



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE**

FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



Clave: 879309

**PROPUESTA PARA CREAR LA FIGURA
TIPICA COMETIDA POR EL PADRE QUE HA
PERDIDO LA PATRIA POTESTAD DE SUS
HIJOS**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA:

PERLA DEL ROCÍO ESCUTIA TORRES

ASESOR: LIC. HECTOR GUSTAVO RAMÍREZ VÁLDEZ

CELAYA, GTO.

2008.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

Primero que nada quiero agradecer a Dios, por darme esta segunda oportunidad de vida hace muchos años y gracias a esta oportunidad me dio la dicha de realizarme como profesionista y como madre, gracias por mostrarme siempre esa luz por donde caminar, por ayudarme a levantar en cada caída, por ser siempre mi apoyo, por limpiar mis lagrimas e iluminar mis ojos; Gracias señor por tu amor infinito.

A mi razón de vida a ti Marifer, gracias princesa por acompañarme a la escuela tus primeros nueve meses de vida, perdóname por sacrificar el tiempo que debió ser tuyo pero se que un día mi niña entenderás mi sacrificio y veras junto conmigo que valió la pena, Dios nos unió nuevamente y nos a puesto una prueba mas, pero otra vez princesa lucharemos juntas como hasta hoy y el día de mañana nos volveremos a reír sin ninguna preocupación te amo Fer.

A ti Papa por tu apoyo, por impulsarme a estudiar y alcanzar mi sueño que se que también es el tuyo, se que algunas cosa fueron antes de tiempo y otras después, pero no hay que mirar atrás, hoy esta terminado y espero no haberte defraudado te amo nunca lo olvides.

A ti Mama por tu apoyo incondicional, por estar siempre ahí en las buenas y en las malas, por sacrificarte tanto, sobre todo por hacerte cargo de nuestra niña para que yo no dejara mi sueno, por dedicarle tu vida entera, por todo tu tiempo, por todo tu amor Gracias!! Mama eso nunca tendré como pagarlo.

A mis hermanos gracias por siempre apoyarme, por defenderme y sobre todo por respetar mi vida y mis decisiones por que se que su amor es incondicional los quiero.

A mis compañeras que ahora dejaron de serlo y se convirtieron en grandes amigas, gracias por todas las vivencias que pasamos juntas, por la latino, por el super vocho, por el árbol y por las grandes horas que no la pasábamos estudiando, por sus consejos y por no dejarme en las etapas mas duras y difíciles, por hacer esta etapa alegre, ligera y divertida las extraño gracias por su amistad.

A mi Amigo, Padrino y maestro a usted Lic. Gustavo Ramírez, por todo su apoyo, por que desde que lo conocí supe que era mi ángel, ese ángel que Dios había enviado a la tierra para hacerme reflexionar que después de una tormenta siempre llega la calma y con ella un nuevo día, gracias por sus consejos por sus jalones de orejas, por prestarme su hombro cuando mas lo necesitaba. Gracias por todo su apoyo.

Por ultimo y no menos importante a ti abuelito aunque ya no estas con nosotros, se que era tu deseo que terminara pero ya lo cumplí y se que desde donde estés me apoyas y estas feliz al fin...

ÍNDICE

CAPITULO I

DERECHO DE FAMILIA

	Pág.
1.1 Concepto de Familia	1
1.2 Naturaleza Jurídica de Familia	2
1.3 Naturaleza Jurídica del Derecho de Familia	3
1.3.1 Concepto de Parentesco	4
1.3.2 Concepto de Matrimonio	5
1.3.3 Concepto de Filiación	7
1.3.4 Concepto de Concubinato	9
1.3.5 Concepto de Divorcio	11
1.4 Fines de la familia	12
1.5 Objeto del Derecho de Familia	12
1.6 Derechos Subjetivos Familiares	13
1.6.1 Derechos Familiares Patrimoniales y no Patrimoniales	13
1.6.2 Derechos Familiares Absolutos y Relativos	14
1.6.3 Derechos Familiares de Interés Público y Privado	16
1.6.4 Derechos Familiares Transmisibles e Intransmisibles	16
1.6.5 Derechos Familiares Temporales y Vitalicios	17
1.6.6 Derechos Familiares Renunciables e Irrenunciables	18
1.6.7 Derechos Familiares Transigibles e Intransigibles	18
1.6.8 Derechos Familiares Transmisibles por Herencia o Extinguibles	19

CAPITULO II

PATRIA POTESTAD

2.1 Concepto de Patria Potestad	21
2.2 Características de la Patria Potestad	24
2.3 Sujetos	24
2.4 Efectos de la Patria Potestad	25
2.5 Patria Potestad en la Actualidad	26
2.6 Suspensión, Pérdida y Extinción de la Patria Potestad.	26

CAPITULO III

GENERALIDADES DEL DERECHO PENAL

3.1 Definición del Derecho Penal	30
3.2 El Derecho Penal en sentido Objetivo y Subjetivo	31
3.3 Derecho Penal Sustantivo y Adjetivo	32
3.4 Concepto Jurídico del Delito	33
3.4.1 Noción Sociológica del Delito	35
3.4.2 Noción Jurídico Formal del Delito	36
3.4.3 Noción Jurídico Sustancial	37
3.5 Elementos del Delito y sus Factores Negativos	38

CAPITULO IV

TEORIA DEL DELITO

4.1	Definición de Conducta	40
4.2	Ausencia de Conducta	41
4.2.1	Acción en Estricto Sentido	43
4.2.2	Elementos de Acción	45
4.2.3	Concepto de Omisión	50
4.3	Ausencia de Conducta	52
4.4	Tipicidad y su Ausencia	52
4.5	Elementos del Tipo Penal	56
4.6	Clasificación de los Tipos Penales	57
4.7	Atipicidad	60
4.8	Causas de Atipicidad	61
4.9	Antijuricidad y su Ausencia	63
4.10	Causas de justificación	64
4.11	Imputabilidad y su Ausencia	68
4.12	Actione liberae in Causa	69
4.13	Culpabilidad y su Ausencia	70
4.13.1	Formas de Culpabilidad	72
4.13.2	Dolo	73
4.13.3	Culpa	74
4.13.4	Inculpabilidad	76

CAPITULO V

CREACION DEL TIPO PENAL AGRAVADO DE DESOBEDIENCIA ANTE LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

5.1	Punibilidad	81
5.2	Ausencia de Punibilidad “Excusas Absolutorias”	83
5.3	Equiparación del delito de desobediencia al delito secuestro para el caso del padre que ha perdido la patria potestad de su hijo por sentencia judicial cuando este se niegue a cumplir la misma	86
5.4	Secuestro en la Legislación Mexicana	88
5.5	Fundamentación Jurídica del Artículo de Desobediencia Proceso Legislativo para la creación del Tipo Penal Agravado de Desobediencia ante la perdida de la Patria Potestad	91 92
5.6	Creación del tipo penal de desobediencia de uno de los padres ante la pérdida de la patria potestad del hijo.	100

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA.

INTRODUCCION

No obstante ser una realidad un número considerable de Padres que han perdido la patria potestad y/o custodia de sus hijos se resiste a cumplir con la sentencia, negándose a entregar a los menores, ocultándolos o realizando cambios constantes de domicilio. Esta conducta es repetida constantemente incluso por el mismo padre ya que no es considerada como un delito grave, ni su sanción pecuniaria causa daño alguno, llega a ser atractiva para causar un perjuicio al otro padre, sin tomar en cuenta la burla evidente a las autoridades, a la familia y sobre todo el daño psicológico que les causan a los menores.

Si bien tomando en consideración que la sentencia siempre estará dirigida a la protección y beneficio de los menores, por lo regular el padre que perdió el juicio suele desobedecerla o incumplirla bajo su propio riesgo en perjuicio del padre custodio, se niega a entregar a los menores sin tomar en cuenta el daño psicológico que les ocasiona a ellos y a su familia.

Considero que es urgente la creación de una nueva figura típica o una sanción más severa para que proteja al menor en cuanto a su integridad y su estabilidad emocional.

CAPÍTULO I

DERECHO DE FAMILIA

CAPITULO I

DERECHO DE FAMILIA

1.1 CONCEPTO DE FAMILIA

La palabra familia, según la opinión más general, procede de la voz “famulia”, por derivación de “famulus”, que a su vez procede del osco “famel, que significa siervo, y más remotamente del sánscrito “vama”, hohar o habitación, significado por consiguiente, “el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa” ¹

La familia es la más antigua de las instituciones humanas y constituye un elemento clave para la comprensión y funcionamiento de la sociedad. A través de ella la comunidad no sólo se provee los miembros, sino que se encarga de prepararlos para que cumplan satisfactoriamente el papel social que les corresponde.

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

Así, la familia se constituye en una institución que ha sido definida de muy distintas maneras: se ha considerado como una célula primaria de la sociedad,

como el núcleo inicial de toda organización social, como el medio en que el individuo logra su desarrollo, tanto físico y psíquico como social.

También se ha señalado como la unidad económica que constituye la base de la seguridad material del individuo, a través de sus diversas etapas de desarrollo, primero en el seno de la familia dentro de la cual nace y posteriormente en el de la familia que hace.

De esta manera, el término familia tiene diversas acepciones, ya que su significado dependerá del ángulo en el cual se coloque el estudioso para reflexionar científicamente sobre ella como la institución y así conocerla. En este sentido, el concepto de familia no será el mismo si ésta es enfocada desde el punto de vista de su origen, si se analiza a partir de su evolución histórico-social, o bien en razón de sus efectos, entendidos estos como derechos y obligaciones que vinculan a sus miembros.

1.2 NATURALEZA JURÍDICA DE FAMILIA

Sobre la naturaleza jurídica de la familia, los autores han tratado lo relativo a la personalidad jurídica de la familia como organismo jurídico y la familia como institución. Los autores se refieren a la familia que pudiéramos llamar tradicional; que se origina del matrimonio.

1.3 NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE FAMILIA

Se ha constituido la naturaleza jurídica de la familia, considerando como un régimen de relaciones sociales institucionalizadas que son sancionadas por el derecho, se establecen vínculos jurídicos interdependientes y recíprocos, que en conjunción constituyen el derecho de la familia.

La familia es una agrupación natural por excelencia, pero además constituye un grupo con bases psicológicas, económicas, religiosas, éticas y políticas. Al hablar del aspecto "natural" de familia nos referimos especialmente a los vínculos biológicos, que en gran medida determinaron su formación en los tiempos primitivos y que indudablemente influyen aún en el acercamiento de la pareja que da el principio a toda la organización.

Pero al ir evolucionando y perfeccionando sus sentimientos, el hombre dio a su contenido espiritual y psicológico que le confiere su trascendencia y jerarquía que determinan su permanencia.

La religión, las costumbres y la moral influyen también de manera decisiva en este ámbito. La familia es un organismo ético antes que jurídico y de esta disciplina derivan los preceptos esenciales que sirven de punto de partida a la ley, la cual suele incorporárselos transformándoles en preceptos jurídicos.

Esto trae como consecuencia un fenómeno característico del derecho de la familia, como consecuencia del cual se tropieza, frecuentemente con la observancia de preceptos, no legislados, pero si reconocido por los usos y

costumbres. Sus disposiciones surgen muchas veces de la realidad social; el Estado interviene para fortalecer los vínculos, garantizar la seguridad y la estabilidad de las relaciones y dirigir y disciplinar el conjunto del complejo ente familiar. Pero para llegar a una justa apreciación no debe olvidarse nunca que la ley no es la única norma reguladora.

