos movimientos dependen de la voluntad.

Para Mezger, los delitos de omisión consisten en un no hacer cuyo fundamento lo constituye "la acción esperada" y exigida sin la cual no es posible hablar de omisión en sentido jurídico.

2.2.1 ELEMENTOS DE LA OMISIÓN:

"En relación a los elementos que integran la omisión, se habla de:

a) Voluntad: Es el querer, por parte del sujeto activo, de cometer el delito. Es propiamente la intención. La no voluntad es el no querer realizar la acción esperada a virtud de un olvido.

b) Conducta: Inactiva o inactividad; consiste en no hacer o no actuar lo que la ley obliga a hacer o a actuar y esa inactividad es la que se castiga.

c) Un deber de obrar y un deber jurídico de abstenerse que resultan violados aun cuando el último no constituye, en propiedad, un elemento, si no mas bien la valoración objetiva, que sobre la omisión se hace desde el punto de vista de la antijuridicidad".¹⁰

2.2.2 FORMAS DE LA OMISIÓN:

"Se ha distinguido dos formas de la omisión:

I.- La omisión simple (llamada delito de omisión), no existe más que cuando hay incumplimiento de una orden positiva de la ley.

Es decir, la omisión simple consiste en no hacer lo que se debe hacer ya sea voluntaria o imprudencialmente.

II.- Comisión por omisión: Son mucho más importantes que la antes señalada. En la comisión por omisión, el resultado se produce a virtud de la omisión del movimiento corporal y por designio del pensamiento criminal, que la ordena esto es la comisión por omisión consiste en un no hacer voluntario, imprudencial cuya abstención produce un resultado que tiene como consecuencia la violación a normas prohibitivas de mandato".¹¹

2.3 AUSENCIA DE CONDUCTA: Se ha insistido en determinar que si falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integrará. La ausencia de conducta será entonces uno de los aspectos negativos o en términos jurídicos impeditivos de la formación de la figura delictiva.

¹⁰ Pavon. Ob.cit. p.194

¹¹ Pavon. Ob.cit. pp.194,195

En síntesis, hay ausencia de conducta e imposibilidad de integración del delito, cuando la acción u omisión son involuntarios, o para decirlo con mas propiedad, cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son suyos por faltar en ellos la voluntad.

2.3.1 VIS ABSOLUTA: La vis absoluta es la fuerza física exterior e irresistible, que se ejerce contra la voluntad de otro individuo, quien éste en apariencia comete la conducta delictiva quien es tomado como un mero instrumento en el cual, se vale el verdadero sujeto activo. La vis absoluta se presenta cuando una fuerza física exterior, actuando sobre una persona y siempre que sea irresistible o fuerza mecánica de un proceso causal, que produce como consecuencia una lesión a bienes jurídicamente tutelados.

2.3.2 VIS MAYOR: Es también conocida como fuerza mayor, proveniente de la naturaleza, lo que hace la diferencia con la vis absoluta, su presencia está demostrando la falta del elemento volitivo, que es necesario para que se de el primer elemento del delito, que es la conducta.

La diferencia de ambas radica en que la primera deriva del ser humano y en cuanto a la segundo de alguna causa de la naturaleza.

La vis mayor: es una fuerza proveniente de la naturaleza que provoca un movimiento corporal en el individuo, pero al moverse por ésta, se mueve sin su voluntad.

2.3.3 CUALQUIER OTRA CAUSA QUE NULIFIQUE LA VOLUNTAD:

En este supuesto estamos en presencia del sonambulismo, el sueño y el hipnotismo:

I.- Sonambulismo: El estado sonambulismo es similar al sueño, distinguiéndose de éste en que el sujeto deambula dormido.

Aquí hay movimientos corporales inconscientes y por ello involuntarios. El sonambulismo; es una enfermedad nerviosa.

II.- Sueño: El sueño, estado fisiológico normal de descanso del cuerpo y de la mente consciente puede originar movimientos involuntarios del sujeto con resultados dañosos.

III.- Hipnotismo: Este constituye un fenómeno de realidad indiscutible, cuya existencia ha sido totalmente verificada en múltiples experiencias. Consisten en una serie de manifestaciones del sistema nervioso producidos por una causa artificial.

2.4 TIPICIDAD: Uno de los grandes logros del derecho penal se refiere al principio consagrado en la ley, el nullum crimen sine lege. Este principio de nullum crimen, sine lege (no hay delito, sin ley) sirve de base o contenido de la llamada teoría del tipo y tipicidad. Es decir, el tipo es la descripción legal de una conducta como delictiva, esto es la descripción en abstracto que el legislador consagra como ley.

La tipicidad será entonces el encuadramiento de la conducta concreta (acción u omisión) al tipo, a la formula legal.

Cabe señalar que el tipo como descripción legal constituye un presupuesto del delito, pero la tipicidad o encuadramiento de la conducta al tipo se estudia como un elemento del delito. Ambos conceptos tienen una relación muy estrecha, la tipicidad no puede existir sin el tipo.

El término tipo etimológicamente significa modelo, que aplicado a la materia jurídica penal se refiere al modelo legal que prescribe las conductas delictuosas.

De acorde a lo anterior el tipo penal: es la descripción en abstracto de la conducta que se considera delito, habrá falta de tipo cuando no hay descripción en abstracto ni en el código penal ni en ninguna ley especial que encuadre con la conducta dada en la realidad.

2.4.1 DEFINICION DE TIPICIDAD: "La tipicidad; es la adecuación o encuadramiento de la conducta dada en la realidad con la descripción en

abstracto del tipo penal. Es un juicio de valor, un estudio realizado para determinar si la conducta encuadra en el tipo penal”.¹² Para Celestino Porte Petit considera a la tipicidad como la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la formula nullum crimen sine tipo.

La tipicidad se puede definir como:

a) “La acción típica es sólo aquella que se acomoda a la descripción objetiva, aunque saturada a veces de referencias a elementos normativos y subjetivos del injusto de una conducta que generalmente se reputa delictuosa por violar, en la generalidad de los casos, un precepto, una norma penalmente protegida.

b) “La tipicidad consiste en esa cualidad o característica de la conducta punible de ajustarse o adecuarse a la descripción formulada en los tipos de la ley penal.

2.4.2 EL TIPO PENAL: El tipo penal es una creación legislativa, es la descripción que hace el estado de una determinada conducta en los preceptos penales.

2.4.3 IDEAS GENERALES DEL TIPO Y LA TIPICIDAD: No debe confundirse el tipo con la tipicidad. Esto es el tipo va a hacer la creación legislativa, es la descripción que hace el estado de una determinada conducta en los preceptos penales.

¹² Lineamientos. Ob.cit. P.167

Y la tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. Habrá tipicidad cuando la conducta de alguien encuadre o se adecue exactamente en la abstracción plasmada en la ley.

2.4.4 FALTA DE TIPO: La falta de tipo es cuando una conducta o hecho no están descritos en un tipo penal. Es oportuno precisar, que la ausencia de tipo, es distinta a la ausencia o falta de tipicidad.

En el primer caso, no existe descripción de la conducta o hecho por la norma penal y en el segundo, caso la descripción existe pero no hay conformidad o adecuación a la tipicidad.

Jiménez de Asúa, asienta, la ausencia de tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley, incluso aunque sea antijurídica.

Habrá ausencia o falta de tipo cuando no hay descripción en abstracto ni en el código penal ni en ninguna ley especial. La conducta dada en la realidad tiene que encuadrar en el tipo.

2.4.5 ELEMENTOS DEL TIPO: Los elementos del tipo penal se clasifican en objetivos, subjetivos y normativos que forman parte de los subjetivos:

Los elementos objetivos son:

I.- Conducta

II.- Nexo causal

III.- Resultado

IV.- Especiales formas de ejecución

V.- Modalidades de lugar tiempo u ocasión

VI.- Sujetos:

a) Activo

b) Pasivo

VII.- Objetos del delito:

a) Objeto material

b) Objeto jurídico

I.- Conducta: Es un hecho material, exterior positivo o negativo, producido por el hombre.

Para el maestro Liszt, es el movimiento corporal voluntario positivo o negativo desencadenante el proceso causal que modifica el mundo exterior.

II.- Nexo causal: Este es el ligamento vínculo o relación que une a la conducta con él resultado, dicho nexo es el que une a la causa con el efecto, sin el cual este último no puede atribuirse a la causa.

III.- Resultado: Es la consecuencia de la conducta, es decir, la modificación del mundo exterior.

IV.- Especiales formas de ejecución: Van a hacer los medios comisivos del delito.

V.- Modalidades de tiempo, lugar u ocasión:

Ciertos tipos penales exigen estas clases de modalidades así la conducta debe llevarse a cabo en un lugar determinado. Por lo que concierne a las modalidades de tiempo algunos tipos penales exigen que la conducta se desarrolle en un tiempo determinado.

En lo que respecta al modo u ocasión este ejemplo lo tenemos en la alevosía cuando se sorprende al individuo anulando su defensa.

VI.- Sujetos: En el derecho penal se habla de dos sujetos que son los protagonistas del mismo estos son:

a) Sujeto Activo: El sujeto activo es la persona física que comete el delito; se llama también, delincuente, agente o criminal. Cabe señalar que el sujeto activo será siempre una persona física, independientemente del sexo.

Algunos tipos penales señalan las cualidades o caracteres especiales que se requieren

Para ser sujeto activo; solo la mujer, podrá ser activo de aborto provocado, únicamente el descendiente consanguíneo en línea recta puede serlo en parricidio.

Nunca una persona moral o jurídica podrá ser sujeto activo de algún delito; cabe mencionar que en ocasiones aparentemente es la institución la que comete un ilícito, pero siempre habrá sido una persona física la que ideó, actuó y en todo caso, ejecuto el delito.

b) Sujeto Pasivo: Es la persona física o moral sobre quien recae el daño o peligro causado por la conducta del delincuente. Es el titular del bien jurídico tutelado, es la persona que se ve dañada directamente en sus intereses jurídicamente tutelados. En nuestro derecho penal recibe el nombre de ofendido la persona que reciente la conducta delictuosa.

VII.- Objetos del delito: Se distinguen dos clases de objetos que son el material y el jurídico:

I.- Objeto Material: "lo constituye la persona o cosa sobre quien recae el daño o el peligro.

II.- Objeto Jurídico: Es el bien jurídicamente tutelado protegido por la ley y que el hecho o acto criminal, lesionan.¹³

¹³ Amuchategui Requena Irma. Derecho Penal. Edt. Harla México 1998. p. 36

Los elementos subjetivos son, entre otros podremos mencionar los siguientes:

I.- Ánimos

II.-Saberes

III.- Fines

IV.- Propósitos

V.- Normativos (son juicios de valor, honestidad, honor, honra, entre otros).

Los elementos subjetivos del tipo penal son circunstancias que se refieren al estado anímico del sujeto.

I.- Ánimos: Es la intención o voluntad propiamente dicho.

II.- Saberes: Es el tener conocimiento de una cosa.

III.- Fines: Significa tener motivo, y el tener una finalidad.

IV.- Propósito: Es el ánimo o intención de hacer o dejar de hacer una cosa.

V.- Normativos: Este tipo de elementos se dejan a la interpretación del juez.

2.4.6 CLASIFICACION DE LOS TIPOS PENALES:

I.- Normales y Anormales: "La ley al establecer los tipos, generalmente se limita a hacer una descripción objetiva; privar de la vida a otro; pero a veces el legislador incluye en la descripción típica elementos normativos o subjetivos. Si las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas se estará en presencia de un tipo norma.

Tipo normal: El tipo será norma cuando las palabras utilizadas se refieren a situaciones puramente objetivas.

Tipo anormal: Se estará en presencia de un tipo anormal cuando es necesario establecer una valoración, ya sea cultural o jurídica.

II.- Fundamentales o Básicos: Los tipos básicos integran la espina dorsal del sistema de la parte especial del código. La naturaleza idéntica del bien jurídico tutelado forja una categoría común, capaz de servir de título o rúbrica a cada grupo de tipos.

El jurista Luis Jiménez de Asúa comenta que el tipo es básico cuando tiene plena independencia.