1.3.1 CONCEPTO DE PARENTESCO

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

En el parentesco, la situación estable que se crea entre los diversos sujetos relacionados permite la aplicabilidad constante de todo el estatuto familiar relativo a esta materia, para que no sólo se produzcan consecuencias momentáneas o aisladas, sino para que se mantengan las mismas en forma más o menos indefinida.

Las tres formas de parentesco (por consanguinidad, por afinidad o por adopción) deben estar declaradas y reconocidas por la ley, pues aun cuando podría pensarse que los vínculos derivados de la sangre los impone la naturaleza misma, también no es menos cierto que sólo en la medida que el derecho

reconozca la existencia de los vínculos consanguíneos habrá parentesco para los efectos de la ley.

En el parentesco por afinidad y en el parentesco civil o por adopción, la ley es la que determina quiénes son los sujetos vinculados por la relación parental y los actos jurídicos (el matrimonio o adopción) que producirán las consecuencias de derecho.

El parentesco es un estado jurídico, ya que implica una relación jurídica general, permanente y abstracta, generadora de derechos y obligaciones tanto entre los miembros de la relación como en lo que se refiere a terceros (parientes consanguíneos y políticos), que se conoce como estado civil o familiar, y se identifica como atributo de la personalidad. Como tal, representa siempre una alternativa en relación con los miembros del grupo: se es o no pariente respecto de una determinada familia.

1.3.2 CONCEPTO DE MATRIMONIO

“En Roma, el matrimonio fue un hecho reconocido por el derecho para darle efectos; de tal concepción se derivó de la naturaleza del matrimonio como la de un estado de vida de la pareja, al que el Estado otorgaba determinados efectos. En un principio no se requería de ninguna ceremonia para la constitución del matrimonio; sólo era necesario el hecho mismo de la convivencia de la pareja.”²

“Al matrimonio no sólo se le ha considerado como contrato a partir de actos de afirmación política , sino que también importantes tratadistas se han dado tal denominación, Señalan, además que se trata del contrato mas antiguo: al ser el origen de la familia, los remontan hasta los albores de la humanidad.”

El matrimonio como toda institución ha sido desarrollado y adquirido en cada época las cualidades y características inherentes y necesarias ajustadas al momento en que se va teniendo su desarrollo. Desde el origen de la humanidad religiosamente hablando tuvo el matrimonio su origen con la unión que el señor hizo de Adán y Eva; y desde en punto de vista sociológico los tratadistas y estudiosos de la materia afirman que la formación de la sociedad tiene como base el régimen del patriarcado, y del matriarcado, sufriendo posteriormente cierta evolución ese tipo de formación de una sociedad o de un conglomerado sujeto a ciertas normas, pero teniendo siempre su base en la unión natural y lógica del hombre y la mujer que en principio, y fuera de los religiosos se desarrolla por instinto y poco a poco empieza a regularizarse tal relación y a esa unión que se formaliza entre hombre y mujer, se le ha dado el nombre de matrimonio.

En relación a la palabra matrimonio, Belluiscio señala que ésta, “puede tener tres significaciones diferentes, de las cuales sólo dos tienen interés desde el punto de vista jurídico. En el primer sentido, matrimonio es el acto de la celebración; en un segundo sentido es el estado que para los contrayentes se derivan de ese acto; y el tercero es la pareja formada por los esposos”.

“Las significaciones jurídicas en las dos primeras, que han recibido en la doctrina francesa las denominaciones de matrimonio-fuente (o matrimonio acto) y matrimonio-estado respectivamente. El matrimonio-fuente es, pues, el acto por el cual la unión se contrae, y el matrimonio-estado es la situación jurídica que para los cónyuges deriva del acto de celebración”. 3

1.3.3 CONCEPTO DE FILIACIÓN

“Del concubinato se deriva la filiación natural, por ser hijos habitados fuera del matrimonio, independientemente de otros hijos naturales habitados de otras uniones sexuales”. 4

FILIACIÓN EN SENTIDO AMPLIO Y EN SENTIDO RESTRINGIDO.- El término filiación tiene en el derecho dos connotaciones. Una amplísima, que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, y de esta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en la línea descendiente, para tomar como punto de relación los hijos, los nietos, bisnietos, tataranietos, etc., Además de este sentido amplísimo, por filiación se entiende, en una connotación estricta: la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo. Por lo tanto, va ampliar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crea entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen, tanto la filiación legítima, como en la natural, un estado jurídico. Es decir, una situación permanente que el derecho reconoce por virtud del derecho jurídico de la

procreación, para mantener vínculos constantes entre el padre o la madre y los hijos.

El nacimiento de un niño puede ocurrir dentro o fuera del matrimonio; cuando acaece de una pareja casada legalmente se habla de filiación matrimonial o legítima, y cuando se da dentro de una pareja en la que el padre y la madre no se encuentran casados, se trata de filiación extramatrimonial, ilegítima o natural.

Históricamente, los efectos de estos tipos de filiación han sido diferentes; por ejemplo, los derechos de los hijos, específicamente en materia de sucesión, no eran iguales, y tampoco lo eran las relaciones con las familias de los padres.

En México, a partir de la Ley de Relaciones Familiares de 1917, ya no existen diferencias al respecto. Los derechos de los hijos en relación con sus progenitores y las familias de los mismos son iguales, independientemente de que los padres se encuentren casados o no.

En nuestro derecho, la importancia que reviste la distinción entre hijos de matrimonio o fuera de él radica sólo en la forma de probar la relación de paternidad.

1.3.4 CONCEPTO DE CONCUBINATO

Para poder definir al concubinato en los diccionarios se hace referencia siempre a la concubina, de tal forma que se requiere entender primero el término concubina para después pasar al concubinato. Concubina (del latín concubina) “manceba o mujer que vive y cohabita con un hombre como si este fuera su marido”. ⁵

“Los Romanos dan el nombre de concubinatus a una unión de orden inferior mas duradera, y que se distinguía así de las relaciones pasajeras consideradas como ilícitas”. ⁶

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

La denominación concubinato nace en el derecho romano para designar a la unión de una pareja cuyos miembros viven como esposos, pero por falta de

connubium o debido a consideraciones políticas no podían o no querían celebrar *justae nuptiae*.

En el derecho romano al concubinato se le reconocieron ciertos efectos sucesorios para con la concubina y los hijos de tal unión. Estos nacían *sui juris*, ya que el concubinato no creaba parentesco con el padre. Asimismo, se le llegó a considerar como un matrimonio de rango inferior, *inaequale conjugium*, en el que no debía haber *affecios maritales*, puede al no requerirse de formalidad alguna para constituir el matrimonio *sine manus*, lo único que lo distinguió en los últimos tiempos fue la intención.

En el derecho canónico se desconoce todo efecto al concubinato, (excepto respecto de los hijos a los que mejora en su situación en relación con el padre) y se declara pecaminoso. Para este derecho, sólo producía efectos de unión celebrada ante la iglesia.

En el antiguo derecho español, la unión conocida como concubinato se denomina barraganía y fue reglamentada por Alfonso X “El Sabio” en las Siete Partidas. Debido a la frecuencia con que se presentaban estas uniones irregulares, aún de personas casadas, o cuando las partes eran de condición social diferente, en las *Siete Partidas* se fijaron los requisitos, que hasta ahora se aceptan, para que tales uniones se califiquen de concubinato y produzcan efectos jurídicos.

1.3.5 CONCEPTO DE DIVORCIO

Otra forma de disolución del estado matrimonial-y, por ende, de poner término a éste en vida de los cónyuges- es el divorcio, entendido legalmente como el único medio racional capaz de subsanar, hasta cierto punto, las situaciones anómalas que se generan en ciertas uniones matrimoniales y que se deben desaparecer ante la imposibilidad absoluta de los consortes de conseguir superación.

El divorcio es un caso de excepción y no un estado general; por lo mismo es necesario verlo en función de aquellos casos en que la crítica condición de los esposos es ya insostenible e irreparable, de forma que conduce a la ruptura del vínculo matrimonial y con ella a la separación definitiva que los deja en posibilidad de contraer nuevo matrimonio legítimo.

Desde sus orígenes latinos el término divorcio implica el significado de separación, de separar lo que ha estado unido; de ahí que actualmente y en el medio jurídico, por divorcio debemos entender la extinción de la convivencia matrimonial declarada por la autoridad.

En nuestro medio, en tanta institución jurídica y en lo que toca al alcance de sus efectos, el divorcio ha variado a lo largo del tiempo. Así, en el siglo pasado nuestra legislación lo consideró como la separación temporal o definitiva de los cónyuges, sin ruptura del vínculo matrimonial y, por lo tanto, sin autorización para

contraer nuevas nupcias. A principios de este siglo se adopta el término de divorcio vincular que actualmente se maneja, como disolución absoluta del vínculo matrimonial que deja a los esposos divorciados en aptitud de celebrar nuevo matrimonio.

1.4 FINES DE LA FAMILIA

Los fines de la familia que como institución debe tener. No es posible hablar de una institución que no tenga objeto y fines, que además nos ayuden para conocerla y definirla. Se puede hablar de fines de la familia, por que además del objeto, en la familia están los fines, que son los que se pretenden lograr a través de esta institución que el derecho acepta como existente, aún cuando no le otorgue personalidad jurídica.

1.5 OBJETO DEL DERECHO DE FAMILIA

Dentro del derecho de familia encontramos a su vez las distintas formas de conducta que hemos caracterizado como objetos directos de la regulación jurídica. De esta suerte tenemos derechos subjetivos familiares, que principalmente se manifiestan en el matrimonio, entre los consortes; en las relaciones de parentesco entre los parientes por la consanguinidad, afinidad, adopción; en las relaciones específicas de la patria potestad entre padres e hijos, abuelos, nietos así como en todas las consecuencias generales de la filiación legítima y natural. También encontramos derechos subjetivos familiares en el régimen de la tutela como una

institución que puede ser auxiliar de la patria potestad independientemente de la misma.

1.6 DERECHOS SUBJETIVOS FAMILIARES

Cabe definir los derechos subjetivos familiares diciendo que constituyen las distintas facultades jurídicas que se originan por el matrimonio, al parentesco, la patria potestad o la tutela, por virtud de las cuales un sujeto está autorizado por la norma de derecho para interferir lícitamente en la persona, en la conducta, en la actividad jurídica o en el patrimonio de otro sujeto.

1.6.1 DERECHOS FAMILIARES PATRIMONIALES Y NO PATRIMONIALES

En términos generales decimos que un derecho patrimonial, cuando es susceptible de valorarse en dinero, de manera directa o indirecta. En cambio, se caracteriza como no patrimonial, cuando no es susceptible de dicha valoración.

Las características que anteceden son aplicables a los derechos familiares de carácter no patrimonial. En cuanto a los de naturaleza patrimonial, como son el derecho de alimentos y de heredar en la sucesión legítima, encontramos aspectos distintos. No obstante que en ambos existe como naturaleza común el ser valorables en dinero, el derecho a exigir alimentos se distingue del derecho a heredar, por tener los atributos que hemos señalado para los derechos no patrimoniales. Es decir, los alimentos son irrenunciables, intrasmisibles, a

diferencia del derecho subjetivo de heredar que, como los de carácter patrimonial, tiene las características opuestas.

Podemos clasificar los derechos subjetivos familiares desde ocho puntos de vista:

- a) Derechos familiares patrimoniales y no patrimoniales. Su análisis lo hemos hecho con anterioridad.
- b) Derechos familiares absolutos y relativo
- c) Derechos familiares de interés público y de interés privado
- d) Derechos familiares transmisibles e intrasmisibles
- e) Derechos familiares temporales y vitalicios
- f) Derechos familiares renunciables e irrenunciables
- g) Derechos familiares transigibles e intrasigibles
- h) Derechos familiares transmisibles por herencia y extinguidos por la muerte de su titular.

1.6.2 DERECHOS FAMILIARES ABSOLUTOS Y RELATIVOS

Generalmente los autores consideran que los derechos subjetivos familiares tienen las características de los derechos absolutos, que pueden ser oponibles a todo el mundo, valederos "*erga omnes*". Se fundan, para tal aseveración, en que tales facultades jurídicas se presentan como manifestaciones del estado civil de las personas participando de la naturaleza del mismo. Consideran que así como el

estado es oponible a los demás, de tal suerte que no se puede ser casado frente algunos y divorciado frente a otros, ni tampoco se puede gozar de la calidad de hijo respecto de ciertas personas y acrecer de la misma en cuanto a otras, de la misma suerte debe razonarse para los derecho subjetivos familiares que son simple consecuencia del estado civil de las personas.

Los derechos familiares son relativos, por ser oponibles exclusivamente a determinados sujetos pasivos, como son respectivamente los cónyuges, los parientes, los hijos o nietos menores de edad frente a sus padres o abuelos que ejercen la patria potestad y los incapaces en relación con su tutor. En nuestro concepto, la confusión se debe a la equiparación indebida del estado civil de las personas y los derechos familiares. Es indiscutible que el estado civil sí crea una situación jurídica oponible a todo mundo, por tanto que no se puede ser y no ser al mismo tiempo. Por este supremo principio lógico nadie puede ser al mismo tiempo casado y soltero, hijo y no hijo, etc., etc.; pero de aquí no se desprende como consecuencia, que por ser el estado civil oponible a los demás, para lograr la uniformidad y respeto del mismo, los derechos que se derivan de las calidades de cónyuge, pariente, tutor o persona que ejerza la patria potestad, sean también valederos *erga omnes*. Siendo cierto, como evidentemente lo es que cada cónyuge puede exigir del otro determinadas pretensiones o abstenciones, así como los que ejercen la patria potestad o tutela frente a los incapaces, o los parientes entre sí, debemos aceptar que tales pretensiones sólo pueden ser oponibles al sujeto señalado expresamente por el derecho objetivo, como sujeto pasivo de la relación.

1.6.3 DERECHOS FAMILIARES DE INTERÉS PÚBLICOS Y PRIVADOS

Desde otro punto de vista se pueden clasificar los derechos subjetivos familiares, tomando en cuenta el interés público y privado que existe en su constitución y ejercicio.

Los derechos familiares de interés público son los que principalmente organiza el derecho objetivo de familia, tanto en las relaciones conyugales como en las que nacen del parentesco, la patria potestad o la tutela. Ya hemos señalado que tanto estos derechos familiares no patrimoniales, como los que sean susceptibles de valorizarse en dinero, principalmente el derecho de alimentos, se constituyen y se ejercitan tomando en cuenta un interés familiar y no interés particular.

1.6.4 DERECHOS FAMILIARES TRASMISIBLES E INTRASMISIBLES

Todos los derechos familiares que no tienen carácter patrimonial son intrasmisibles en virtud de que se conceden en consideración a la persona del titular o a la especial relación jurídica que se constituye. De esta suerte, en los derechos conyugales no cabe transferencia alguna, ni aún en los de carácter patrimonial, como después indicaremos; en los derechos inherentes a la patria potestad, a la tutela o al parentesco, existen las dos circunstancias antes indicadas, es decir, se conceden tanto en consideración a la persona del titular,

como atendiendo a la naturaleza misma de la relación jurídica de la patria potestad, de la tutela o de parentesco. Por consiguiente son también derechos intrasmisibles. Además, el carácter de interés público que existe en todos ellos nos lleva a la misma conclusión.

En cuanto a los derechos familiares de carácter patrimonial, como los mismos se encuentran indisolublemente ligados a las relaciones jurídicas personales de que dimanen, tampoco cabe admitir la posibilidad de transmisión de los mismos.

1.6.5 DERECHOS FAMILIARES TEMPORALES Y VITALICIOS

Los derechos inherentes a la patria potestad y a la tutela se caracterizan como temporales debido a que se confieren sólo durante la menor edad de las incapaces o bien durante el tiempo que dure la interdicción de los mayores sujetos a tutela. También la emancipación de los menores extingue tales derechos. En cambio, en el matrimonio y en el parentesco, los derechos tienen carácter vitalicio, pues se conceden durante la vida del cónyuge o del pariente respectivo. En los sistemas que admiten el divorcio o la ruptura absoluta del vínculo conyugal, los derechos familiares pueden tener la característica de temporales. Sin embargo, manteniéndose el matrimonio, las facultades de cada consorte tendrán el carácter de vitalicias.

1.6.6 DERECHOS FAMILIARES RENUNCIABLES E IRRENUNCIABLES

Los derechos familiares extramatrimoniales se caracterizan como irrenunciables, pero puede haber excusa para desempeñar respectivamente la patria potestad, la tutela o la curatela. En las relaciones conyugales, no cabe la renuncia de ninguna de las facultades que origina el matrimonio, de tal manera que cualquiera estipulación en ese sentido carecerá de efectos jurídicos. En cuanto a los derechos patrimoniales, la facultad de exigir alimentos se caracteriza como irrenunciable, pero extendida como derecho a los alimentos en el futuro, no a las pensiones ya causadas, pues respecto a éstas sí cabe que el acreedor alimentista renuncie a dichas pensiones.

1.6.7 DERECHOS FAMILIARES TRASIGIBLES E INTRANSIGIBLES

Expresamente el artículo 2948 del Código Civil vigente estatuye: “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre la validez del matrimonio”. En consecuencia, no puede celebrarse el contrato de transacción respecto a los derechos familiares extramatrimoniales, como son todos los que derivan del estado civil de las personas.

En cuanto a los derechos familiares de carácter patrimonial, previene el artículo 2949 del Código Civil vigente que “Es válida la transacción sobre los derechos pecuniarios que de la declaración del estado civil pudieran deducirse a favor de una persona; pero la transacción, en tal caso, no importa la adquisición

del estado”. No obstante el alcance general del precepto transcrito, se reduce sensiblemente a sus aplicaciones prácticas, toda vez que en materia de alimentos se prohíbe expresamente la transacción en los artículos 321 y 2950, fracción V, permitiéndose sólo en el artículo 2951 todos del Código Civil vigente cuando versa sobre las cantidades ya causadas, es decir, las que ya son debidas por alimentos.

1.6.8 DERECHOS FAMILIARES TRASMISIBLES POR HERENCIA O EXTINGUIBLES

Todos los derechos conyugales terminan con la muerte de uno de los cónyuges, pero en cuanto a la facultad para heredar en la sucesión legítima, como cónyuge supérstite, la ley reconoce expresamente esta posibilidad, permitiendo en el artículo 1624 que concurra a la herencia con los descendientes del de cujus y reciba la misma parte que correspondería a un hijo de corresponder.

Los derechos derivados del parentesco se extinguen necesariamente con la muerte del titular, aun en sus consecuencias patrimoniales relativas a alimentos. Sólo en materia hereditaria encontramos una modalidad en la herencia por estirpes. En los alimentos, no cabe la posibilidad de que se transmitan hereditariamente, pues este derecho se concede sólo a la persona del titular y en razón de sus necesidades individuales.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO PRIMERO

1. José Castán Tobeñas, Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo V. Derecho de Familia, Vol. I, Editorial Reus, S. A., Madrid, 1976. p. 25.
2. José Castán Tobeñas, Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo V. Derecho de Familia, Vol. I, Editorial Reus, S. A., Madrid, 1976 p. 25.
3. Derecho de Familia, Tomo I, Editorial DEPALMA, B. Aires, 1975. p. 283.
4. Manuel F. Chávez Asencio. La Familia en el Derecho Relaciones Jurídicas Conyugales, Editorial Porrúa, S.A. Mex. 1985. p. 308.
5. Diccionario de la Lengua Española, Decima Novena edición, Madrid, 1970.
6. Eugene Petit, Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Saturnino Calleja, S.A., Madrid, p.110.

CAPÍTULO II

PATRIA POTESTAD

CAPITULO II

PATRIA POTESTAD

2.1.- CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD

Mientras el individuo no llega a la mayoría de edad se encuentra bajo la patria potestad.

Los ascendientes tienen sobre la persona de sus descendientes un derecho de protección. Este se traduce en la vigilancia, guarda y educación de los menores. Sobre sus bienes tienen un derecho de disfrute y administración.

El concepto de la patria potestad antiguamente tenía otra concepción, se traducía en un poder ilimitado y sin restricciones, así con el paso del tiempo este poder que tienen quienes ejercen la Patria Potestad se ha ido suavizando a manera de que las correcciones hechas al menor sean de manera mesurada.

“En la antigüedad la expresión Patria Potestad se atribuía el derecho que tenía el padre sobre el menor, derecho que se traducía en el sometimiento y explotación del hijo, para beneficio del propio padre, ésta concepción se fue modificando, hasta llegar al concepto que hoy en día tenemos, así pues, la Patria

Potestad ya no es exclusiva del padre, sino que éstos derechos y facultades ya han sido distribuidos entre el padre y la madre.”¹

Para Efraín Moto Salazar la patria potestad “es el conjunto de derechos que la ley concede a los ascendientes sobre la persona y bienes de sus descendientes, mientras éstos son menores.”²

Más que un poder, la Patria Potestad es, actualmente una verdadera función, pues en el transcurso de los tiempos ha evolucionado perdiendo el carácter acusadamente autoritario que tuvo en el Derecho Romano y Germánico, hasta convertirse en una institución a la defensa de la persona y bienes del menor, a la que no extraña la intervención del Estado.

La definición proporcionada por el autor Marcelo Planiol quien establece:”La Patria Potestad es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales”.³

Por otra parte los tratadistas reconocen que se da el nombre de Patria Potestad: “Al poder que tienen los ascendientes sobre la persona y bienes del menor, en tanto alcanza la edad y discernimiento para conducirse y administrar sus derechos”.

En el derecho moderno la Patria Potestad: “Es la regulación jurídica que ha tomado principalmente en cuenta que la autoridad que se otorga a quienes la desempeñan, no es para beneficio propio ni mucho menos para convertir a los sujetos a ella en simples medios puestos a su servicio para la satisfacción de sus fines personales, sino que por el contrario ésta institución se ha convertido en la actualidad en una verdadera función social que más que derechos impone obligaciones a quienes la ejercen”

La patria potestad se considera como un poder concedido a los ascendientes como medio de cumplir con sus deberes respecto a la educación y cuidado de sus descendientes. Es por eso que se equipara a una función pública, de aquí que por patria potestad debemos entender el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en tal periodo.