III.- Especiales: Son los 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.

IV.- Complementados: Estos tipos penales se integran con el tipo penal fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta. Los especiales y los complementados pueden ser agravados o privilegiados según resulte o no un delito de mayor entidad.

Serán agravados cuando la gravedad del delito merezca sancionarse más drásticamente y serán privilegiados cuando su punibilidad sea menor enérgica por características de los medios comisivos.

V.- Autónomos o Independientes: Son los que tienen vida propia, sin depender de otro tipo.

VI.- Subordinados: Estos dependen de otro tipo. Son lo contrario a los tipos autónomos, es decir, son los que tienen vida propia, dependen de otro tipo penal para subsistir.

VII.- De formulación cauística: Son aquellos en los cuales el legislador no describe una modalidad única, si no varias formas de realizar el ilícito. Se clasifican en alternativamente formados y acumulativamente formados. En los primeros se prevén dos o más hipótesis comisivas y el tipo se colma con cualquiera de ellas. En los acumulativamente formados se requiere el concurso de todas y cada una de las hipótesis comisivas para que el tipo se realice se refiere a los tipos de forma casuística.

VIII.- De formulación amplia: A diferencia de los tipos de formulación casuística, en los de formulación amplia se describe una hipótesis única, en donde caben todos los modos de ejecución, con el apoderamiento en el robo.

Algunos autores llaman a estos tipos de formulación libre, por considerar posible que la acción típica se verifique mediante cualquier medio idóneo, al expresar la ley solo la conducta o el hecho en forma genérica, pudiendo el sujeto activo, llegar al mismo resultado por diversas vías, como privar de la vida en el homicidio.

IX.- De daño y de peligro: Si el tipo penal tutela los bienes frente a su destrucción o disminución, el tipo se clasifica como de daño; y el tipo se clasifica de peligro cuando la tutela penal protege el bien contra la posibilidad de ser dañado.¹⁴

2.5 NOCION DE ATIPICIDAD:” La atipicidad consiste en la falta total o parcial de la adecuación o encuadramiento del hecho o conducta al tipo.

Así pues, por no reunir los requisitos que el tipo señala, el hecho o conducta resulta atípica. La falta de tipo o ausencia de tipo se refiere a que el hecho o conducta no aparecen en la ley, no existe el tipo, no se podrá decir jamás que algún hecho o conducta pueden ser atípicos porque no hay posibilidad de encuadrarlos en un tipo inexistente. En la atipicidad el tipo existe, pero el hecho o conducta no

¹⁴ Castellanos. Ob.cit. pp. 171-173

se adecua al mismo. "La atipicidad es un aspecto negativo del delito es decir, un eximente de responsabilidad y se da cuando la conducta, dada en la realidad no reúne los elementos exigidos por la conducta descrita en abstracto por el tipo penal.¹⁵

2.6 ANTIJURIDICIDAD: La antijuridicidad es el aspecto mas relevante del delito, de tal importancia que para algunos no es un mero carácter o elemento del mismo, si no su íntima esencia, su intrínseca naturaleza. La acción humana para ser delictiva ha de estar en oposición con una norma penal que prohíba u ordene su ejecución, ha de ser antijurídica; obra antijurídicamente el que contraviene en las normas penales. La antijuridicidad presupone un juicio acerca de la oposición existente entre la conducta humana y la norma penal, juicio que solo recae sobre la acción de índole subjetiva, por lo cual la antijuridicidad tiene carácter objetivo.

2.6.1 DEFINICION DE ANTIJURIDICIDAD: "El prestigiado maestro Luis Jiménez de Asúa al referirse a la antijuridicidad nos dice que: provisionalmente puede decirse que es lo contrario a derecho. Por tanto, no basta que el hecho encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto sino que necesita que sea antijurídico, contrario a derecho.

¹⁵ Orellano Wiarco Octavio Alberto. Derecho Penal. Parte General. Edt. Porrúa. México. Pp. 231,232

Para el objetivo perseguido en este trabajo vamos a resumir el pensamiento de los penalistas causalistas mas destacados sobre este elemento.

El profesor Agustín Bravo, considera que la raíz de la antijuridicidad viene de jurídicos-a-um, que a su vez viene de jus, dico, o sea digo o declaro el derecho; esto es jurídico.

Entre otros Porte Petit, argumenta que se tendrá como antijurídica una conducta adecuada al tipo cuando no se pruebe la existencia de una causa de justificación.

Hans Welzel aduce que frecuentemente se precisa la antijuridicidad como "un juicio de valor" negativo o "juicio de desvalor" del derecho sobre la conducta humana o el hecho (acción), aclarando de inmediato que la antijuridicidad no es un mero juicio de desvalor, sino una característica de desvalor de la acción.

Sin embargo Guillermo Saver Binding y otros penalistas distinguen entre antijuridicidad e injusto afirmando en que el primer termino es un "anti" y el segundo es sólo contrario a derecho; por lo que debe preferirse el uso del vocablo antijuridicidad."¹⁶

Cabe mencionar que la antijuridicidad es un concepto negativo (lo contrario a la norma, lo contrario al derecho) no resulta fácil dar una definición de la misma. Por lo general, se señala como antijurídico lo que

¹⁶ Ibid. pp.178,179

es contrario al derecho; la antijuridicidad es un juicio de valor ello es, aceptado por la inmensa mayoría de los penalistas.

Podemos decir que la antijuridicidad: Es la relación de contradicción entre la conducta típica y el orden jurídico siendo ésta relación de contradicción meramente objetiva.

2.6.2 CLASES DE ANTIJURIDICIDAD: “De lo comentado anteriormente se desprende que los autores distinguen dos clases de antijuridicidad llamada formal y material:

I.- Antijuridicidad Formal: Es el hecho de que la conducta encuadre en el tipo indiciaria de antijuridicidad.

II.- Antijuridicidad Material: Es la contradicción entre la conducta y la norma, siempre que afecten los intereses de la colectividad.”¹⁷

2.7 AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD: El aspecto negativo de la antijuridicidad lo constituyen las causas de justificación, que son las razones o circunstancias que el legislador consideró para anular la antijuridicidad de la conducta, típica realizada, al considerarla lícita, jurídica o justificativa. Las causas de justificación anulan lo antijurídico o contrario a derecho, esto es, que cuando hay alguna causa de justificación desaparece o antijurídico, es decir cuando en un hecho presumiblemente delictuoso falta el elemento antijuridicidad, podemos

¹⁷ Pavon. ob.cit. p295

decir que no hay delito, por la existencia de alguna causa de justificación. El código penal del estado de Guanajuato en su artículo 33 nos determina que las causas de justificación son las siguientes:

I.- El consentimiento del sujeto pasivo

II.- La legítima defensa

III.- El estado de necesidad

IV.- El cumplimiento de un deber

V.- El ejercicio de un derecho

I.- El consentimiento del sujeto pasivo.- El hecho se justifica cuando se comete con consentimiento válido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquellos de que pueden disponer lícitamente los particulares.

El consentimiento del sujeto pasivo es la manifestación primordial, dicho consentimiento debe ser "válido", para ser válido debe reunir los requisitos siguientes:

I.- Que provenga del titular del bien jurídico tutelado;

II.- Que verse sobre bienes disponibles jurídicamente por su titular;

III.- Que provenga de una persona capaz y;

IV.- Que la voluntad no este viciada.

II.- Legítima defensa: "Ha sido definida la legítima defensa como la repulsa de una agresión antijurídica y actual, por el atacado o por terceras personas, contra el agresor, cuando no traspase la medida necesaria para la protección. ¹⁸ Es decir, es la acción necesaria para rechazar una agresión real, actual o inminente y sin derecho; debe existir la necesidad de defensa y racionalidad de los medios empleados y sin que medie provocación suficiente.

2.7.1 ELEMENTOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA: Los elementos son las partes que conforman la propia definición legal de la legítima defensa y estos son:

I.- Repeler: Quiere decir rechazar, eludir, no permitir que algo ocurra o se acerque.

La repulsa es provocada por presunto responsable de la conducta lesiva quien es protegido por la legítima defensa.

II.- Agresión: Es actuar contra una persona con intención de causarle un daño.

III.- Agresión real: Que sea algo cierto, que no se trate de un presentimiento o de una alucinación.

IV.- Agresión actual: Que se de en el mismo instante de repelerla, esto es en un mismo espacio temporal o que aquélla sea inminente.

¹⁸ Carranca y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General.Ed. Novigecimo primera. Edt. Porrúa p.531

V.- Agresión inminente: Que sea próxima o cercana, es decir, que por lo menos este a punto de ocurrir.

VI.- Sin derecho: La agresión deber ser ilegítima, sin derecho para que sea considerada como antijurídica.

VII.- En defensa de bienes jurídicos propios o ajenos: Se ha insistido en que la repulsa debe obedecer a la defensa de cualquier bien jurídico ya sea propio o ajeno.

VIII.- Necesidad racional de la defensa empleada: Quiere decir que la acción realizada es decir la repulsa, para defender los bienes jurídicos debe ser la necesaria, proporcional al posible daño que se pretendía causar con la agresión injusta.

IX.- Que no medie provocación: Consiste en que el agredido no debe de haber provocado la agresión ni el tercer a quien se defiende deberá haber dado causa a ella.

2.7.2 CAUSAS EN QUE LA DEFENSA ES INEXISTENTE:

“La legítima defensa es inexistente:

I.- Cuando la agresión no reúna los requisitos legales señalados;

II.- Cuando el agredido no haga surgir un peligro inminente para los bienes protegidos;

III.-Cuando el agredido haya provocado la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella. Carrara, consideró excluida la legítima defensa cuando el amenazado actuaba ilícitamente originando el peligro de la agresión.¹⁹

IV.- El estado de necesidad:" Es otra causa de justificación. La noción del estado de necesidad consiste en obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno respecto de un peligro real, actual o inminente no ocasionado por el agente, sin tener el deber de afrontar, siempre que no exista otro medio menos perjudicial a su alcance, con lo cual cause algún daño o afectación a bienes jurídicos ajenos"²⁰.

Ahora bien los elementos del estado de necesidad son:

I.-La existencia de un peligro real, grave e inminente;

II.- Que ese peligro recaiga en bienes jurídicos. El dispositivo de la ley exige la necesidad de salvar la persona o bienes propios o de un tercero, más no debe entenderse el precepto con carácter limitativo;

III.-Que el peligro no haya sido provocado dolosamente.

Los requisitos del estado de necesidad son:

I.- Que el peligro sea actual e inminente;

¹⁹ Ibíd. pp. 312,313

²⁰ Pavon Ob.cit. p.321

II.-Que el titular del bien salvado no haya provocado dolosamente el peligro;

III.- Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial.

Si bien, cabe señalar que existen diferencias entre el estado de necesidad con la legítima defensa estas son:

I.- En la legítima defensa existe agresión (defensa), en la segunda constituye una "acción" que implica ataque a bienes jurídicos.

II.- En la segunda diferencia, se establece respecto a la naturaleza del conflicto en el estado de necesidad surge entre intereses legítimos, esto es, entre bienes tutelados por la ley, en tanto en la legítima defensa, frente al bien jurídico amenazado y cuya conservación hace necesaria la repulsa sólo existe el interés ilegítimo del agresor"²¹.

IV.- EL Cumplimiento de un deber: Esto consiste en causar un daño obrando en forma legítima en cumplimiento de un deber jurídico, siempre que exista necesidad racional del medio empleado.

V.- Ejercicio de un derecho:" Ejercer un derecho es causar algún daño cuando se obra de manera legítima, siempre que exista necesidad racional del medio empleado".²²

Existe ejercicio de un derecho cuando la acción o la omisión se realicen en el cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado

²¹ Pavon. Ob.cit. pp.326,327

²² Pavon. Ob.cit. p.33

para cumplir el deber o ejercer el derecho y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro.