El autor Rafael de Pina Vara define la Patria Potestad: “Como el conjunto de las facultades, que suponen también deberes, conferidas a quienes la ejercen en relación a la persona y bienes a los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardar en la medida necesaria.”⁴

2.2 CARACTERÍSTICAS DE LA PATRIA POTESTAD

Las características de la Patria Potestad son las siguientes:

* La Patria Potestad, por el contenido social de que está investida, se encuentra reglamentada por normas que deben ser consideradas de orden público.

* No es perpetua: hay causas que producen su extinción (emancipación, mayoría de edad), y otras que provocan su pérdida como sanción impuesta por el mal desempeño de los deberes paternos o su incumplimiento.

*Es un derecho personal e intransferible. Su renuncia o abandono podría acarrear graves sanciones, aún de carácter penal.

* Cabe hacer mención que cuando se lleva acabo una adopción, uno de los efectos principales es la transmisión de la Patria Potestad al padre adoptante, por lo tanto aquí no podemos decir que es intransferible.

*Tanto en el Derecho Romano como en la Edad Media, la organización familiar se asentaba sobre la omnipotencia de parte del familiar, amparados en el “honrarás a tu padre y a tu madre”.

2.3 SUJETOS

Son sujetos activos de la patria potestad, los ascendientes: padre y madre y, a falta de ambos, los abuelos, en el orden que determine la ley o el juez familiar,

atendiendo a la conveniencia del menor. Son sujetos pasivos los descendientes, menores de 18 años no emancipados.

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

En caso de los hijos extramatrimoniales, la patria potestad le corresponde al que reconozca al hijo en primer lugar, si los dos padres lo reconocen simultáneamente, como lo establezcan de común acuerdo. Si se suscita controversia, el juez de lo familiar resolverá lo más conveniente para el menor.

En caso de adopción, sólo el adoptante puede ejercer la patria potestad.

2.4 EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD

Se procede a distinguir entre los efectos de la Patria Potestad relacionados con las personas y los relacionados con los bienes de éstas, en la forma siguiente:

a) Efectos con relación a las personas: Estos se refieren a las personas sometidas a la Patria Potestad y a las que lo ejercen.

1.- Respecto a los sometidos a la Patria Potestad: Los hijos cualquiera que sea su estado y condición, debe honrar y respetar y demás ascendientes, artículo 465 Código Civil.

2.5 PATRIA POTESTAD EN LA ACTUALIDAD

La patria potestad se establece en beneficio de menor, es facultad de la pareja, si viven juntos o están casados. Si viven separados o no se ponen de acuerdo, será uno u otro atendiendo a la resolución del juez. Se limita a la menor de edad del hijo y termina con la emancipación por el matrimonio del menor. Los bienes que obtienen los hijos por cualquier título, tanto los ganados con su trabajo como los adquiridos por dones de la fortuna (herencias, donaciones, loterías), les pertenecen en propiedad. Se diferencian en cuanto a la administración de los mismos, de los primeros, la propiedad, sus frutos y la administración, corresponden de forma exclusiva al hijo, de los segundos la propiedad es del hijo pero la administración corresponde al padre. La patria potestad es irrenunciable y la ejercen sólo los padres y sólo en ausencia de ellos pueden ejercerla los abuelos.

2.6 SUSPENSIÓN, PERDIDA Y EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

La legislación civil distingue entre los términos: acabar, perder y suspender, en relación con la Patria Potestad.

La Patria Potestad se pierde:

- a) Cuando el que la ejerce es condenado expresamente a la pérdida de éste derecho, o cuando es condenado dos veces por delitos graves.
- b) En casos de divorcio necesario cuando el cónyuge culpable, es condenado a perderla.
- c) Cuando el que la ejerce tiene costumbres depravadas, da malos tratamientos al menor o abandona sus deberes que pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal.
- d) Por el abandono del padre o la madre hicieren de sus hijos, por más de seis meses.

La Patria Potestad se suspende: cuando por razón de alguna incapacidad no la pueden seguir desempeñando quien la ejerce, o por haber sido éste sancionado a pena que lleve consigo la suspensión. El ejercicio de éste derecho puede suspenderse transitoriamente cuando el que la ejerce cae dentro de los casos previstos por la ley:

- a) Por incapacidad declarada jurídicamente.
- b) Por ausencia declarada formalmente.
- c) Por sentencia condenatoria que imponga como pena ésta suspensión artículo 500 del Código Civil para el Estado de Guanajuato.

La Patria Potestad se reanuda nuevamente si el incapacitado recupera sus facultades mentales, si el ausente aparece y cuando el condenado cumple su sentencia; todo ello antes de que el menor llegue a la mayoría de edad.

La Patria Potestad se acaba:

- a) con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.
- b) Con el matrimonio del sujeto a ella; y
- c) Por la mayoría de edad del hijo

La madre o la abuela que pasen a segundas nupcias no pierden la Patria Potestad, pero el nuevo marido no la ejerce sobre los hijos del matrimonio anterior, artículo 498 y 499 del Código Civil para el Estado de Guanajuato.

El artículo 501 del Código Civil para el Estado de Guanajuato refiere que la Patria Potestad no es renunciable por el padre ni por la madre.

Los abuelos podrán excusarse de ejercerla cuando tengan 60 años cumplidos o cuando por el mal estado habitual de su salud no puedan tener debidamente a su desempeño. El ascendiente que renuncie a la Patria Potestad o se excuse de desempeñarla, no podrá recobrarla.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO SEGUNDO

1. Chávez Asencio Manuel, La familia en el Derecho, 2ª ed. Editorial Porrúa S.A., México 1990. p. 15.
2. Moto Salazar Efraín, Elementos de Derecho, 39ª edición, Editorial Porrúa, S. A. México, 1993. p. 48.
3. Planiol, Macelo y Ripert, Jorge, Tratado Practico de Derecho Civil Francés, Tomo II. La Familia (Matrimonio, Divorcio, Filiación), Editorial Juan Buxo, Habana, 1928.
4. Pina, Rafael De Elementos de Derecho Civil Mexicano, Tomo I, edición 25ª, Editorial Porrúa S.A., México 1986. p. 522.

CAPÍTULO III

GENERALIDADES DEL DERECHO PENAL

CAPITULO III

GENERALIDADES DEL DERECHO PENAL

3.1 DEFINICIÓN DEL DERECHO PENAL

La expresión de Derecho Penal, como certeramente afirma Maggiore. ¹ Se aplica para designar al conjunto de normas penales (ordenamiento jurídico penal), cuanto a la Ciencia del Derecho Penal, estimada como una rama del conocimiento humano compuesta de un acervo de nociones jurídicas de naturaleza intelectual. Puede definirse según se haga referencia al sistema de normas, o bien al de conceptos científicos sobre el delito, el delincuente y la pena.

El término de Derecho Penal no es el único con el cual puede designarse a nuestra disciplina. Se le denomina también *Derecho Criminal*, *Derecho de Defensa Social*, etcétera. Nosotros no únicamente por razones de tradición, sino de fondo, preferimos conservar el nombre *Derecho Penal*; la expresión *Derecho Criminal* no sólo se presta a confusiones por cuanto en algunas legislaciones se hace la distinción entre crímenes, delitos y faltas, sino por que en nuestro medio la ley únicamente alude a delitos en forma genérica, comprendiendo en ellos lo que en otros países se denominan crímenes. La connotación *Derecho de Defensa Social*, es equívoca; todo el derecho y no sólo el penal se dicta para la defensa de la sociedad.

3.2 EL DERECHO PENAL EN SENTIDO OBJETIVO Y SUBJETIVO

El Derecho Penal, en sentido objetivo, dice Cuello Calón, “es un conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad con la que aquéllos son sancionados”.² Para Pessina “es el conjunto de principios relativos al castigo del delito”;³ Von Liszt lo define como “el sistema de normas establecidas por el Estado, que asocia el crimen como hecho, la pena como su legítima consecuencia”.⁴ Según Edmundo Mezger, el Derecho Penal objetivo es el conjunto de reglas que norman el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectado en el delito como presupuesto, la pena como su consecuencia jurídica.⁵

En México Raúl Carrancá y Trujillo estima que el derecho Penal, objetivamente considerado, es un conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación.⁶

En sentido subjetivo, el Derecho Penal se identifica con el jus puniendo: es el derecho a castigar.⁷ Consiste en la facultad del estado (mediante leyes) de conminar la realización del delito con penas, y en su caso, imponerlas y ejecutarlas. Para Cuello Calón “es el derecho del Estado a determinar, imponer y ejecutar penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad”.⁸ Define del anterior criterio Julio Klein, para quien la sanción penal no es un derecho, sino un deber del Estado; el único deber ser que se contiene en la norma primaria penal.⁹

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

3.3 DERECHO PENAL SUSTANTIVO Y ADJETIVO

Según se ha visto, el Derecho Penal se integra con normas relativas al delito, a la pena y a las demás medidas de lucha contra la criminalidad; por lo tanto, la verdadera sustancia del Derecho Penal constituyen tales elementos; de ahí la denominación de Derecho Penal Sustantivo o Material. Para Eusebio Gómez el Derecho Penal sustantivo concreta la noción del delito y determina sus consecuencias.¹⁰ Conviene señalar, por lo menos, que las medidas de seguridad y los tratamientos para niños o enfermos autores de actos típicos del Derecho Penal, no integran propiamente a éste; se trata de reglas paralelas al Derecho Penal; por ello, sin desconocer la diferencia de esas normas con las propiamente penales, las seguiremos considerando como pertenecientes a dicha rama del Derecho.

Las normas del Derecho Penal sustantivo no deben aplicarse en forma arbitraria o caprichosa, sino de manera sistemática y ordenada; para ello existe otra reglamentación cuyo objeto es señalar el camino a seguir en la imposición del Derecho material y recibe el nombre de Derecho Adjetivo o Instrumental y, con mayor frecuencia, Derecho Procesal Penal.

El Derecho Penal sustantivo y adjetivo coexisten necesariamente; como bien lo señala Carlos E. Cuenca Dardón, "...sin un, el otro pierde su razón de ser: sin el Derecho procesal las disposiciones normativas se convierten inmediatamente en letra muerta, por que no hay posibilidad de que los particulares puedan excitar la maquinaria judicial (o administrativa) correspondiente para exigir el respeto de sus derechos; en tanto que sin derecho sustantivo, tampoco tiene razón de ser el derecho procesal, se convierte en un formalismo absolutamente hueco".¹¹

El Derecho Procesal suele definirse como el conjunto de normas relativas a la forma de aplicación de las reglas penales a casos particulares. Eusebio Gómez expresa que el Derecho Procesal Penal regula el desenvolvimiento del proceso penal del proceso penal; ¹² según Manuel Rivera Silva, el Derecho Procesal Penal es el conjunto de reglas que norma la actividad estatal que tiene por objeto el eslabonamiento del delito con la sanción.¹³

3.4 CONCEPTO JURÍDICO DEL DELITO

La palabra delito deriva del verbo latino *delinquere*, que significa abonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

Los autores han tratado en vano de producir una definición filosófica, esencial. Como el delito esta íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, los hechos que unas veces han tenido

ese carácter, lo han perdido en función de situaciones diversas y, al contrario, acciones no delictuosas, han sido erigidas en delitos. A pesar de tales dificultades, como se verá después, es posible caracterizar al delito jurídicamente, por medio de las fórmulas generales determinantes de sus atributos esenciales.

El Delito en a Escuela Clásica: Los clásicos elaboraron varias definiciones del delito, pero aquí sólo aludiremos a la de Francisco Carrará –principal exponente de la Escuela Clásica- , quien lo define como la infracción de la ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.¹⁴ Para Carrará el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico, porque su esencia debe consistir, necesariamente, 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; pero para no confundirlo con el vicio ósea con el abandono de la ley moral, ni con el pecado, violación de la ley divina, afirma su carácter de infracción a la ley del Estado y agrega que dicha ley debe de ser promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos. Carrara juzgó preciso anotar en su maravillosa definición, cómo la infracción ha de ser la resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, para sustraer del dominio de la Ley Penal las simples opiniones, deseos y pensamientos y, también, para significar que solamente que el hombre puede ser agente activo del delito, tanto en sus acciones como en sus omisiones. Finalmente, estima al acto o la omisión moralmente imputables, por estar el individuo sujeto a las leyes criminales

en virtud de su naturaleza moral y por ser imputabilidad moral el precedente indispensable de la imputabilidad política. ¹⁵

3.4.1 NOCIÓN SOCIOLOGICA DEL DELITO.

Triunfante el positivismo, pretendió demostrar que el delito es un fenómeno o hecho natural, resultado necesario de factores hereditarios, de causas físicas y de fenómenos sociológicos. Rafael Garófalo, es sabio jurista del positivismo, define el delito natural como la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida media que sea indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad. “Garófalo sentía la necesidad de observar algo e inducir de ello una definición; y no pudiendo actuar sobre los delitos mismos no obstante ser ésa la materia de su estudio y de su definición, dijo haber observado los sentimientos; aún que claro está que si se debe entender que se refiere a los sentimientos afectados por los delitos, el tropiezo era exactamente el mismo, pues las variantes en los delitos debían traducirse en variabilidad de los sentimientos afectados. Sin embargo, no era posible cerrarse todas las puertas y, procediendo a priori, sin advertirlo, afirmó que el delito es 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... De haber una noción sociológica del delito, no sería una noción inducida de la naturaleza y que tendiera a definir el delito como hecho natural, que no lo es; sino como concepto básico, anterior a los códigos, que el hombre adopta para calificar las conductas humanas y formar los catálogos legales... Y no podía ser de otra manera ya que la

conducta del hombre, el actuar de todo ser humano, puede ser un hecho natural supuesta la inclusión en la naturaleza de lo psicológico y de sus especiales mecanismos, pero el delito como tal es una clasificación de los actos, hecha por especiales estimaciones jurídicas, aún cuando luego su concepto general y demasiado nebuloso haya trascendido al vulgo, o quizá por él mismo se haya formado como tal vez sucedió con la primera noción intuitiva de lo bueno, de lo útil, de lo justo, sin que por ello sea el contenido de esas apreciaciones un fenómeno natural. La esencia de la luz se puede y se debe buscar en la naturaleza; pero, la esencia del delito, la delictuosidad, es fruto de una valoración de ciertas conductas, según determinados criterios de utilidad social, de justicia, de altruismo, de orden, de disciplina, de necesidad en la convivencia humana, etcétera; por tanto no puede investigar qué es en la naturaleza el delito, por que en ella y por ella sola no existe, sino a lo sumo buscar y precisar esas normas de valoración, los criterios conforme a los cuales una conducta se ha de considerar delictuosa. Cada delito en particular se realiza necesariamente en la naturaleza o en el escenario del mundo, pero no es naturaleza; la esencia de lo delictuoso, la delictuosidad misma, es un concepto apriori, una forma creada por la mente humana para agrupar o clasificar una categoría de actos, formando una universalidad cuyo principio es absurdo querer luego inducir de la naturaleza.

3.4.2 NOCIÓN JURÍDICO FORMAL DEL DELITO

Para varios autores, la verdadera noción del delito la suministra la ley positiva mediante la amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de

ciertos actos, pues formalmente hablando, expresan, el delito se caracteriza por su sanción penal; sin una ley que sancione una determinada conducta, no es posible hablar de delito.

Para Edmundo Mezger, el delito es un sanción punible-, esto es, el conjunto de presupuestos de la pena.

En el artículo 7° de nuestro Código Penal en su primer párrafo establece: “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.” Esta definición formal, como veremos en su oportunidad, no escapa a la crítica; desde ahora apuntamos que no puede hablarse de la pena como medio eficaz de caracterización del delito.

3.4.3 NOCIÓN JURÍDICO SUSTANCIAL DEL DELITO

Las nociones formales del delito no penetran en la verdadera naturaleza del mismo por no hacer referencia a su contenido; el propio Mezger elabora también una definición jurídico-sustancial, al expresar que el delito “es la acción típicamente antijurídica y culpable”.¹⁶

Para Cuello Calón “es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible”.¹⁷ Por parte de Jiménez Asúa textualmente dice: “Delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.”¹⁸ En forma

semejante se había expresado el penalista alemán Ernesto Beling, pero sin hacer referencia a la imputabilidad.

Como se ve en la definición del maestro Jiménez de Asúa se incluyen como elementos del delito: acción, la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de la penalidad. Nos adherimos a quienes niegan carácter de elementos esenciales a la imputabilidad, a la punibilidad y a las condiciones objetivas de penalidad.

3.5 ELEMENTOS DEL DELITO Y SUS FACTORES NEGATIVOS

A pesar de haber estimado en las definiciones del delito se incluyen elementos no esenciales, haremos el estudio de ellos juntamente con el de que si lo son, para tener una idea completa de la materia. Seguiremos el mismo sistema de Jiménez de Asúa que aparece en “La Ley y el Delito”¹⁹ a su vez tomando de Guillermo Sauer. De acuerdo con el método aristotélico de sic et non, contrapone lo que el delito es a lo que el delito no es:

Aspectos Positivos

- a) Actividad
- b) Tipicidad
- c) Antijuricidad
- d) Imputabilidad
- e) Culpabilidad
- f) Condicionalidad Objetiva
- g) Punibilidad

Aspectos Negativos

- Falta de Acción
- Ausencia de Tipo
- Causas de Justificación
- Causas de Inimputabilidad
- Causas de Inculpabilidad
- Falta de Condición Objetiva
- Excusas Absolutorias

CITAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO III

1. Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal, tomo I, 5ª ed. Ed. Temis, Bogotá, 1954, p. 3.
2. Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, I, 8ª ed. p. 8.
3. Elementos del Derecho Penal, Madrid, 1892, p. 1.
4. Tratado de Derecho Penal, Reus, Madrid, 1926, p. 5.
5. Tratado de Derecho Penal, I , 1946. p. 27 y 28.
6. Derecho Penal Mexicano, I, 4ª ed. En igual sentido E. Brusa en sus Prolegómenos.
p. 17.
7. Adolfo de Miguel García López, Derecho Penal, p. 7
8. Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, I, 8ª Ed. p. 8.
9. Ensayo de un Teoría Jurídica del Derecho Penal. México, p. 33.
10. Eusebio Gómez. Tratado de Derecho Penal. I, Buenos Aires. 1939. p.83.
11. Manual de Derecho Procesal Penal Mexicano. 1ª. Ed. México 1998. p 13.
12. Eusebio Gómez. Tratado de Derecho Penal. I, Buenos Aires. 1939. p. 93.
13. Manuel Rivera Silva. El Procedimiento Penal México, p. 17.
14. Francisco Carrara. Programa, vol. I, núm. 1, p. 60.
15. Véase Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, t. II, núm. 957, p. 40.
16. Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, t. I, Madrid, 1955, p. 156.
17. Cuello Calón, Derecho Penal, 8ª ed. p. 236.
18. Jiménez Asúa, La Ley y el Delito, Ed. A. Bello, Caracas. p. 256.
19. Jiménez Asúa, La Ley y el Delito, Ed. A. Bello, Caracas 1945. p. 259.

CAPÍTULO IV

TEORÍA DEL DELITO

CAPITULO IV

TEORIA DEL DELITO

4.1 DEFINICIÓN DE CONDUCTA

La conducta es el primer elemento básico del delito, y se define como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito. Lo que significa que sólo los seres humanos pueden cometer conductas positivas o negativas, ya sea una actividad o inactividad respectivamente. Es voluntario dicho comportamiento por que es decisión libre del sujeto y es encaminado a un propósito, por que tiene una finalidad al realizarse la acción u omisión.

La conducta tiene varios sinónimos que son utilizados por diversos autores: se encuentran el de hecho, acción, acto, etcétera, pero estas expresiones no contemplan la posibilidad de una inactividad, por ello resulta más conveniente la denominación de la conducta.

La conducta puede ser cometida por acción o por omisión, esta última a su vez se subdivide en omisión simple y comisión por omisión.

4.2 AUSENCIA DE CONDUCTA

Es el elemento negativo de la conducta, abarca la ausencia de acción o de omisión de la misma, en la realización del ilícito.

La ausencia de conducta se presenta por:

1. Vis Absoluta o Fuerza física superior exterior irresistible.
2. Vis maior o fuerza mayor.
3. Movimientos reflejos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho respecto a la vis absoluta que: “De acuerdo a la doctrina y la jurisprudencia, debe entenderse que el sujeto actuó en virtud de una fuerza física exterior irresistible, cuando sobre él se ejerce una fuerza superior a las propias a la cual se ve sometido, por cuya circunstancia su acto es voluntario. Lo que quiere decir que la integración de esta figura requiere que la fuerza sea material, física, producida por hechos externos y que quien la sufre no puede resistirla y se vea obligado a ceder ante ella.” (Semanao Judicial de la Federación, XCIII, p, 2018.)

“Por fuerza física exterior irresistible, debe entenderse cierta violencia hecha al cuerpo del agente, que da por resultado que éste ejecute, irremediamente, lo que no ha querido ejecutar.” (Semanao Judicial de la Federación, 84, p. 175.)

Esta fuerza física irresistible es un aspecto negativo de la conducta; el sujeto, a través de ésta va a realizar una acción u omisión, que no quería ejecutar, por lo tanto esta situación no puede constituir una conducta, por faltar la voluntad del sujeto, elemento esencial de la conducta.

Cuando un sujeto comete un delito por una fuerza física irresistible proveniente de otro sujeto, no hay voluntad en la realización y no se puede presentar el elemento de conducta, en virtud de no ser un acto voluntario. Es importante determinar que la fuerza debe de ser física, es decir material no puede ser de naturaleza moral por que es la única que puede obligar al sujeto a actuar contra su voluntad, por que eso debe de ser “exterior” e irresistible por que el sujeto que recibe la fuerza física, no la puede dominar o resistir y es vencido por ella.

Nuestro Derecho Positivo Mexicano, en el artículo 15 del Código Penal Federal en su fracción primera, determina como causa de excusión del delito: “el hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente”, esto es la afirmación de que no puede constituir una conducta delictiva cuando no se presenta la voluntad del agente.

La siguiente hipótesis de ausencia de conducta es cuando se presenta una conducta delictiva por causa de fuerza mayor, es decir, es cuando el sujeto realiza

una acción en sentido amplio (acción u omisión) coaccionado por una fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza.