CAPITULO III

ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO

3.1 IMPUTABILIDAD: El estudio de la imputabilidad como presupuesto del delito se apoya en que este tema se analiza dentro de la teoría de la ley penal, como un concepto de orden general previo al caso concreto en que se atribuye una conducta o determinada persona, pues el examen concreto corresponde a la imputabilidad como un elemento del delito, o como presupuesto de la culpabilidad.

Podemos entender por imputabilidad la capacidad que tiene una persona para atribuirle la responsabilidad de sus actos. Es decir, la aptitud del sujeto que por su desarrollo físico y psíquico, tiene el deber de respetar la ley.²³

Existen múltiples acepciones acerca de la imputabilidad:

Para el doctor en derecho Gustavo Malo Camacho el nos comenta que la imputabilidad es la capacidad exigida por la ley para que la persona pueda ser responsabilizada por la comisión de un delito; para el imputabilidad la ubica en el estudio de la culpabilidad.

Por otro lado Carrancá y Trujillo definen a la imputabilidad como: Todo aquel que posea al tiempo de la acción, las condiciones, psíquicas de exigibilidad abstracta e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto para

²³ Castellanos.Ob.cit.p.217

observar una conducta que corresponda a las exigencias de la vida en sociedad humana.

La imputabilidad es pues, la capacidad de querer y entender, es decir de entender y comprender la ilicitud del hecho y de comportarse de acuerdo a esa comprensión. Un sujeto que puede utilizar sus facultades mentales para querer y entender la ilicitud de su conducta es un sujeto capaz de relacionarse con el mundo exterior por medio de su conciencia; se entiende por conciencia la facultad mental que nos permite relacionarnos con el mundo exterior.

Para mejor entendimiento la imputabilidad es definida como la capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal. Implicando la salud mental, aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal al momento de cometer el delito; pues sería inequívoco pensar que se le aplique a un menor o a una persona, que esté carente de sus facultades mentales una pena, si no cuenta con la capacidad para poder comprender que la conducta que realiza, es un delito que merezca ser castigo.

3.1.1 ELEMENTOS DE LA IMPUTABILIDAD: Los elementos de la imputabilidad son dos:

a) Elemento Intelectual: Que se traduce en el saber, en el conocer, en comprender la ilicitud del hecho y de comportarse de acuerdo con esa comprensión.

b) Elemento Volitivo: Es la capacidad de autodeterminación, o querer comportarse en función de lo que conoce.

Para Carrancá y Trujillo consideran que ser imputable es todo aquel que posea al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en la sociedad humana.

Esto es, la imputabilidad es, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mental en el actor, en el momento de cometer el delito que lo capacitan para responder penalmente por sus actos.

3.2 INIMPUTABILIDAD: "La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad y consiste en la ausencia de capacidad para querer y entender en el ámbito del derecho penal, de comprender la ilicitud del hecho y de comportarse de acuerdo a esa comprensión.²⁴

Con más propiedad la inimputabilidad es la incapacidad del sujeto para querer y comprender la ilicitud del hecho, por lo tanto, el sujeto inimputable no se comporta de acuerdo con esa comprensión.

3.2.1 CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD: De acorde a lo anterior mencionaremos las causas de inimputabilidad que establece nuestro código penal para el estado de Guanajuato en su artículo 35 estas causas son.

²⁴ Cardona Arizmendi, Enrique y otro. Código Penal comentado del Estado de Guanajuato. Editorial Orlando Cárdenas. Edic. tercera. Irapuato, Guanajuato. 1998pp.180,181

I.- Perturbación grave de la conciencia con base patológica.- Es el caso de quienes no pueden comprender el carácter ilícito del hecho por su perturbación de las facultades psíquicas, esto es, que su incapacidad de querer y comprender el hecho delictuoso lo hace ser inimputable en el momento del hecho.

II.- Perturbación grave de la conciencia sin base patológica.- La grave perturbación de la conciencia por haber ingerido bebidas alcohólicas o por el uso de estupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias semejantes, si la ingestión del uso fue involuntario o por error, constituye una causa de inimputabilidad.

III.- Desarrollo mental retardado o incompleto.- El desarrollo mental retardado es un proceso tardío de la inteligencia, que provoca incapacidad para entender y querer por parte del agente. Nuestro código penal en su artículo 39 señala que no es imputable, quien en el momento del hecho sea menor de dieciséis años. Se considera que los menores de edad carecen de madurez y por tanto, de capacidad de querer y de comprender sus actos, de comprender la ilicitud del hecho y de comportarse de acuerdo a esa comprensión.²⁵

Las causas de inimputabilidad deberán presentarse precisamente cuando se lleve a cabo la conducta considerada como delito. Entonces para ser declarado inimputable la perturbación de la conciencia con base y sin base patológica, con desarrollo mental deberá darse precisamente al momento en que se lleve a cabo la conducta delictuosa a todos los inimputables al llevar a cabo alguna conducta

²⁵ Cardona Arizmendi Enrique y otro. Ob.cit.pp.183,184

prohibida por la ley solamente estarán desarrollando la parte objetiva del delito es decir, que llevan a cabo, una conducta típica y antijurídica, mas no así desarrollan el aspecto subjetivo del delito.

3.3 CULPABILIDAD: Otro de los elementos que nos ocupa estudiar es la culpabilidad. La culpabilidad es un elemento constitutivo del delito; sin él no es posible concebir su existencia. Así pues, se estableció en el estudio del elemento anterior que la imputabilidad funciona como presupuesto de la culpabilidad refiriéndose a la capacidad del sujeto para entender y querer en el derecho penal. Estableciendo el orden lógico de la definición del delito, se establece que una conducta no será delictuosa sin antes se típica, antijurídica, imputable y culpable²⁶.

3.3.1 DEFINICION DE CULPABILIDAD: Existen varias acepciones de culpabilidad entre otras están:

Es la relación que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada.

Para el autor Mezger lo define como: El conjunto de presupuestos para la imposición de la pena.

Porte Petit, define a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto.

²⁶ Ibid.p.247

Para Fernando Castellanos, el dice culpabilidad "es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.

Considera Gustavo Malo Camacho que la culpabilidad es el reproche hecho a una persona por haber cometido un injusto, es decir, por haber realizado una conducta típica y antijurídica .

El reproche es la reprobación por cometer el ilícito penal, porque la persona no acato lo ordenado por la norma habiendo podido hacerlo actuando contra el derecho se hace acreedor al reproche de culpabilidad señalado.

La definición que adopta el autor Villalobos, al establecer: La culpabilidad genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico, prohibiciones y mandatos que tienden a constituirlo y conservarlo, siendo el desprecio que se manifiesta por la franca posición al dolo o desatención nacidas del desinterés del mal ajeno frente a los propios deseos de culpa.

Por ello consideramos a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.

3.3.2 TEORIAS SOBRE LA CULPABILIDAD:

Para precisar la naturaleza de la culpabilidad existen dos teorías:

La psicológica y la normativa:

A) Teoría Psicológica: Proviene del alemán Frank Von Listz al que se considera como fundador del sistema clásico de la dogmática penal alemana. Para Listz la culpabilidad consiste en el nexo psicológico que une al sujeto con su resultado entendiéndose por relación psicológica a las formas de culpabilidad como son: el dolo y la culpa que pueden ser desarrolladas por un sujeto imputable. Esto es la culpabilidad clásica se estructura con la imputabilidad considerada como presupuesto de la culpabilidad y el dolo y la culpa considerados como especies o clases de culpabilidad. En este sistema como se puede apreciar bastaba con que un sujeto imputable actuara con dolo o con culpa para que en tales circunstancias se le considerara culpable y consecuentemente se le pudiera aplicar una pena.

B) Teoría Normativa: La teoría normativa de la culpabilidad se debe al eminente jurista alemán Von Frank al que se considera fundador del sistema neoclásico alemán. Frank consideraba que la culpabilidad era un juicio de valor, un juicio de reproche que se le finca al sujeto imputable que pudiendo obrar conforme a lo que la norma le exige actúa de manera diferente a través del dolo o de la culpa; el sujeto no solamente se relaciona psicológicamente con su resultado si no que además se relaciona con la norma, ya que debemos de mencionar que existen normas jurídicas penales que ordenan o mandan realizar una conducta. Dichas prohibiciones y dichos mandatos a los imputables se les exige

que los observen y no obstante esa posibilidad han obrado de manera diferente relacionándose así con el orden normativo. Frank con ello crea el sistema neoclásico y resuelve el problema del sistema clásico referente a la culpa inconsciente o sin previsión dentro de la cual existían dificultades para determinar el nexo psicológico. Como consecuencia de ello la culpabilidad normativista o neoclásica se estructura de la siguiente manera:

Imputabilidad, dolo, culpa y la exigibilidad todos como elementos de la culpabilidad que dio origen al sistema neoclásico; de tal manera que para poder fincar el juicio de reproche o sea que para declarar culpable a un sujeto se tiene que reafirmar en el sujeto la imputabilidad el dolo o la culpa y la llamada exigibilidad.²⁷

3.3.3 FORMAS DE CULPABILIDAD: Las formas de culpabilidad según la teoría clásica y la neoclásica son dolo y culpa según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia, ya que se puede cometer un delito mediante una determinada intención delictuosa (dolo) en términos generales ya que se hará un estudio posterior del dolo o por descuidar las precauciones necesarias (culpa).

3.3.3.1 EL DOLO: El dolo consiste en el actuar consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

²⁷ Ibid.pp.356,-360

Es el conocimiento de la representación; de la previsión y del querer.

El dolo tiene dos elementos que son:

I.- Intelectual y

II.- Volitivo

El elemento intelectual del dolo, es el conocimiento de los elementos del tipo y de la relevancia antijurídica de la conducta, por eso el sujeto al matar sabe que va a matar a una persona (éste es el conocimiento de los elementos del tipo) y sabe que eso es malo y éste último se enfatiza, ya que el sujeto no necesariamente tiene que saber que existe un tipo penal, ni que existe un código penal, lo que se necesita es pues un conocimiento elemental de la ilicitud que el sujeto tiene o posee, por la razón de que es un sujeto capaz (imputable), es decir que si efectúa una conducta mala sabe que está mal lo que está haciendo²⁸.

El elemento volitivo del dolo, que es la voluntad o concepto como factor de dirección consiste en la voluntad de realizar el hecho en base al conocimiento anterior, o sea en base al conocimiento de la ilicitud del hecho.

Doctrinalmente el dolo puede ser: directo, indirecto, indeterminado y eventual.

²⁸ Jiménez Huerta Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo I editorial Porrúa. Edic. cuarta. México, DF. 1983. p.350

I.- Dolo directo: Es aquel en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere. El resultado coincide con el propósito del agente.

II.- Dolo Indirecto: Se le denomina también dolo de consecuencia necesaria se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que van a existir otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aun previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho.

En este supuesto el resultado no es directamente querido por el agente, pero si hubo previsión, representación y voluntad de realizar un acto ilícito, dándose además otros resultados como consecuencias necesarias, que llevando adelante su actuar , conscientemente los admitió o consintió y ello es mas que suficiente para que proceda un reproche doloso.

Es decir, hay dolo indirecto cuando queriendo el resultado se prevé como seguro otro resultado deriva de la misma conducta. Hay dolo indirecto si el sujeto se propone un fin y sabe ciertamente que se producirán otros resultados típicos y antijurídicos, los cuales no son objetos de su voluntad.

III.- Dolo indeterminado: Es cuando existe la intención genérica de delinquir sin proponerse un resultado delictivo en especial.

IV.- Dolo eventual: Hay dolo eventual, cuando el sujeto, se representa la posibilidad de un resultado, que no desea pero cuya producción ratifica en última instancia.

Este existe cuando el agente se representa como posible un resultado delictuoso y a pesar de consecuencias se desea un resultado delictivo previéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente.

3.3.3.2 CULPA Y CLASES: Obra con culpa quien realiza el hecho legalmente descrito por inobservancia del cuidado que le incumbe de acuerdo con las circunstancias y sus condiciones personales y, el caso de representárselo como posible, se conduce en la confianza de que no ocurrirá²⁹.

Los elementos de la culpa, son las partes esenciales de que se integra, por ser necesaria la conducta humana para la existencia del delito ella constituirá el primer elemento; es decir, una actuar voluntaria (positivo o negativo); en segundo término que esa conducta voluntaria se realice sin la cautela o precaución exigida por el estado; tercero, los resultados del acto han de ser previsibles y evitables y tipificarse penalmente; por último, precisa una relación de causalidad. Son dos las especies de la culpa: consciente, con previsión o con representación, e inconsciente, sin previsión o sin representación. La culpa consciente, con previsión o representación existe cuando el sujeto prevé como

²⁹ Orellano Wiarco Octavio Alberto. Teoría del delito. Editorial Porrúa. Edic. segunda. México, DF 1995

posible el resultado típico, pero no lo quiere y tiene la esperanza de que este no se realizará.

Existe voluntariedad de la conducta causal y representación de la posibilidad del resultado; este no se quiere se tiene la esperanza de que no se realizará. Existe en la mente del agente la previsión o representación de la posible realización de un resultado tipificado penalmente como delito, y a pesar de ello, confiado en la no realización del resultado, desarrolla la conducta. La culpa es inconsciente sin previsión o sin representación, cuando no se prevé un resultado típico. Existe voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible.

3.4 INCULPABILIDAD: “La culpabilidad es el resultado de un 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, este es el concepto de la culpabilidad que ya quedo mencionado, resultando lógico que ahora nos ocuparemos de los aspectos negativos de la culpabilidad y sus consecuencias que son las de inexistencia de delito por causa de inculpabilidad, tengamos que referirnos al aspecto positivo del concepto para encontrar el fundamento de lo negativo.³⁰

De acorde a lo anterior diremos que la inculpabilidad, es una causa de inexistencia del delito que se caracteriza por la presencia del error en cuanto a la naturaleza del acto cometido o coacción para

³⁰ Vela Treviño Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. Edic. primera. Ed. Trillas. México 1985. pp.274,275

ejecutar el acto no querido, siendo éste antijurídico y legalmente descrito por la ley penal. "Para que se integre la culpabilidad es necesario que el sujeto tenga una determinación libre y espontánea y que tenga plena conciencia de lo injusto de su proceder. Esto es, cuando la determinación no es libre, cuando la voluntad está coartada no hay culpabilidad. No se dará tampoco la culpabilidad cuando se comete el ilícito penal por inadecuación entre la realidad y lo que se piensa por lo tanto habrá inculpabilidad cuando se de el error en cuanto a la naturaleza del acto cometido o coacción para ejecutar el acto no querido, siendo éste antijurídico y típico.

Son causas de inculpabilidad:

El error esencial de hecho (ataca al elemento intelectual) y la coacción sobre la voluntad (afecta el elemento volitivo).

La doctrina tradicional ha estimado como especies y clases de error las siguientes:

1.-"Error de hecho

2.- Error de derecho

Comenzaremos diciendo que el error de hecho es una representación equivocada entre lo que es y lo que se piensa que incide sobre las circunstancias fácticas de la figura o de la justificante, es decir, es un falso conocimiento de la verdad.

En cambio el error de derecho, es aquel que incide sobre elementos valorativos o discrepancias entre el sujeto y el legislador.

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

El error esencial: Es aquel que recae sobre uno o más de los elementos que se requieren para la existencia del delito, esto es, el sujeto actuó antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente y por ello constituye el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo.

El error esencial vencible: "es aquel al cual el sujeto puede sustraerse con diligencia o cuidado; esto es que puede reprochársele a título de culpa y por consecuencia al daño pudo ser evitado.

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

El error accidental: Es aquel que no recae sobre circunstancias esenciales del hecho sino secundarias. El error accidental puede ser a su vez:

1.- El error en el golpe (aberratio ictus). Se da cuando el resultado no es precisamente el querido.

2.- El error en la persona (aberratio in persona), su nombre lo dice, el error que versa sobre la persona, objeto del delito, o sobre el objeto material del delito.

3.- El error en el delito (aberratio delicti). En este se ocasiona un acontecimiento diferente al deseado.

El error de derecho no produce efectos de eximente, porque el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación.

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

I.- Error de tipo: Es el error que versa sobre elementos típicos de la figura o de la justificación.

“Cuando en un acontecimiento concreto el agente no tuvo la normal valoración de los elementos fácticos concurrentes, que permiten el conocimiento de la adecuación de la conducta a la hipótesis abstracta del hecho plasmada en un precepto legal.”³¹

Esto significa que la ignorancia o el desconocimiento de los elementos fácticos (que se refieren al tipo legal) impiden que en la

³¹ Jiménez Huerta. P. 38

psique del agente se forme la representación del acto que la ley declara punible.

Cabe mencionar que el error de tipo es causa de inculpabilidad, no de atipicidad ya que el tipo y la tipicidad se integran en los casos de error de tipo desde el punto de vista de la perfecta adecuación de la conducta al tipo legal; lo que ocurre tratándose del error, es que el sujeto autor de la conducta no tiene la exacta representación mental de la posible adecuación de su conducta al tipo, si no que por encontrarse en un error el tipo se integra sin vinculación subjetiva y el tipo para nada afecta a la descripción legal en cuanto a su posible integración, o sea, que independientemente de que el sujeto se halle en estado de error, el tipo puede integrarse.

II.- Error de prohibición: Es aquel en el que existe discrepancia valorativa entre el sujeto y el legislador originada por la ignorancia o desconocimiento de la ley y por ende de la norma implícita en el tipo penal.

CAPITULO IV

PUNIBILIDAD

4.1 PUNIBILIDAD: Es el último elemento del delito. "La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena que va de un mínimo a un máximo. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena³².

La punibilidad se ha definido de diferentes maneras:

Como la pena misma, el castigo que el estado, impone a los delincuentes;

Como el señalamiento de una pena. Señalamiento que siempre oscila entre un mínimo y un máximo, y este señalamiento se encuentra en el tipo penal;

Esto es, la punibilidad, es la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viole la norma jurídica penal.
Punición: Consiste en determinar la pena exacta al sujeto que ha resultado responsable por un delito concreto.

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

³² Cardona.Ob.cit.122

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

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

Pavón Vasconcelos dice que 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.

4.2 DEFINICION DE PENA: "Siendo la pena legitima consecuencia de la punibilidad como elemento del delito e impuesta por el poder del estado al delincuente, su noción está relacionada con el ius puniendo y con las condiciones que, según las escuelas, requiere la imputabilidad, pues si ésta se basa en el libre albedrío la pena será retribución del mal por mal, expiación y castigo; esto es si se basa en la peligrosidad social acreditada por el infractor entonces la pena será medida adecuada de defensa y aplicable a los sujetos según sus condiciones individuales.

Infinidad de definiciones se han dado sobre la pena, mencionaremos unas cuantas:

Para Carrara la pena es de todas suertes un mal que se inflige al delincuente³³;

Es un castigo; atiende a la moralidad del acto; al igual que el delito, la pena es el resultado de dos fuerzas: la física y la moral, ambas subjetivas y objetivas; 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;

Para Florián: La pena debe adaptarse, no a la gravedad del delito;

Garofalo: En consecuencia, la pena no es otra cosa que un tratamiento que el estado impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial o que representa una peligrosidad social, pudiendo ser o no se un mal para el sujeto y teniendo por fin la defensa social.

En el derecho legislado moderno es todavía la pena un mal infligido legalmente al delincuente como consecuencia del delito y del proceso correspondiente; es un mal que el juez inflige al delincuente a causa de su delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor.

Esto es, la pena es el castigo legalmente impuesto por el estado al delincuente para conservar el orden jurídico.

³³ García Maines Eduardo Ob.cit.pp.305,306

4.2.1 FUNDAMENTOS DE LA PENA: Se han elaborado numerosas doctrinas para servir de justificación a la pena. Estas son tres las absolutas, relativas y mixtas.

I.- Teorías absolutas: Para esta teoría, "la pena carece de una finalidad, práctica.

Se aplica por exigencia de la justicia absoluta, si el bien merece el bien, el mal merece el mal. La pena es entonces la justa consecuencia del delito cometido y el delincuente la debe sufrir, ya sea a título de reparación o de retribución por hecho ejecutado.

II.- Teorías relativas: Las relativas la toman como un medio necesario para asegurar la vida en sociedad. Esto es, asignan a la pena una finalidad en donde encuentran su fundamento.

III.- Teorías mixtas: Dice Eusebio Gómez, intentan la conciliación de la justicia absoluta, con la finalidad.

4.2.2 FINES Y CARACTERISTICAS DE LA PENA: Para Cuello Calón debe aspirar a los siguientes fines.-

Obrar en el delincuente, creando en él, por el sufrimiento, motivos que le aparten del delito en lo porvenir y reformarlo para readaptarse a la vida social.

Tratándose de inadaptables, entonces la pena tiene como finalidad la eliminación el sujeto.

Indudablemente, el fin último de la pena es la salvaguarda de la sociedad. Para conseguirla debe ser intimidatorio, es decir, evitar la delincuencia por el temor de su aplicación; ejemplar al servir de ejemplo a los demás y no sólo al delincuente para que todos adviertan la efectividad de la amenaza estatal; correctiva, al producir en el penado la readaptación a la vida normal, mediante los tratamientos curativos y educacionales, adecuados, impidiendo así la reincidencia, eliminatoria, ya sea temporal o definitivamente, según que el condenado pueda readaptarse a la vida social o se trate de sujetos incorregibles; y, justa pues la injustificación acarrearía males mayores no solo con relación a quien sufre directamente la pena, sino para todos los miembros de la colectividad al esperar que el derecho realice elevados valores entre los cuales destacan la justicia, la seguridad y el bienestar social.

En cambio Villalobos señala como fines de la pena los siguientes: debe ser aflictiva, legal, cierta, pública, educativa, humana, equivalente, suficiente, remisible, reparable, personal, variada y elástica.

4.2.3 CATÁLOGO DE PENAS:

De conformidad con el artículo 38 del código penal del estado de Guanajuato, señala como penas las siguientes:

I.- Prisión

II.- Semilibertad

III.- Trabajo a favor de la comunidad

IV.- Sanción pecuniaria

V.- Decomiso de los instrumentos del delito y destrucción de cosas peligrosas y nocivas

VI.- Suspensión, privación e inhabilitación de derechos, destrucción o suspensión de funciones o empleos e inhabilitación para el ejercicio y desempeño

VII.- Prohibición de ir a una determinada circunscripción territorial o de residir en ella

VIII.- Las demás que prevengan las leyes.

A continuación se explicaran brevemente las fracciones antes mencionadas:

I.- La Prisión: En tratándose de la prisión, es la más importante. La prisión es una pena privativa de la libertad ambulatoria, a purgarse mediante el encierro del condenado en la cárcel. De conformidad con el artículo 18 constitucional los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, donde se cumpla la prisión en sus respectivas competencias, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación del delincuente. Las mujeres, según lo establece el referido artículo 18 constitucional, compugarán sus penas de prisión en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto. Por disposición de este mismo precepto constitucional los gobernadores de los estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la Federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena de prisión en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal.

Por prisión se concibe, igualmente, el lugar donde se interna o asegura a los condenados, para cumplir la pena impuesta en el fallo definitivo. Por prisiones llegase a entender, asimismo, los cepos, grillos o estacas utilizados para impedir la libertad de movimiento de los presos

sujetos a esta pena. En suma, la prisión como pena se cumple a través de la reclusión del sentenciado, misma deberá sufrirla en un establecimiento cerrado, en el cual debe permanecer durante el tiempo determinado por la resolución definitiva del órgano jurisdiccional. La prisión consiste en quitar el derecho fundamental de tránsito, por un determinado tiempo, a quien la sufre.

El origen de la prisión como sistema carcelario establecido por el estado, lo podemos remontar a las houses of correction en la Inglaterra del siglo XVI y a la época de Tomás Moro, en 1516 y en su Utopía, donde se hablaba de la necesidad de ocupar útilmente a la turba de menesterosos desocupados. Se sabe de un estatuto de 1530, también en Inglaterra, estableciendo el registro de los vagabundos e introduciendo una primera distinción entre aquellos que estaban inhabilitados por trabajar, a quienes se les autorizaba mendigar, y los otros, que no podían recibir ningún tipo de limosna, bajo pena de ser azotados hasta sangrar.