Los movimientos reflejos son otra causa de ausencia de conducta, porque al igual que los anteriores, tampoco participa la voluntad del sujeto. Sin embargo, se ha considerado la posibilidad de culpabilidad del sujeto, cuando éste haya previsto el resultado o cuando no haya previsto, debiéndolo hacer, en donde se presentarán tanto la culpa con representación.

Los movimientos reflejos son actos corporales involuntarios, no funcionarán como factores negativos de la conducta, si se pueden controlar o retardar.

4.2.1 ACCIÓN EN SENTIDO ESTRICTO

En sentido estricto “consiste en un movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado, consistente en la modificación del mundo exterior o en peligro de que se produzca. La acción (como hacer activo) exige además de voluntad en el agente, una actividad corporal”.¹ Nuestro derecho positivo mexicano se ocupa de estos actos y debemos entender la acción en sentido amplio, comprendiéndola en su aspecto positivo como tal y en su aspecto negativo como omisión.

Como ya mencionamos, para expresar este elemento del delito, los autores emplean diversos vocablos, acción, acto, acaecimiento, conducta o hecho. Sobre

este último, Jiménez de Asúa, con quien estamos de acuerdo, manifiesta: “El primer carácter del delito es ser un acto. Empleamos la palabra acto (e indistintamente lato sensu) y no de hecho, por que hecho es todo acontecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano del hombre que del mundo de la naturaleza. En cambio acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta”.² Este acto, a que hace referencia Jiménez de Asúa, no es otra cosa sino una conducta humana voluntaria que produce un resultado; el Derecho no regula hechos en general, sino sólo la conducta humana, siendo ésta una especie de hecho.

En efecto, hay autores que utilizan el vocablo “hecho”, siendo posible si origen en el ser humano o en la naturaleza; en los primeros participa el hombre, en los de la naturaleza no. Al derecho le interesan en los que el hombre participa. Dentro de los humanos encontramos los voluntarios e involuntarios; los primeros, se refieren precisamente a la conducta, por que toda conducta debe de ser voluntaria; dicho de otra forma, sin voluntad no hay conducta.

Abarca dice: “la acción en el Derecho Penal equivale a conducta humana y por lo tanto comprende tres elementos:

1. Un querer interno del agente;
2. Una conducta corporal del mismo agente, y
3. Un resultado externo”.³

4.2.2 ELEMENTOS DE ACCIÓN

La acción se define como aquella actividad que realiza el sujeto, produciendo consecuencias en el mundo jurídico, en dicha acción debe darse un movimiento por parte del sujeto, de esta manera, la conducta de acción tiene tres elementos:

- a) Movimiento
- b) Resultado
- c) Relación de Causalidad

Únicamente la persona humana es capaz de realizar conductas, y al Derecho Penal sólo le interesan éstas. El hombre puede ser sujeto activo del delito y punible a las sanciones penales, ya que es el único ser capaz de tener voluntad. Anteriormente, según marca la historia, también se castigaba a los animales; actualmente se sanciona al dueño del animal, acabando con el absurdo de sancionar a seres irracionales.

Hemos señalado como primer elemento de la acción el movimiento o la actividad corporal, sin olvidar como precedente a la voluntad del sujeto, la que constituye el aspecto subjetivo de la acción.

La voluntad es la facultad que tienen únicamente los seres racionales de gobernar libre y conscientemente sus actos externos e internos. Para Maggiore

“la voluntad es libre determinación del espíritu (autodeterminación), que provoca a inversión y a movimiento, o también a determinación, un músculo”.⁴

a) El movimiento corporal es la parte externa de la acción, y consiste en el cambio de posición del cuerpo o parte de él que realiza el sujeto, sin olvidar, que se necesita la existencia de la opción psíquico voluntad, y, del elemento material movimiento, para que la conducta se configure en forma positiva, es decir, conducta de acción.

b) El resultado de la acción debe ser sancionado por la ley penal, es decir, deberá configurar un delito descrito y penado en la ley, será intrascendente que lesione intereses jurídicos protegidos por la ley o sólo los ponga en peligro según lo requiera el tipo penal.

Maggiore define al resultado como “la consecuencia de la acción, que la ley considera decisiva para la realización del delito, o lo que es lo mismo, la realización del tipo de delito fijado por la ley –pretende después este autor, integrar la noción especificando que- el resultado es el efecto voluntario en el mundo exterior, o más precisamente, la modificación del mundo exterior como efecto de la actividad delictuosa”.⁵ El resultado alude exclusivamente a las modificaciones que la conducta produce en el mundo exterior, lo que la ley considera decisivo para la realización del delito.

“La acción presenta la unidad de conducta humana y por lo tanto corresponde un querer inseparable de la conciencia, una actividad corporal y un resultado externo”.⁶ El resultado de la acción es la modificación del mundo exterior o el peligro de su producción si se tratara, por ejemplo, de amenazas. Entre la acción prevista en la psique del autor y el resultado externo, a través del movimiento corporal, debe existir una relación de causalidad. Al respecto nos dice Jiménez de Asúa: “El resultado no sólo es el daño cometido por el delito, no consiste únicamente en el daño material en el mundo exterior, sino también en las mutaciones de orden moral. El peligro corrido, de que habló elegantemente, Carrara es el resultado, en la tentativa. No se produjo muerte del sujeto en el conato de homicidio, pero se alteró el mundo exterior, lesionando la seguridad, la tranquilidad de la víctima. Para nosotros no existe delito ni resultado. La vieja categoría de los delitos formales era falsa. Lo que acontece en ciertas infracciones es que la manifestación de voluntad y el resultado aparecen contemporáneamente y con aspectos inseparables. Así suele decirse: si se prohíbe bajo pena el paso por un puente, la manifestación de voluntad que consiste en el tránsito por encima de él y el resultado de pasar, son dos momentos coetáneos unidos inseparablemente, pero el resultado existe”.⁷

Respecto al resultado los delitos pueden ser formales o materiales con independencia del propósito. Los formales son delitos de actividad y los materiales son los de resultado externo, que atacan intereses jurídicos. Podemos hablar de delitos formales o de simple actividad, en éstos no es posible distinguir otro resultado diferente a la conducta corporal, como por ejemplo las amenazas; los

delitos de resultado material son los que se produce materialmente un resultado exterior, como por ejemplo en el caso de homicidio.

Para algunos autores, el resultado y la relación causal no son componentes del elemento acción, por ejemplo, Maurach sostiene: “la consecuencia de la manifestación de la voluntad, el resultado, no pertenece a la acción sino a un concepto distinto puramente jurídico-penal –el tipo- basado en ella. La separación entre el “producir” y la “producción”, esto es, la no inclusión del resultado en el concepto de acción, esta en primer lugar prescrita por la necesidad de trasladar íntegramente el concepto de acción de la vida al derecho penal. La separación entre el resultado y la acción se encuentra asimismo justificada por la estructura misma del derecho penal. La colocación del resultado y de la acción en estratos diferentes, es necesaria no sólo cuando el resultado se puede separar desde el de la voluntad como en los delitos típicos de resultados o de delitos materiales (por ejemplo, homicidio, lesiones, incendio, estafa), sino también cuando el resultado se encuentra entrelazado aparentemente de modo inseparable con la manifestación de voluntad, cuando el resultado nace a la vida con la manifestación de la voluntad; así en los simples delitos de actividad (por ejemplo: perjurio, incesto o adulterio). También los últimos son tanto acción como acción tipificada.

c) Relación de Causalidad. Hemos indicado que la conducta debe de establecerse la relación de causalidad entre la acción física y el resultado externo para que sea atribuible al sujeto, esto es, debe de existir la relación causal en el nexo, entre el comportamiento humano, la consecuencia de éste y el resultado

material; dicho nexo causal viene a ser un elemento de la conducta y no como dicen algunos autores, elemento del delito.

Existen diversas doctrinas respecto a la causalidad de la conducta y el resultado; una es la generadora, la cual toma en cuenta todas las condiciones como causa del resultado, y la individualizadora que considera sólo a una de las condiciones como productora del resultado, en relación a una característica temporal, cuantitativa o cualitativa.

En la teoría generalizadora también llamada teoría de equivalencia de las condiciones, los autores explican que si se suprimiera una de las condiciones, el resultado no se produciría, es decir, no concibe el resultado sin la participación de todas las condiciones.

Las teorías individualizadoras son:

- A) Teoría de la última condición: parte de un criterio temporal y se debe estimar y se debe estimar como causa del resultado producido, la última condición realizada.
- B) Teoría de la condición más eficaz: Esta teoría considera como la causa más eficaz, la condición que más contribuyó al resultado.
- C) Teoría de la prevalencia, del equilibrio o de la causa decisiva de Binding; según el criterio de esta teoría, el mundo se rige sobre un equilibrio de fuerzas, y el rompimiento de ese equilibrio es

originado por aquellas fuerzas tendientes a modificarlo, frente a las que quieren conservarlo.

- D) Teoría de la causa eficiente o de la cualidad: esta corriente, distingue a la causa que tiene como su nombre lo dice, la capacidad de ocasionar un resultado.
- E) Teoría de la adecuación o causación adecuada: para ésta, la conducta más adecuada para producir el resultado es la causa que debe tomarse en cuenta.

La relación de causalidad será el nexo entre la conducta y el resultado de la misma.

Respecto a la relación de causalidad en los delitos de omisión entre el acto y el resultado, la doctrina se ha dividido en los que pugnan por su existencia y quienes niegan dicha relación causal.

4.2.3 CONCEPTO DE OMISIÓN

Según nuestro Derecho Positivo Mexicano, en el Código Penal en su artículo séptimo, el delito es “el acto u omisión que sancionan las leyes penales”. De donde se desprende el elemento conducta, pudiéndose presentar como acción u omisión.

La omisión, dice Cuello Calón, es “la inactividad voluntaria cuando existe el deber jurídico de obrar”.⁸ “Los tipos omisivos son los que describen la conducta debida, quedando, por ende, prohibida toda conducta que no coincide con la conducta debida.”⁹ Maggiore dice que la omisión es “toda conducta humana, dolosa o culposa, que sin necesidad de una acción material (movimiento corpóreo), produce algún cambio en el mundo exterior”.¹⁰ Los delitos de omisión consisten en la abstención del sujeto, cuando la ley ordena la realización de un acto determinado.

Esta omisión es la conducta inactiva, es la manifestación de la voluntad exteriorizada pasivamente en una inactividad; para que esta omisión le interese al Derecho Penal, debe de existir el derecho jurídico de hacer algo.

De lo anterior, podemos decir que la omisión tiene cuatro elementos:

1. Manifestación de voluntad
2. Una conducta pasiva (inactividad)
3. Deber jurídico de obrar
4. Resultado típico jurídico

La no realización de la conducta, debe ser así, voluntaria y no coaccionada y el sujeto produce el resultado con su inactividad, teniendo el deber jurídico de obrar.

Los delitos de omisión, al igual que los de acción, pueden lesionar bienes jurídicos tutelados por el derecho, o solamente ponerlos en peligro.

4.3 AUSENCIA DE CONDUCTA

Es el elemento negativo de la conducta, abarca ausencia de acción o de omisión de la misma, en la realización de un ilícito.

Nuestro Derecho Positivo Mexicano, en el artículo 15 del Código Penal en su fracción primera determina como causa de exclusión del delito: “el hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente”, esto es la afirmación de que no puede constituir una conducta delictiva cuando no se presenta la voluntad del agente.

La siguiente hipótesis de ausencia de conducta es cuando se presenta una conducta delictiva por causa de la fuerza mayor, es decir, es cuando el sujeto realiza una acción en sentido amplio (acción u omisión) coaccionado por una fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza.

4.4 TIPICIDAD Y SU AUSENCIA

La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo penal. En este contexto, diversos autores han dado su definición de tipicidad; dentro de las más importantes tenemos la expresada por Francisco Blasco y Fernández de Moreda,

la cual dice: “la acción típica es sólo aquella que se acomoda a la descripción objetiva, aunque saturada a veces de referencia a elementos normativos y subjetivos del injusto de la conducta que generalmente se reputa delictuosa, por violar, en la generalidad de los casos, un precepto, una norma, penalmente protegida”¹¹

Para Laureano Landaburu “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.¹² Para Jiménez de Asúa, la tipicidad es “la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción.”¹³

Jiménez Huerta considero que la “adecuación típica significa, encuadramiento o subsanción de la conducta principal en un tipo de delito y subordinación o vinculación al mismo de las conductas accesorias.”¹⁴

La suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que: “Para que una conducta humana sea punible conforme al derecho positivo, es preciso que la actividad desplegada por el sujeto activo, se subsuma en un tipo legal, esto es, que la acción sea típica, antijurídica y culpable, y que no concurra en la total consumación exterior del acto injusto, una causa de justificación o excluyente de la culpabilidad. Puede una conducta humana ser típica, por que la manifestación de la voluntad, o la modificación del mundo exterior, es decir, la producción del resultado lesivo, enmarquen dentro de la definición de un tipo penal, como puede

ocurrir, por ejemplo, tratándose de homicidio o fraude, pero si se demuestra que el occiso fue privado de la vida, por el sujeto activo, desaparece la antijuricidad del acto incriminado y consecuentemente al concurrir la causa justificadora de la acción, resulta culpable, o si, tratándose del segundo de los delitos, no se satisfacen los presupuestos de tipicidad al no integrarse sus elementos constitutivos”. (Semanario Judicial de la Federación, CXVII, p. 731.)

La importancia de la tipicidad es fundamental, ya que si no hay una adecuación de la conducta al tipo penal, podemos afirmar que no hay delito.

Debemos tener cuidado de no confundir tipicidad con tipo; la primera se refiere a la conducta, y el segundo pertenece a la ley, a la descripción o hipótesis plasmada por el legislador sobre el hecho ilícito; es la fórmula legal a la que se debe adecuar la conducta para la existencia del delito.

Dentro de la doctrina, la tipicidad fue creada por Beling, quien la consideró independientemente de la antijuricidad y de la culpabilidad. En un principio concibió al delito únicamente con sus elementos objetivos, dejando a un lado los subjetivos, es decir, la concepción del delito era en base a los hechos externos.

Algunos autores han relacionado a la tipicidad con la antijuricidad, originándose la teoría del “tipo avalorado”, la cual nos explica que la tipicidad no indica nada acerca de la antijuricidad; otra posición ha sido que la tipicidad es un indico o presunción “juris tantum”, de la antijuricidad; una más considera a la

tipicidad como la razón de ser de la antijuricidad, de la cual se han derivado dos vertientes; una señala que si existe tipicidad, también antijuricidad; la otra, admite dada la tipicidad habrá antijuricidad, pero en esta última puede excluirse por una causa de justificación.

“Para determinar si un hecho determinado es penalmente antijurídico habrá que acudir como criterio decisivo a la ley penal. Si el hecho cometido encaja dentro de alguno de los tipos de delitos descritos en el texto legal existen grandes probabilidades de que sea penalmente antijurídico –probabilidades, pero no seguridad- pues en su realización pueden concurrir causas que excluyan la antijuricidad (causas de justificación) que no pueden ser previstas por el legislador al dibujar los diferentes tipos legales del delito.”¹⁵

Por más inmoral o antisocial que se considere cualquier hecho, si no se encuentra en un tipo penal, no será un delito; asimismo, se establece la presunción de antijuricidad, contra la cual se puede dar prueba en contrario, si estamos ante la concurrencia de una causa de justificación.

Para concluir expresaremos que la tipicidad se encuentra fundamentada en el artículo 14 constitucional, párrafo tercero, que a la letra dice: “En los juicios de orden criminal, queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata”.

4.5 ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

El tipo penal es la descripción hecha por el legislador, de una conducta antijurídica, plasmada en una ley. Se ha considerado al tipo penal, como un instrumento legal necesario y de naturaleza descriptiva.

Es importante manifestar que el tipo penal, también se conforma de las modalidades de la conducta, como pueden ser el tiempo, lugar, referencia legal a otro ilícito, así como de los medios empleados, que de no darse, tampoco será posible se dé la tipicidad.

Se ha dicho que la conducta del hombre en la perpetración de un delito, representa una cantidad infinita de datos; es posible captar todos ellos en una descripción legislativa, por tanto, la sencillez o complejidad conceptual de la conducta antijurídica recogida en el tipo penal, le da forma e integra sus elementos.

No existe una técnica legislativa única, para tipificación penal de conductas antijurídicas, ya que siempre va influir la complejidad o sencillez de la conducta que se quiera moldear en un tipo penal, cuando en él se describa un resultado material y tangible, como en el caso de presentarse conductas normadas por alguna especial situación del sujeto que actúa.

De este modo, podemos señalar que en la descripción de los tipos penales, plasmados en el Código penal o en alguna ley especial, siempre intervendrán elementos de alcance diverso.

Por consiguiente, el comportamiento antijurídico descrito por el legislador en el tipo penal, será puntualizado en algunas ocasiones mediante la descripción de los elementos objetivos de la conducta; otras, será haciendo referencia a la valoración normativa de la misma y algunas más lo hará mediante el especial aprecio del fondo mismo de la intención o ánimo del autor.

4.6 CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto a la clasificación de los delitos en orden al tipo, ha manifestado que “desde un punto de vista doctrinario en la relación con la autonomía de los tipos, éstos se han clasificado en: básicos, especiales y complementarios. Los básicos se estiman tales en razón de su índole fundamental y por tener plena independencia; los especiales suponen el mantenimiento de los caracteres de tipo básico, pero añadiéndole otra peculiaridad, cuya nueva existencia excluye la aplicación del tipo básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial, de tal manera que éste elimina al básico; por último los tipos complementarios presumen la aplicación anterior, podemos señalar, dentro de nuestra legislación federal, el homicidio como tipo penal básico; el homicidio calificado como tipo complementario y el infanticidio como tipo especial. El peculado es un delito de tipicidad especial, es razón de que el tipo contiene una referencia al sujeto activo, de tal manera que sólo pueden

cometer ese aquéllos que reúnan las condiciones o referencias típicas en el sujeto; lo mismo sucede en los llamados delitos de funcionarios, los cuales sólo pueden cometer las personas que tienen tal cualidad”. (Semanao Judicial de la Federación, t. XV, p. 68. Sexta Época. Segunda Parte.)

A nuestro criterio, se puede clasificar a los delitos en orden al tipo de la siguiente manera.

A) Por su composición: De acuerdo a está, pueden ser normales y anormales.

a) Normales: Son aquellos en los que el tipo estará conformado de elementos objetivos.

b) Anormales: Son los tipos penales que además de contener elementos objetivos, también se conforman con elementos subjetivos o normativos.

B) Por su ordenación metodológica: Los tipos penales pueden ser fundamentales o básicos, especiales y complementados.

a) Fundamentales o básicos: son los tipos con plena independencia, formados con una conducta ilícita sobre un bien jurídicamente tutelado.

b) Especiales: Son los tipos que contienen en su descripción algún tipo de características, es decir, al tipo básico, se le agrega algún elemento distintivo, pero sin existir subordinación.

c) Complementados: Son aquellos que dentro su descripción legislativa requieren de la realización previa de un tipo básico; no tienen autonomía.

C) Por su Autonomía o Independencia: los tipos pueden ser autónomos o subordinados.

a) Autónomos: Son los tipos penales con vida propia, no necesitan de la realización de algún otro.

b) Subordinados: Requieren de la existencia de algún otro tipo, adquieren vida en razón a este.

D) Por su formulación: Pueden ser casuísticos y amplios.

a) Casuísticos: en este caso, el legislador plantea varias formas de realización del delito y no en un sola como en los demás tipos, subdividiéndose en alternativos y acumulativos.

I. Alternativos: Son aquellos donde se plantean dos o más hipótesis y se precisa de la ejecución de sólo una de ellas para la tipificación de una conducta ilícita;

II. Acumulativos: en este tipo, se exige la realización o concurso de todas las hipótesis que el legislador ha plasmado en el tipo pena, para la adecuación de la conducta al mismo.

b) Amplios: contienen en su descripción una hipótesis única, en donde caben todos los modos de ejecución, es decir, se colma el tipo penal con la lesión causada al bien jurídicamente tutelado, independientemente de los medios empleados para la realización del ilícito.

E) Por el daño que causan: pueden ser de lesión y peligro.

a) De Lesión: requiere de un resultado, es decir, del daño inminente al bien jurídicamente tutelado.

b) De Peligro: no se precisa del resultado, sino basta con el simple riesgo en que se opone el bien jurídicamente tutelado.

4.7 ATIPICIDAD

La atipicidad es la falta de adecuación de la conducta al tipo penal. Es el aspecto negativo de la tipicidad.

Es importante diferenciar la atipicidad de la falta de tipo, siendo que en el segundo caso, no existe descripción de la conducta o hecho, en la norma penal.

En este sentido La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado: “Dentro de la teoría del delito, una cuestión es la ausencia de tipicidad o atipicidad y otra diversa la falta de tipo (inexistencia del presupuesto general del delito), pues la primera, supone una conducta que no llega a ser típica por falta de alguno o algunos de los elementos subjetivos, etcétera, mientras la segunda, presupone la ausencia total de la descripción del hecho en la Ley.” (Boletín de Información Judicial, XIV, p. 262).

Podría considerarse que el delito putativo es un caso de ausencia de tipo penal, aunque para muchos autores se trata de una causa de inculpabilidad por error de hecho. El delito putativo consiste en la comisión de un hecho en la convicción de que constituye una infracción punible, siendo que no lo es.

4.8 CAUSAS DE ATIPICIDAD

Jiménez de Asúa manifiesta: “Ha de afirmarse, pues, que existe ausencia de tipicidad en estos dos supuestos:

- a) Cuando no concurren en un hecho concreto todos los elementos del tipo descrito en el Código Penal o en las leyes penales, y puesto que son varias las relaciones y elementos de los tipos, distintas son también las hipótesis que pueden concebirse (atipicidad, propiamente dicha);
- b) Cuando la ley penal no ha descrito la conducta en que en realidad se nos presenta con característica antijurídica (ausencia de tipicidad, en sentido estricto).¹⁶

Para Beling, habrá carencia del tipo cuando “la acción no presenta todas o algunas de las partes de las características requeridas y típicas o esenciales.”¹⁷

Sauer estima que se da ausencia de tipo “cuando no se presenta un carácter del tipo legal en el caso singular”.¹⁸

Para Edmundo Mezger, pueden concurrir circunstancias conforme a las cuáles es de antemano imposible la realización del tipo del delito, siendo las siguientes:

- a) Cuando falte el sujeto que la ley exige
- b) Cuando falte el objeto que la ley exige
- c) Cuando falte el medio de ejecución especialmente exigido por la ley.
- d) Cuando falte la referencia local o espacial exigida por la ley.