En nuestro país, en el México colonial, podemos encontrar como primeros antecedentes de la cárcel los que surgieron del Tribunal de la Santa Inquisición o Santo Oficio en 1571, con el cual, a su vez, fue creada la cárcel de la Perpetua que se estableció a un lado de este Tribunal; la misma funcionó hasta la supresión del Santo Oficio en 1820.

Asimismo, con la apertura en 1710 del Tribunal de la Acordada, apareció también la cárcel del mismo nombre o sea de la Acordada, que funcionó durante un siglo ya que desapareció junto con este Tribunal; la misma funcionó durante un siglo ya que desapareció junto con este

Tribunal en 1812, si bien debe aclararse que posterior a esta fecha siguió en actividad como prisión ordinaria hasta el año de 1906 en que fue demolida.

II.- Semilibertad: La semilibertad implica alteración de períodos de privación de la libertad y de tratamiento en libertad. Se aplicará, según las circunstancias del caso, del siguiente modo: externación durante la semana de trabajo o educativo, con reclusión durante el resto de ésta; o salida diurna, con reclusión nocturna. La duración de la semilibertad no podrá exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida.

Por lo que hace a la semilibertad, ésta se concede cuando la pena impuesta no exceda de cinco años de prisión, se trate de casos de baja culpabilidad o peligrosidad así como de delincuentes primarios, según valoraciones que haga el Juez. La misma establece una combinación de la prisión con el encarcelamiento del reo, buscando, con ello, permitir una mejor readaptación social del delincuente, habida cuenta con tal situación éste advierte la existencia del castigo que se le impone y también las consecuencias que esto implica, así como que no obstante haber cometido el delito, se le autoriza abrir un espacio de libertad en su vida personal para que reasuma su condición de persona y compromisos sociales a fin de dedicarse a los fines lícitos que en lo particular le acomoden, principalmente, por lo tocante a los aspectos laboral (lo cual permite al reo ser producido económicamente, para él y su familia), o bien educativo (obteniendo así oportunidad de continuar con sus estudios y preparación, que le depare mejor futuro).³⁴

³⁴ Díaz de León Marco Antonio. Código Penal Federal con comentarios.p 65

Es así que el estado consciente de la naturaleza humana y de que los individuos que delinquen por primera vez puedan readaptarse mejor fuera que dentro de la cárcel, así como que éstos requieren de una oportunidad para corregir sus errores, les brinda esta opción a través de la facultad concedida al Juzgador para que pueda determinar su imposición. Indudablemente este es uno de los mejores caminos de política criminal que recoge al Derecho Penitenciario y nuestra legislación penal, para resocializar al reo, por lo mismo de que la pena corta por un lado carece de la posibilidad de readaptar en tan breve plazo a delincuentes primarios, y, por el otro, impide la contaminación e éstos dentro de la prisión al no adquirir malos hábitos y ejemplos criminales que después, ya en su retorno en sociedad, emplean por su cuenta cometido delitos en contra de ésta.

III.- Trabajo a Favor de la Comunidad: Consiste en la prestación de servicios no remunerados, en instituciones públicas educativas o de asistencia social o en instituciones privadas asistenciales. Este trabajo se llevará a cabo en jornadas dentro de períodos distintos al horario de las labores que representen la fuente de ingreso para la subsistencia del sujeto y de su familia, sin que pueda exceder de la jornada extraordinaria que determine la ley laboral y bajo la orientación y vigilancia de la autoridad ejecutora.

El trabajo a favor de la comunidad puede ser pena autónoma o sustitutivo de la prisión o de la multa.

Cada día de prisión será sustituido por una jornada de trabajo a favor de la comunidad.

La extensión de la jornada de trabajo será fijada por el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso.

Por ningún concepto se desarrollará este trabajo en forma que resulte degradante o humillante para el condenado.

El trabajo a favor de la comunidad es la pena que impone la autoridad judicial a aquellos delincuentes primarios, cuya sanción impuesta no exceda de cinco años de prisión. Esta pena se halla autorizada por el artículo 5 constitucional que establece: "Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto por las fracciones I y II del artículo 123". Por tanto, el trabajo a favor de la comunidad no puede considerarse como un beneficio por el cual pudiera optar el reo en aquellos casos donde se imponga una pena de prisión no mayor a cinco años; es decir, se trata de una pena, por lo cual sólo corresponde imponerse por arbitrio judicial y de conformidad a lo establecido por el artículo 21 de la constitución.

En la misma Exposición de Motivos se establece a este respecto: "El trabajo a favor de la comunidad constituye una novedad en nuestro derecho penal. Opera, en su caso, como sustitutivo de la multa insatisfecha o de la prisión que no exceda de un año.

Evidentemente, no se trata de una pena de trabajos forzados, sino de una medida que beneficia al reo, directamente, y también de modo directo a la sociedad.

Se ha procurado perfilar esta medida en tal forma que no afecte la subsistencia del reo y de sus dependientes económicos, no resulta nunca excesivo el trabajo impuesto, y no se desarrolló éste, bajo ningún concepto, en condiciones que puedan ser degradantes o humillantes para el sentenciado.

Aunque es obvio que este trabajo, que se desarrollará sólo en instituciones educativas o asistenciales, gratuitamente, implica siempre, como se indicó, un beneficio para el sentenciado, en cuanto evita que éste vaya a prisión, no está por demás señalar que el tercer párrafo del artículo 5 constitucional, donde se prohíbe la imposición de trabajos personales sin la justa retribución y sin el pleno consentimiento del interesado, hace salvedad expresa del trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto, en materia de duración de la jornada laboral, por el artículo 123 de la propia ley suprema. Por otra parte, el artículo 18 constitucional establece la vinculación entre el trabajo y la readaptación social, al entender que aquél es un medio para alcanzar ésta.

Al recogerse la medida de trabajo a favor de la comunidad, con las características que la iniciativa plantea, se está confiriendo un alto sentido social, sin agravio del individuo, al régimen de las sanciones penales. Se trata de un camino alternativo a la pena de prisión, principalmente para el caso de las de corta duración. Su aparición en el

Decreto de 30 de diciembre de 1983, publicado en el "Diario Oficial" de 13 de enero de 1984, se debió a la concepción afirmante de que la pena de prisión no cumple ya con sus fines atribuidos, principalmente la disminución de la delincuencia por medio de la prevención general (legislación) y de la prevención especial (ejecución de sanción).

Ahora bien, por reforma hecha mediante Decreto de 23 de diciembre de 1993, publicado en el Diario Oficial de 10 de enero de 1994, al trabajo a favor de la comunidad, además de ser sustitutiva de la prisión o de la multa, se le otorga la calidad de pena autónoma. En tal virtud, en sus conclusiones acusatorias el Ministerio Público Federal deberá solicitar, en su caso, la aplicación de las sanciones de trabajo a favor de la comunidad, como pena autónoma o sustitutiva de la de prisión o de la multa, en base a lo establecido en este artículo en comento.

IV.- Sanción Pecuniaria: La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño.

La multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al Estado, de una suma de dinero que se fije en la sentencia por días multa. El día multa equivale al salario mínimo general vigente en el Estado al momento de consumarse el delito. El Estado destinará el importe de la multa a satisfacer las necesidades del Poder Judicial.

Por lo que respecta al delito continuado, se atenderá al salario mínimo general vigente en el Estado al momento en que se realizó la

última conducta y para el permanente el que esté en vigor en el momento en que haya cesado el hecho.

Para la fijación de la cuantía de la multa, el tribunal deberá de tomar en consideración la capacidad económica del sentenciado. En caso de que no pudiera pagarla, total o parcialmente, la cubrirá con el producto del trabajo que realice en el lugar designado por el Ejecutivo. En caso de imposibilidad para efectuar trabajo alguno, se le perdonará la multa, siempre que no fuese la única sanción impuesta.

Atendiendo a las circunstancias personales del sentenciado el tribunal concederá un plazo o admitirá el pago fraccionado de la multa, siempre que quede saldada en el término de un año y previas las cauciones reales o personales que se estimen apropiadas para asegurar el pago.

Tratándose de la multa sustitutiva de la pena privativa de libertad, en cualquier tiempo podrá cubrirse su importe.

La multa es una sanción pecuniaria que se impone al reo culpable; consiste en el pago de una cierta cantidad de dinero al Estado con carácter de pena.

Tratase de un mal inferido al declarado culpable del delito en sentencia firme, por el cual se le disminuye su patrimonio en beneficio del Estado. Las circunstancias de que la cantidad de dinero pagada como multa, ingrese al patrimonio del Estado sin ninguna relación con el hecho ni con el daño sufrido por la víctima del delito, ni con la

correspondiente responsabilidad civil derivada de éste, ni que tampoco en la realidad de manera cierta prevenga nada ni intimide a nadie, convierte a la citada multa, más que en una pena, en un negocio o en una forma de recaudar ingresos económicos para el Estado, por la comisión de los delitos. Así, la multa se convierte, de alguna manera, en un cobro que hace el Estado al reo, como pago por el delito. Se trata propiamente no de una pena, sino de una especie de medio que le produce dinero el Estado por la comisión del delito; es decir, de esta manera, sólo un cobro hecho por el Estado al condenado, así como un pago de éste al Estado, sin otra justificación que la de haber delinquido.

Resulta inusitado, así, que se pague por el delito, entre otras razones porque la Constitución del país establece en su artículo 17 que la impartición de justicia deber ser gratuita, además porque en la mayoría de las sentencias definitivas la condena de multa va aparejada de otras penas. Asimismo, debe considerarse que en la práctica de multa lejos de tener eficacia preventiva (general o especial), desadaptar a quien la sufre ya que ésta le empobrece y le impide un mejor regreso a la colectividad.

Sin embargo, de cualquier forma la multa es considerada por la ley como una pena y, por consiguiente, al igual que las restantes penas, no debería tener otro objetivo que el de proveer las prevenciones general y especial del delito y esto último a manera de instrumento resocializador del condenado.

La reparación del daño a cargo de la persona sentenciada tiene carácter de sanción general para todos los delitos

La reparación del daño comprende:

I.-La restitución de la cosa obtenida por el delito, con sus frutos y accesorios, así como el pago, en su caso, de deterioros y menoscabos sufridos. Si la restitución no fuere posible, el pago del valor comercial de la cosa en el momento de la comisión del delito;

II.- El pago del daño material causado, incluyendo el de los tratamientos curativos médicos y psicológicos que sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima y sean consecuentemente del delito;

III.-El pago del daño moral; y

IV.- La indemnización de los perjuicios ocasionados.

Son terceros obligados a la reparación del daño:

I.-Los que ejerzan la patria potestad;

II.-Los tutores y los custodios por los delitos de quienes se hallaren bajo su autoridad y guarda;

III.-Las personas físicas o las personas jurídicas colectivas por los delitos que cometen culposamente sus obreros, aprendices, jornaleros, empleados o artesanos, con motivo o en el desempeño de sus servicios;

IV.- Las personas jurídicas colectivas o las que se ostenten como tales, por los delitos cometidos por quienes legítimamente actúan en su nombre o representación;

V.- Los dueños de mecanismos, instrumentos, aparatos, vehículos o sustancias peligrosas, por los delitos que en ocasión de su tenencia, custodia o uso cometan culposamente las personas que los manejan o tengan a su cargo, siempre que la tenencia, custodia o uso la confieran voluntariamente exceptuando los casos de contratos de compraventa con reserva de dominio, en que será responsable el adquirente; y

VI.- El Estado y los municipios, por los delitos que sus funcionarios o empleados cometan en el desempeño de sus funciones públicas.

Cuando la reparación del daño sea exigible a terceros, tendrá el carácter de responsabilidad civil, independientemente de la responsabilidad penal.

La reparación del daño como responsabilidad civil, podrá exigirse solidariamente al tercero obligado.

Cuando el tercero obligado sea el Estado o los municipios, éstos responderán solidariamente por los delitos dolosos de sus servidores públicos y subsidiariamente cuando fueren culposos.

Tienen derecho a la reparación del daño, en el siguiente orden:

I.- El sujeto pasivo; y

II.- Las personas morales que dependían económicamente de él, conjuntamente con quienes tengan derecho a alimentos conforme a la ley.

Se presume, salvo prueba en contrario, que dependían económicamente del sujeto pasivo el cónyuge o concubinario o concubina, sus descendientes y ascendientes en primer grado.

En caso de que concurren todas las personas señaladas en el artículo anterior, tienen preferencia el cónyuge o concubinario o concubina y los descendientes en primer grado, en igual proporción.

Quienes hubieren erogado gastos que conforme a esta ley deban ser a cargo del obligado a la reparación del daño, tendrá, derecho a que se les resarzan, así como también los perjuicios de tales gastos.

La reparación del daño será fijada por los tribunales, atendiendo a las pruebas obtenidas en el proceso. No se podrá absolver a la persona sentenciada de la reparación del daño si ha emitido una sentencia condenatoria.

En todo tiempo podrán asegurarse bienes de la persona obligada a la reparación del daño par garantizar su pago.

La sola formulación de conclusiones acusatorias, lleva implícito pedimento de condena al pago de la reparación del daño.

Para el aseguramiento de bienes deberá mediar instancia del Ministerio Público.

En caso de lesiones y homicidio, a falta de pruebas específicas respecto al daño causado, los tribunales tomarán como base el salario mínimo general vigente en el Estado al momento del hecho y las disposiciones que sobre riesgos de trabajo establezca la Ley Federal del Trabajo.

Los objetos o instrumentos de uso ilícito con que se cometa el delito, propiedad del acusado, se asegurarán de oficio para garantizar el pago de la reparación del daño y solamente se levantará el aseguramiento o no se llevará a cabo si se otorga caución bastante en los términos de ley.

Los responsables de un delito están obligados solidariamente a cubrir el importe de la reparación del daño.

La obligación de pagar la reparación del daño es preferente a cualquiera otra que se hubiere contraído con posterioridad a la comisión del delito.

Si no se logra hacer efectivo todo el importe de la reparación del daño, lo que se obtenga se distribuirá proporcionalmente entre quienes tienen derecho a ella, atendiendo a las cuantías señaladas en la sentencia ejecutoria, sin perjuicio de que si posteriormente el condenado adquiere bienes suficientes se cubra lo insoluto.

Si las personas que tienen derecho a la reparación del daño renunciaran a ella o no la recogieren en un lapso de seis meses, si está a su disposición, su importe se aplicará a favor del Estado.

La reparación del daño moral será fijada al prudente arbitrio del tribunal, tomando en consideración las características del delito, las posibilidades económicas del obligado, la lesión moral sufrida por la víctima y las circunstancias personales de ésta, tales como su educación, sensibilidad, afectos, cultura y demás similares que tengan relevancia para la fijación del daño causado. Esta reparación no podrá exceder del importe de ciento veinte días de salario mínimo general vigente en el Estado.

En los casos en que se condene al pago de la reparación del daño material, el monto de la indemnización del daño moral no podrá ser menor de un quinto no mayor de un medio del importe de aquélla.

El tribunal, tendiendo en cuenta la situación económica de la persona obligada, podrá fijar plazos para el pago de la reparación del daño, los que no excederá, de un año.

La multa y la reparación del daño a favor del Estado, se hará, efectivas en los términos de las disposiciones fiscales correspondientes.

La reparación del daño a favor de persona distinta del Estado se hará efectiva de oficio por el tribunal del proceso, conforme a las disposiciones que para la ejecución señale la ley civil. El Ministerio Público será parte en este procedimiento.

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, quien tenga derecho a la reparación del daño podrá optar por reclamarlo en la jurisdicción civil, sirviéndole de título ejecutivo la resolución firme que condene al pago. En este caso cesará el procedimiento ejecutivo oficioso.

A manera de resumen la figura de la reparación del daño constituye uno de los principales aciertos del Código Penal en cita, misma capta la esencia del derecho social prevaleciente en nuestro sistema jurídico-político, a partir de la Constitución de Querétaro de 5 de febrero de 1917, la cual suprime el característico sentido privado que antes tenía, permitiendo de numerosas transacciones o de impunidades perjudicantes para la víctima.

Antes de esta Constitución de 17, en el siglo pasado y a principios del actual, el derecho penal, servía a los dueños del capital, a los hacendados, quienes, asociados con el gobierno despótico de Porfirio Díaz, cometieron toda clase de aberraciones en contra de la población.

Eran las épocas del liberalismo económico político sustentado por los incipientes sociedades burguesas, donde para los Estados, todo o, casi todo, era un dejar hacer, un dejar pasar y, además, un respetar ilimitado a las supuestas leyes económicas naturales.

Así, la reparación del daño, vista como pena pública, nace propiamente a partir de la Constitución de 1917, imbuida ésta por ideas

de derecho social que por primera vez se implantan en el nivel de norma básica. Antes de nuestra Constitución de 1917, el código penal de 1872, expedido por Benito Juárez el 7 de diciembre de 1871, se regía por principios liberales de la época.

V.- Decomiso de los instrumentos del delito y destrucción de cosas peligrosas y nocivas:

El decomiso consiste en la pérdida de la propiedad o de la posesión de los instrumentos u objetos del delito a favor del Estado.

Los instrumentos u objetos del delito se decomisarán si son de uso prohibido. Los instrumentos de uso ilícito se decomisarán a la persona acusada solamente cuando fuere sentenciada por delito doloso.

Las armas serán decomisadas aún tratándose de delito culposos.

Si los instrumentos u objetos de uso ilícito sólo sirven para delinquir o son sustancias nocivas o peligrosas, se destruirán al quedar firme la sentencia.

Los instrumentos u objetos de lícito comercio decomisados, se venderán y su producto se ingresará al Estado.

Los instrumentos u objetos de lícito comercio que no hayan sido o no puedan ser decomisados y que en el plazo de un año, contado a partir de que la sentencia quede firme, no sean recogidos por quien tenga derecho a ello, se venderán y su producto se ingresará al Estado.

Tratándose de bienes de costoso mantenimiento o conservación, se procederá a su venta inmediata y su producto se dejará a disposición de quien tenga derecho, aplicándose lo dispuesto en el artículo precedente.

Esto quiere decir, que decomisar es declarar que una cosa ha caído en comiso. Significa privar al reo o a terceros de la posesión, propiedad o derecho que tengan sobre los instrumentos (instrumenta sceleris), objetos o productos del delito (producto sceleris), situación ésta decretada normalmente como pena accesoria por el órgano jurisdiccional en una sentencia penal y en base a este artículo en comento, el cual se caracteriza por hallarse en la parte general de este código punitivo.

Sin embargo, existe otra clase de decomiso que se diferencia del antes mencionado, primero, porque constituye una pena principal y, segundo, porque se encuentra en tipos concretos de la parte especial, como partes del mismo. Atendiendo a su significado vemos que el vocablo decomiso, viene de comiso, del latín *commisum*; delito contra las leyes, objeto confiscado pena de perdimiento de la cosa, que se aplica a quien incurre en el comercio de géneros prohibidos. Es una pena accesoria o principal, en los términos indicados, de privación o pérdida de los instrumentos o efectos del delito en perjuicio del delincuente o tercero y en beneficio del Estado. Los alcances de esta pena actualmente van más allá de implicar la pérdida de la propiedad o posesión de los bienes muebles que en su momento constituyeron o emplearon como instrumento u objetos de un hecho punible, sino inclusive, todo aquello que sea producto o utilidad derivada del ilícito en

sí o de los citados instrumentos u objetos empleados en el delito, que en ocasiones, como por ejemplo en el narcotráfico, consisten en cuantiosas sumas de dinero, inversiones, negocios diversos o inmuebles que se invierten o explotan mediante terceros (prestanombres) en el "lavado de dinero". Los bienes decomisados se incorporan al Estado para su aprovechamiento lícito, incluyéndose entre éstos, inclusive, los bienes sobre los cuales recae la conducta delictiva, desde luego cubriéndose los requisitos de ley garantizantes de los derechos de las víctimas, de personas ajenas al delito y de terceros de buena fe. Una de las cuestiones legitimantes de la apropiación de dichos bienes por parte del Estado, se basa en impedir que éstos vuelvan a ser utilizados para cometer delito, así como, en su caso, en eliminar o debilitar el poder económico de los delincuentes (principalmente los organizados en mafias o asociaciones delictuosas) para impedir que lo empleen nuevamente en el delito.

La exposición de motivos de la iniciativa de ley correspondiente a la reforma y adición hecha a los artículos que nos hablan del decomiso en estudio, mediante decreto de 29 de diciembre de 1984 publicado en el Diario Oficial de 14 de enero de 1985, señala: "Se avanza, con fundamento empírico, en la distinción entre objetos de uso prohibidos o de su lícito, considerando la intención del agente y los regímenes aplicables a las cosas propiedad de tercero y el aseguramiento oportuno de bienes. El destino de los instrumentos del delito y de las cosas objeto o producto de él será determinado por la autoridad competente, suprimiendo así la genérica e imprecisa expresión del Estado".

El aseguramiento se puede practicar desde la averiguación previa, esto es, cuando el asunto se encuentra sujeto a conocimiento por parte del Ministerio Público. Es importante observar que el Ministerio Público debe promover la suspensión y la privación de derechos ante las autoridades respectivas, conforme a las normas aplicables, cuando los titulares de dichos derechos utilizan ilícitamente sus inmuebles para la comisión de delitos contra la salud.

Ahora bien una de las principales condiciones para la procedencia del decomiso es que los indicados objetos que se encuentren relacionados con el delito pertenezcan, (en el momento de cometer el delito, aunque más bien al momento en que se dicte la sentencia de fondo condenatoria) a los intervinientes en éste o a los sujetos señalados.

El precepto que aquí se analiza establece varios casos en los cuales procede el decomiso de instrumentos del delito, o cosas que sean objeto o producto de él:

I.- Que sean de uso prohibido; y

II.- Que sean de uso lícito, a condición de que se trate de un delito intencional.

VI.- Suspensión, privación e inhabilitación de derechos, destitución o suspensión de funciones o empleos e inhabilitación para el ejercicio y desempeño:

La suspensión consiste en la pérdida temporal de derechos, funciones, cargos, empleos o comisiones que se estén ejerciendo. La privación de derechos estriba en su pérdida definitiva.

La destitución consiste en la separación definitiva de las funciones, cargos, empleos o comisiones públicos que se estén ejerciendo. La inhabilitación implica una incapacidad legal temporal o definitiva para obtenerlos y ejercerlos. Se aplicará cuando el tipo penal así lo prevea.

La suspensión es de dos clases:

I.- La que es consecuencia de la pena de prisión;

II.- La que se aplica como pena prevista para un delito en particular.

La suspensión en el caso de la fracción I comprenderá los derechos electorales y los derivados del cargo de tutor, curador, apoderado, defensor, albacea, perito, depositario o interventor judicial, síndico o interventor en quiebras, árbitro, arbitrador o representante de ausentes y comenzará desde que causa ejecutoria la sentencia respectiva y durará todo el tiempo de la condena.

La suspensión en el caso de la fracción II comprenderá los derechos previstos en cada figura; durará el tiempo señalado en la sentencia y empezará a compurgarse:

I.- A partir de la fecha en que quede firme, si el reo se acoge al beneficio de la condena condicional o si paga la multa por la que se conmutó la pena corporal; y

II.- Desde el cumplimiento de la sanción privativa de libertad, en caso contrario.

A quien cometa un delito en el ejercicio de una profesión o con motivo de ella, se le suspenderá de un mes a dos años en sus derechos para ejercerla.

Esto quiere decir, que la suspensión de derechos, es pena tendiente a impedir el ejercicio de ciertas potestades, funciones o empleos a quienes se les probó estar incapacitados y ser indignos en su manejo. Con la misma se persigue inhabilitar en el ejercicio de sus derechos a personas con peligrosidad en su desempeño, capaces de lesionar bienes jurídicos de aquellos con quienes tienen ligamentos jurídicos o que se ponen en sus manos por virtud de la realización de la función, empleo o prerrogativa que efectúen los reos condenados a sufrir estas penas.

De acuerdo con la fracción I la pena de prisión produce la suspensión de los derechos políticos y los de tutela, curatela, apoderado, defensor, albacea, perito, depositario o interventor judicial, síndico o interventor en quiebras, árbitro, arbitrador o representante de ausentes.

La suspensión comenzará desde que cause ejecutoria la sentencia respectiva y durará todo el tiempo de la condena.

Los derechos políticos del ciudadano mexicano se establecen en el artículo 35 de la Constitución del país, dentro de los cuales se encuentran, por ejemplo votar en las elecciones populares, ser votado para todos los cargos

de elección popular nombrado para cualquier otro empleo o comisión teniendo las calidades que establezca la ley, asociarse para tratar los asuntos políticos del país, etcétera. Ahora bien, la propia Constitución autoriza la suspensión de los derechos del ciudadano en la fracción II del artículo 38, "durante la extinción de una pena corporal.

VII.- Prohibición de ir a una determinada circunscripción territorial o de residir en ella:

El tribunal, tomando en cuenta las circunstancias del delito y las propias del delincuente, podrá disponer que éste no vaya a una determinada circunscripción territorial o que no resida en ella. Su duración será de seis meses a seis años; en su caso, la ejecución comenzará a partir de que sea compurgada la pena de prisión impuesta.

VIII.- Las demás que prevengan las leyes.

4.2.4 MEDIDAS DE SEGURIDAD:

En el derecho penal, conjuntamente con las penas, se establecen las medidas preventivas, o de seguridad como lo son el confinamiento, confiscación de cosas peligrosas o nocivas, medidas tutelares para

menores, etcétera. Consecuentemente se puede entonces hablar, de derecho penal represivo y derecho penal preventivo.

Las medidas de seguridad son de naturaleza diversa a las penas, no supone la amenaza de un mal para el caso de que se cometa el delito.

Algunos autores sostienen que las medidas de seguridad están relacionadas con el peligro que implican después de cometido el delito, esto es, en forma paralela al merecimiento de la pena y a menudo supone la privación de derechos básicos de la persona en un grado no menor al de la pena; y en la actualidad tanto las medidas de seguridad como las penas coinciden en procurar la prevención de los delitos. Es decir las medidas de seguridad consisten en especiales tratamientos impuestos por el Estado a determinados delincuentes encaminados a obtener su adaptación a la vida social.³⁵ Las medidas de seguridad intentan el modo de evitar la comisión de nuevos delitos, se debe considerar como penas la prisión y la multa y medidas de seguridad los demás, medios de que se vale el Estado para sancionar, pues en la actualidad ya han sido desterradas otras penas, como los azotes, la marca, la mutilación, etcétera.

4.2.5 CATÁLOGO DE MEDIDAS DE SEGURIDAD:

Nuestro código penal para el Estado de Guanajuato maneja cuatro medidas de seguridad, en su artículo 89, que a la letra dice:

³⁵ Carranca y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Editorial Porrúa. Edic. Vigecimoprimeros.p.713

Artículo 89.- Las medidas de seguridad que podrán imponerse son:

I.- Tratamiento de inimputables;

II.- Deshabitación;

III.- Tratamiento psicoterapéutico integral;

IV.- Las demás que señalen las leyes.³⁶

I.- Tratamiento de inimputables:

El tratamiento de inimputables consistirán en:

-Internación en el establecimiento especial público o privado que se juzgue adecuado para la rehabilitación del inimputable; o

-Rehabilitación bajo la custodia familiar.

Su duración no excederá del máximo de la punibilidad señalada al tipo penal correspondiente, pero cesará por resolución judicial al demostrarse incidentalmente la ausencia de peligrosidad del sujeto.

II.- Deshabitación:

³⁶ Código.Ob.cit.20

Cuando el sujeto haya sido sentenciado por un delito y éste se haya producido por la adicción a bebidas alcohólicas, estupefacientes, psicotrópicos o sustancias que produzcan efectos similares, independientemente de la pena que corresponda, se le someterá a un tratamiento de deshabituación por parte de la autoridad de salud.

III.- Tratamiento psicoterapéutico integral:

Al responsable del delito de violencia intra familiar o de un delito cometido contra una persona con quien tenga relación de parentesco, matrimonio, concubinato a análogo se le someterá a un tratamiento psicoterapéutico integral, para su readaptación.

IV.- Las demás que señalen las leyes.

4.3 EXCUSAS ABSOLUTORIAS: En función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena; constituyen un factor negativo de la punibilidad. Se consideran como aquellas causas que dejando insubsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o de equidad, de acuerdo con la prudente política criminal. En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito (conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad, etcétera), permanecen igualmente inalterables sólo se excluye la posibilidad de funciones. Las excusas absolutorias dejan firme la definición de delito y solo eliminan la pena.

CAPITULO V
SECUESTRO, PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD, TRAFÍCO DE
MENORES Y ROBO DE INFANTE

5.1 SECUESTRO: La privación de libertad constituye secuestro y se sancionará de diez a veinte años de prisión y de cien a doscientos días multa, cuando:

Artículo 173:

I.- Se trate de obtener rescate de cualquier índole;

II.- Se causen daños graves a la persona secuestrada o se le aplique tormento;

III.- Se ejecute por quien sea o haya sido integrante de una institución de seguridad pública o privada;

IV.- Se pretenda que la autoridad haga o deje de hacer un acto de cualquier índole;

V.- La persona secuestrada sea privada de la libertad por un extraño a su familia y sea menor de doce o mayor de sesenta años de edad o incapaz o que por cualquier circunstancia no esté en posibilidad de resistir.

Artículo 174.- Se aplicará de veinte a treinta y cinco años de prisión y de cien a trescientos días multa cuando la persona secuestrada:

I.- Sea mutilada;

II.- Sea privada de la vida;

III.- Sea violada.

Artículo 175.- Si la persona que secuestra pone espontáneamente en libertad al plagiado dentro de tres días, sin haberle causado daño grave, se le impondrá de seis a cuatro años de prisión y de diez a cincuenta días multa.

“Se prevén figuras subordinadas agravadas que tienen como figura básica la privación de libertad”. Deben darse todos los elementos de cualquiera de las figuras que integran al artículo.

Si espontáneamente se libera al secuestrado dentro de los tres días siguientes al de la privación de la libertad, sin lograr alguno de los propósitos a que se refiere el artículo 173 y sin que se haya presentado alguna de las circunstancias previstas por el artículo 174, la pena será de seis meses a cuatro años de prisión y de diez a cincuenta días multa.

5.1.1 ELEMENTOS: Los artículos antes mencionados contienen elementos objetivos y elementos subjetivos:

Elementos Objetivos:

I.- Conducta: La conducta típica consiste en privar a otro de su libertad con los propósitos o mediante los actos aludidos en este artículo en sus fracciones de que se compone.

“Privar de la libertad, aquí significa eliminar la libertad ambulatoria, restringir la libertad de movimiento del pasivo, sustraer o separar a la víctima del lugar donde se halla en el momento de ejecutarse la acción típica, sea del sitio donde acostumbraba encontrarse o donde se encuentra de manera transitoria o, bien, retenerla impidiéndole irse del lugar donde se halla, con el fin de realizar con aquella cualquiera de los actos previstos en dichas cinco fracciones de que consta este dispositivo legal. Por rescate se comprende el propósito de lucro del agente, quien pone precio, como condición exigida para dejar en libertad a la persona privada ilegalmente de su libertad.

Por calidad de rehén, y amenazar con privarla de la vida o con causarle un daño se entiende a la persona capturada por alguien, con anuncio de matarla o lesionarla física o psíquicamente, para obligar a un tercero (autoridad público o particular) a que cumpla determinadas condiciones.

Causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a cualquier otra, se traducen, en el propósito de lesionar físicamente o de originar daño mental a la víctima, o a otra persona.

Que el autor sea o haya sido integrante de alguna institución de seguridad pública o privada, o se ostente como tal sin serlo, alude a que el agente sea o haya sido parte de cualquier cuerpo policiaco o bien que usurpe tal cargo al momento de ocurrir los hechos de la privación de la libertad. Obrar en grupo, significa la intervención de varios sujetos activos en el secuestro, o sea, más de dos plagiarios.

Que la víctima sea menor de doce o mayor de sesenta años de edad, o que por cualquier otra circunstancia se encuentre en inferioridad física o mental respecto de quien ejecuta la privación de la libertad, implica incapacidad de defenderse por parte de la víctima, por inferioridad física o mental en la forma indicada en el tipo.

II.- Resultado: "Por ser un delito de resultado material y permanente, se consuma en el momento mismo en que se detiene ilegalmente cualquiera de los actos o mediante alguna de las conductas citadas en el punto anterior y a que se refieren las fracciones de estos artículos, y dura todo el tiempo que se prolongue, o sea a partir de que se impone a aquélla el impedimento físico de su libertad de tránsito, se le detiene o encierra en algún lugar, continuándose su consumación por todo el tiempo de la privación de la libertad."

III.- Nexo Causal: El nexo causal es el producido entre la detención ilegal de una persona que alguien ha cometido en congruencia con los elementos establecidos en las fracciones anteriores y el resultado típico, debidamente comprobado en el proceso penal. El hecho a probar consiste en establecer

en qué condiciones una conducta de detención de una persona para cometer alguno de los referidos actos.

Elementos Objetivos:

El delito es doloso (dolo directo). "Significa que, el agente debe conocer y querer los elementos objetivos pertenecientes al tipo."

I.- Sujeto Activo: Cualquier persona.

II.- Sujeto Pasivo: Cualquier persona, de cualquier sexo.

III.- Bien Jurídico Tutelado: La libertad física de las personas.³⁷

5.2 PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD:

Nuestros artículos 169, 170, 171, 172 del código penal del Estado de Guanajuato, plantean el tipo penal de privación de la libertad.

Artículo 169.- Al particular que prive ilegalmente a otro de su libertad, se le aplicará de tres meses a cinco años de prisión y de diez a cincuenta días multa.

Artículo 170.- Al particular que por cualquier medio coaccione a una persona para que le preste trabajos o servicios personales o le

³⁷ Díaz de León Marco Antonio. Código Penal Federal con comentarios. Ed. Porrúa. Edc. Tercera. México 1998. pp. 688,689,690,691.

imponga condiciones de servidumbre, se le aplicará la sanción establecida en el artículo anterior.

Artículo 171.- Los tipos penales previstos en los dos artículos anteriores sólo se perseguirán por querrela.

Artículo 172.- La privación de libertad se castigará con prisión de tres a doce años y de veinte a cien días multa, cuando:

I.- Se haga uso de violencia o engaño;

II.- Se realice en camino público, en lugar despoblado o paraje solitario;

III.- El activo se ostente como autoridad, sin serlo;

IV.- Se lleve a cabo por dos o más personas.

5.2.2 ELEMENTOS.- Los artículos anteriores contienen tipos que a continuación se tratan en su mismo orden.

Tipo Objetivo:

I.- Conducta.- La conducta típica consiste en detener ilegalmente a una persona en algún lugar. Detener, aquí significa privar de la libertad

ambulatoria, restringir la libertad de movimiento o bien el encerramiento o aislamiento del pasivo en algún lugar (en una casa, en un automóvil, etcétera), durante cualquier tiempo y de manera que no esté autorizada por la ley.

II.- Resultado.- Por ser un delito de resultado material y permanente, se consuma en el momento mismo en que se detiene ilegalmente a la víctima y dura con todo momento en que se prolongue, o sea a partir de que se impone a ésta el impedimento físico de su libertad de tránsito en algún lugar continuándose se consumación por todo el tiempo de la privación de la libertad. Admite la tentativa en aquellos casos donde se exterioriza la conducta que debería producir el resultado típico, si este no se consuma por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo.

III.- Nexo Causal.- Considerado ya el nexo de causalidad como el elemento del tipo objetivo en los delitos de resultado, dentro de este marco normativo de la tipicidad, debe determinarse si la acción del agente ha causado el resultado de la detención ilegal de una persona.

Es decir, la consumación del delito de privación de la libertad depende de la producción del resultado típico. Así, el nexo causal es el producido entre la detención ilegal de una persona y el resultado típico, debidamente comprobado en el proceso penal.

El hecho a probar consiste en establecer en que condiciones una conducta de detención de una persona puede ser causa de la

privación ilegal de su libertad, como bien jurídicamente tutelados al pasivo; aquí la causalidad es el antecedente del resultado unida a él por una relación de necesidad, derivada de una norma jurídico-cultural, conocida por el agente que provoca la consecuencia aludida, como, por ejemplo, el conocimiento de la naturaleza causal de que el encerrar, sin derecho a alguien provoca la privación de la libertad de la víctima. El nexo causal se considera penalmente demostrado donde existe prueba de la idoneidad de los medios empleados así como de que el resultado es consecuencia, natural y razonable, de la conducta desplegada por el agente. Significa, que la privación ilegal de la libertad debe corresponder a una consecuencia derivada de la causalidad adecuada de este resultado.

Tipo Subjetivo:

El delito es doloso (dolo directo). Significa, el agente debe conocer y querer los elementos objetivos pertenecientes al tipo.

I.- Sujeto Activo: Cualquier persona considerada o que actúe como "un particular".

II.- Sujeto Pasivo: Cualquier persona.

III.- Bien Jurídico Tutelado: La libertad física de las personas.

5.3 TRÁFICO DE MENORES:“Los diccionarios de la lengua española definen por “trafico”: comerciar, negociar con el dinero y las mercancías, comerciar con los valores morales como si fueran mercancías.

La palabra “traficar proviene del latín transfigare, que significa cambiar de sitio.

De manera que el termino “tráfico” utilizado como costumbre por los estudiosos del derecho, se refiere al comercio en general ilícito y clandestino que lleva a cabo el sujeto activo en relación con los menores con los que se pretende cometer el ilícito, es decir, que, quien realiza esa acción no obtiene un lucro.

Esto es, para los fines de la denominación del tipo penal, por tráfico de menores se entiende entonces; como el cambio, el desprendimiento del seno familiar al que pertenece el menor y de la situación de la esfera de sus derechos, a través de su comercialización, de que es objeto por parte de los sujetos activos.³⁸

El ilícito que nos ocupa, debería tener más atención por parte de los legisladores, ya que al pasar el tiempo, van cambiando las costumbres y consecuentemente conductas, que en antaño no se realizaban, pues no era tomado en cuenta por quienes están encargados de realizar las leyes lo que obedece a la constante y necesaria evolución de nuestras leyes, ya sea reformándolas, derogándolas o adicionándolas.

³⁸ Diccionario de la real Academia española

Por lo anterior haremos referencia para los fines de estudio de la figura típica, al artículo 220 en el que a la letra dice:

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

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

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

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

El Ministerio Público o el tribunal tomaran las medidas cautelares que estimen pertinentes en beneficio el menor.

Ahora bien hay que hacer una distinción entre las figuras que plantea el artículo en comento, como lo son la patria potestad, tutela o custodia.

I.- Patria Potestad: La patria potestad es definida como el conjunto de facultades, que se ponen también deberes conferidas a quienes la ejercen, en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria.

Cabe señalar que algunos autores distinguen, en relación a la patria potestad, dos aspectos; el primero es referido a la protección de los intereses materiales (asistencia protectiva) y otro a la de los intereses espirituales (asistencia formativa, dedicada a la educación del menor).

La patria potestad es una institución civil matizada, por el influjo de la moral, y en la cual los derechos de quienes la ejercen se justifican en cuanto son necesarios para el cumplimiento de los deberes que le correspondan.

La patria potestad no es renunciable, pero nuestro código civil faculta a quines corresponde ejercerla a excusarse.

II.- Tutela: La tutela es un cargo de interés público, del que nadie puede eximirse, sino por una causa legítima.

La tutela es la guarda de la persona y bienes de los que, no estando sujetos a patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, o

solamente la segunda para gobernarse por sí mismos, tiene por objeto "la representación interina del incapaz en los términos que señala la ley".

Cabe señalar que existe diferencia entre patria potestad y tutela, si bien la patria potestad es el poder de protección reconocido en los padres respecto a los hijos, la tutela es el poder acordado a algunas personas para la defensa de aquellos que por su edad o por otra causa de incapacidad no pueden proveer a sí mismos y a sus bienes, siendo organizado por la ley para suplir el efecto de capacidad, a favor de los menores a quienes falta la protección natural de la patria potestad o de los incapacitados todos en general.

Conforme a la tradición y atendiendo a su origen, nuestro Código civil divide a la tutela en:

-Testamentaria;

-Legítima; y

-Dativa.

I.-Tutela testamentaria, es aquella que se establece por testamento para que surta efectos a la muerte del testador.

II.- Tutela legítima, es la conferida por la ley a falta de designación por testamento, y recae en parientes del menor a los que no les corresponde ejercer la patria potestad, y en los parientes del mayor incapacitado que ya ha salido de la patria potestad.

En la tutela legítima se aplica el principio que regula todas las relaciones parentales, en cuanto a que los parientes más cercanos excluyen a los más lejanos.

III.- Tutela dativa, es la que establece por disposición del Juez a falta de las dos anteriores; presupone que no existe tutor testamentario ni pariente hasta el cuarto grado con obligación de desempeñar la tutela legítima.

5.3.1 ELEMENTOS: Corresponde analizar los elementos descriptivos que contienen la figura típica de "tráfico de menores" con la finalidad de comprender los alcances de los conceptos legales que de su composición se derivan.

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

En primer lugar el tipo penal con toda claridad, la exigencia de la intervención necesario de cuatro sujetos que tendrán que inmiscuirse en tal ilícito para colmar el tipo penal, el primero de ellos es el:

-Sujeto activo común primario;

-Sujeto activo común secundario;

-Sujeto activo;

-Sujeto pasivo.

5.3.1.1 Sujeto activo común primario: El primero de ellos como sujeto activo común, es el que obtiene el consentimiento de un ascendiente que ejerza la patria potestad o bien, la custodia del menor, a cambio de un beneficio económico; éste sujeto como al no establecer el tipo, las características que deberá reunir al no establecer ninguna calidad específica se entiende que puede ser cualquier persona quien cometa el ilícito.

De conformidad con el tipo penal, éste sujeto activo, es la persona que obtiene el consentimiento por parte de uno de los ascendientes o de quien tenga a su cargo al menor para entonces entregarlo a un tercero; siendo imprescindible la intervención de éste sujeto activo, pues como lo establece la propia ley, en el sentido, que si falta algún elemento, no habrá delito.

5.3.1.2 Sujeto activo común secundario: La figura típica implica a otro sujeto activo común, que es quien recepta al menor, por parte del intermediario, es el tercero que recibe al menor del sujeto activo primario en forma ilegítima, para su custodia definitiva.

También es sujeto activo común, dado que el tipo penal no le exige, ninguna calidad personal para la comisión del delito y por tanto puede ser cualquier individuo el que puede cometer el ilícito.

5.3.1.3 Sujeto activo: El tipo penal hace el señalamiento respecto a un sujeto activo calificado al que se le exige como requisito para su calificación, que ejerza la patria potestad o tenga a su cargo la custodia del menor, aunque esta no haya sido declarada e ilegítimamente, lo entregue al intermediario, para que éste a su vez, lo entregue al tercero.

5.3.1.4 Sujeto pasivo: El menor, es el que recibe la acción.

5.4 ROBO DE INFANTES: Como se puede apreciar al figura de robo de infantes, conducta que se pretendía a través de este trabajo de investigación establece, un tipo penal especial en virtud de los estudios realizados y que han quedado plasmados en este trabajo de investigación, debemos afirmar que la mencionada conducta de robo de infantes enclava en las disposiciones contenidas en el artículo 220 que habla del "tráfico de menores", que establece el tráfico; consecuentemente no es posible establecer un tipo penal especial de robo de infantes.

CONCLUSIONES

De acuerdo a lo estudiado en dicho trabajo de investigación se concluye que no es necesario la creación de un nuevo tipo penal para el estado de Guanajuato, esto es, se desecha la hipótesis planteada a tal problema “el delito de robo de infantes”, es decir, no es viable la implantación de otro tipo penal, porque lo establecido en los tipos penales ya existentes tales como el tráfico de menores que en su artículo 220 del código penal para el estado de Guanajuato plantea que:

“A quien con el consentimiento de quien ejerza la patria potestad o tenga a su cargo a un menor, injustificadamente lo entregue a un tercero a cambio de lucro, de igual forma a quienes otorguen el consentimiento al tercero que reciba al menor y a quien lo entregue directamente sin intermediario si la entrega se hace sin consentimiento o se hiciere para la explotación de un menor o con fines reprobables, si la entrega del menor se hace con la finalidad de incorporarlo a un núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación”.

Respecto a la privación de la libertad el código establece que:

“Al particular que prive ilegalmente a otro de su libertad, se le aplicará de tres meses a cinco años de prisión y de diez a cincuenta días multa”.

El artículo 170 dice: “Al particular que por cualquier medio coaccione a una persona para que le preste trabajos o

servicios personales o le imponga condiciones de servidumbre”.

Por último se encuentra el secuestro:

“La privación de la libertad constituye secuestro y se sancionará de diez a veinte años de prisión y de cien a doscientos días multa, cuando:

- I. Se trate de obtener rescate de cualquier índole.
- II. SE cause daños graves a la persona secuestrada o se le aplique tormento.
- III. Se ejecute por quien sea o haya sido integrante de una Institución Pública o Privada.
- IV. Se pretenda que la autoridad haga o deje de hacer un acto de cualquier índole.
- V. La persona secuestrada sea privada de su libertad por un extraño a su familia y sea menor de doce o mayor de sesenta años de edad o incapaz o que por cualquier circunstancia no este en posibilidad de resistir”.

Ahora bien después de un estudio particularizado y de un buen análisis de la Teoría del Delito y de los tipos penales que maneja una de las mas importantes garantías el de la libertad de las personas se llega a una sola conclusión, el desechar la hipótesis, esto quiere decir, la no creación de un nuevo tipo penal para el estado de Guanajuato, ya que dichas conductas de los tipos planteados en el trabajo de investigación, nos dejan muy en claro todas y cada una de las conductas que dichos tipos nos dan a conocer.

Bibliografía

- Amuchategui Requena Irma. Derecho Penal. ED. Harla. México 1998,p.p 418.
- Baqueiro Rojas y Buen rostro Baes Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. ED. Harla, México 1990, p.p. 486.
- Castellanos Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal. ED. Porrúa. Edic. 31. México DF p.p. 363.
- Carranca y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. ED. Porrúa. México 1990, p.p. 983.
- Cardona Arizmendi Enrique y otro. Código Penal comentado del estado de Guanajuato. Ed.Orlando Cárdenas. Edic. Tercera. Irapuato Guanajuato. 1998, p.p. 874.
- González de la Vega. Derecho Penal Mexicano Edic. 27. ED. Porrúa. México 1988, p.p. 468.
- Jiménez Huerta Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo I. ED. Porrúa. Edic. cuarta. México DF. 1983, p.p. 465.
- Moto Salazar Efraín. Elementos de Derecho. ED. Porrúa. Edic. 58. México DF 1988, p.p. 452.
- Orellano Wiarco Octavio Alberto. Derecho Penal. Parte General. ED. Porrúa. México 1999, p.p. 440.
- Pavón Vasconcelos Francisco. Manual del Derecho Penal Mexicano ED. Porrúa. México DF 1982, p.p. 524.
- Vela Treviño Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad.Ed. Trillas. Edic. primera. México 1985, p.p. 522.
- Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Parte General. México DF 1986, p.p. 426.

LEGISLACION

Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la republica en materia federal, Díaz de León Marco Antonio

Código Penal para el estado de Guanajuato. ED. Anaya. Edic. segunda

OTRAS FUENTES

Diccionario de la real academia española.