De estas teorías, podemos decir que para encontrar las atipicidades, se deben señalar los elementos negativos del tipo penal, siendo las siguientes:

- I. Ausencia del presupuesto de la conducta o del hecho.
- II. Ausencia de la calidad del sujeto activo exigido en el tipo.
- III. Ausencia de la calidad del sujeto pasivo exigido en el tipo.
- IV. Ausencia del objeto jurídico.
- V. Ausencia del objeto material.
- VI. Ausencia de modalidades de conducta:
 - a) De referencias temporales.
 - b) De referencias espaciales.
 - c) De referencias a otro hecho punible.
 - d) De referencia a otra índole exigida por el tipo.
 - e) De los medios empleados.
- VII. Ausencia del elemento normativo.
- VIII. Ausencia del elemento subjetivo del injusto.

4.9 ANTIJURICIDAD Y SU AUSENCIA

La antijuricidad la podemos considerar como un elemento positivo del delito, es decir, cuando una conducta es antijurídica, es considerada como delito.

Para que la conducta de un ser humano sea delictiva, debe contravenir las normas penales, esto es, ha de ser antijurídica.

Diversos investigadores, la han estimado como el aspecto más importante del delito, ya que no es solamente un elemento o carácter del mismo, sino su esencia, y es más, su propia naturaleza.

También se le dio el carácter objetivo, ya que la antijuricidad nace del juicio valorativo de la oposición existente entre la conducta humana y la norma penal, manifestando ese juicio sólo recae sobre la acción realizada, excluyendo toda valoración de carácter subjetivo.

La antijuricidad es lo contrario a Derecho, no basta que la conducta encuadre en el tipo penal, se necesita que esta conducta sea antijurídica, considerando como tal, a toda aquella definida por la ley, no protegida por causas de justificación, establecidas de manera expresa en la misma.

Dentro de las teorías importantes encontramos la que considera a la antijuricidad como un carácter del hecho punible, ya que si fuera un elemento, sería posible, que se presentara como un dato conceptualmente aislado, entre

otras hipótesis; pero como esto no puede suceder, constituye la síntesis integral del fenómeno punible y cada uno de los elementos que componen es decir, sólo es un atributo del delito y de sus componentes.

Para otros estudiosos de la ciencia penal, la antijuricidad es un elemento del delito, considerada como un requisito, como aquello que se requiere para constituir un delito, sin que signifique esto que cada uno de los elementos del delito tengan vida propia individualmente, ya que constituyen una unidad indivisible. Definiendo a la antijuricidad en particular, como el carácter asumido por un hecho cuando reúne en si todos los coeficientes para producir el contraste de la norma, con los efectos producidos por éste.

Maggiore considera a la antijuricidad como un aspecto del delito y no un elemento, ya que no es posible desintegrarla del todo y ésta compenetrada la ausencia misma del delito.

Por último, encontramos a los que estiman la antijuricidad como la esencia misma del delito, como su naturaleza intrínseca, es decir, sin la existencia de ésta, no podría considerarse una conducta como delito.

4.10 CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Cuando en un hecho presumible delictuoso falta la antijuricidad, podemos decir: no hay delito, por la existencia de una causa de justificación, es decir, el

individuo ha actuado en determinada forma sin el ánimo de transgredir las normas penales.

Dentro de las causas de justificación, el agente obra con voluntad consistente, en condiciones normales de imputabilidad, pero su conducta no será delictiva por ser justa conforme a Derecho. Es así como no podrá exigírsele responsabilidad alguna, ya sea penal o civil, porque quien actúa conforme a Derecho, no puede lesionar ningún bien jurídico.

Las causas de justificación son aquellos actos realizados conforme a Derecho, es decir, que les hace falta la antijuricidad requerida para poderlos tipificar en un delito.

Existen diversas teorías a cuales son causa de justificación aplicable, como ya explicamos con anterioridad. En nuestro Derecho Positivo Mexicano, las causas de justificación se señalan en el artículo 15 del Código Penal, en las siguientes fracciones:

IV. Legítima Defensa: En relación a esta causa de justificación, el artículo 15, fracción IV del Código Penal Federal, menciona que “se repela una agresión “se repela un agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de los bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente en inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga obligación de defender, al sitio donde se encuentren los bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares o circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión”.

Se ha considerado que la legítima defensa fue creada para conservar el orden jurídico y garantizar el ejercicio de los derechos. Para algunos autores, realmente el fundamento de la legítima defensa es único, por que se basa en el principio de que nadie puede ser obligado a soportar lo injusto. Es una situación en la que el sujeto puede actuar en defensa de sus derechos o bienes jurídicos tutelados, en virtud de que el derecho no tiene otra forma de garantizar los mismos.

No procederá legítima defensa contra una conducta lícita. Para el caso de legítima defensa contra el exceso de la misma, algunos autores se han pronunciado por la admisión de esta, en el sentido de que el exceso en la repulsión del ataque, se vuelve contrario a derecho.

V. Estado de Necesidad: Von Liszt, ha manifestado: el estado de necesidad es un estado de peligro presente, que amenaza los intereses protegidos por la ley y en el cual no queda otro recurso no queda otro recurso sino el de violar los intereses

ajenos jurídicamente protegidos, siendo este concepto, uno de los más sobresalientes, al caracterizar con exactitud la situación de la que surge el estado de necesidad, como un conflicto entre intereses jurídicos, sin otra solución que el sacrificio de alguno de ellos.

“Estamos frente al estado de necesidad, cuando para salvaguardar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado o protegido, se lesiona otro bien, igualmente amparado por la ley.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación establece que “el estado de necesidad es una cusa de justificación por su naturaleza, choca con la legítima defensa, ya que en el estado de necesidad no existe defensa de una agresión, sino violencia contra un bien jurídico tutelado para salvaguardar otro bien jurídico, igualmente protegido por el derecho, de una situación de peligro no provocada dolosa o culposamente por el agente” (Semanao Judicial de la Federación, XLI. Sexta Época. Segunda Parte, p. 31).

Dentro de los requisitos positivos del estado de necesidad, tenemos que debe existir un peligro, considerándolo como probabilidad de daño que puede proceder de un tercero, de la naturaleza o de los animales; pudiéndose dar la hipótesis de que este peligro amenace a un bien o más, se encuentren o no en conflicto, y para salvarlos se requiere del sacrificio de uno de ellos.

VI. Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho: La fracción VI del artículo 15 del Código Penal, establece como causa de justificación, que “la acción o la omisión se realice en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o el ejercicio de un derecho y que este último no se realice con el sólo propósito de perjudicar al otro”.

4.11 IMPUTABILIDAD Y SU AUSENCIA

La imputabilidad es la capacidad de querer y entender, en el campo del derecho penal. Querer es estar en condiciones de aceptar o realizar algo voluntariamente, y entender es tener la capacidad mental y la edad biológica para desplegar esa decisión. El individuo requiere de dos condiciones para que se presente la imputabilidad; éstas son: edad biológica y edad mental. Es básico que se consideren estas dos condiciones para que haya imputabilidad.

El hombre debe de ser capaz de querer el resultado delictivo, y de entender, en el campo del Derecho Penal, para que sea sujeto imputable.

Diccionario Jurídico Mexicano define a la imputabilidad como “la capacidad, condicionada por la madurez y salud mentales, de comprender el carácter antijurídico de la propia acción y omisión y de determinarse de acuerdo a esa comprensión.”¹⁹

Los pensadores de la escuela clásica, estiman que la imputabilidad tiene su sostén en el libre albedrío y la responsabilidad moral, en tanto los positivistas sustituyen esto por la responsabilidad social, la cual señala al individuo responsable por el simple hecho de vivir en sociedad.

Luís Jiménez de Asúa expone que “la imputabilidad criminal no es cosa distinta de la imputabilidad moral, sino esta misma aplicada en concreto al autor de un delito.”²⁰

4.12 ACTIONE LIBERAE IN CAUSA

Jiménez de Asúa sostiene que “a pesar de ser partidarios de la teoría normativa, la imputabilidad no es un elemento o característica de la culpabilidad, sino que asume el papel del presupuesto de ella.”²¹ De aquí podemos afirmar: las acciones libres en su causa se presentan no solamente en los delitos dolosos, sino también frecuentemente se presentan en los culposos.

Carrancá y Trujillo dice que: “se llaman acciones liberae in causa las que en su causa son libres, aunque determinadas en sus efectos.”²²

La conducta libre en su causa o actio libera in causa, dice Mezger, “puede según las circunstancias concretas, ser una acción positiva o una omisión, una conducta dolosa o culposa.”²³ Liszt hace referencia a que de “ordinario, aunque no exclusivamente son omisiones las que pueden ser cometidas en esta forma más

raros son los delitos culposos de comisión; y rarísimos y muy dudosos serán los caos en una comisión dolosa se presente como *actio libera in causa*.”²⁴

Para que pueda presentarse la acción libre es su causa es necesario que concurren los siguientes requisitos:

- a) Un sujeto con previa capacidad de culpabilidad;
- b) Una conducta que produce o no evita el estado de inimputabilidad;
- c) Una conducta dolosa o culposa, previa al estado de inimputabilidad;
- d) Un estado de inimputabilidad por parte del sujeto, y
- e) Producción o no de un resultado típico.

4.13 CULPABILIDAD

La culpabilidad consiste en el nexo psicológico que une al sujeto con la conducta o el resultado material, y en segundo en el nexo psicológico entre el sujeto y la conducta o el resultado material, reprochable, y el tercero, afirmarí que la culpabilidad, es la reprochabilidad de la conducta, sin considerar el dolo como elemento de la culpabilidad, sino de la conducta. La culpabilidad en la tesis finalista se reduce a la reprochabilidad y a la diferencia de la teoría normativa el dolo y la culpa no son elementos de la culpabilidad por que son contenido del tipo. “La culpabilidad es por tanto, responsabilidad, apartándose consecuentemente de los normativistas mantienen el dolo y la culpa en la culpabilidad, constituyendo

como se afirma por un sector un mixtum compositum, de cosas como afirman Baumanm no pueden mezclarse”.²⁵

Maggiore define culpabilidad como la “desobediencia consciente y voluntaria y de la que no está obligado a responder alguna ley”.²⁶

Jiménez de Asúa la define como “el conjunto de presupuestos que fundamentan la responsabilidad personal de la conducta antijurídica”.

Zaffaroni: “La culpabilidad es la reprochabilidad de un injusto a un autor, la que sólo es posible cuando revela que el autor ha obrado con una disposición interna a la norma violada, disposición que es fundamento de la culpabilidad.”²⁷

Mezger supone, “la culpabilidad es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor, por el hecho punible que ha cometido.”²⁸

El concepto de culpabilidad como tercer aspecto del delito de acuerdo a las definiciones anteriores, nos señala cuatro importantes elementos que la conforman y son: una la ley, una acción, un contraste entre esta acción y esta ley, el conocimiento de esta situación, según lo manifestó Maggiore.

La culpabilidad es un elemento básico del delito y es el anexo intelectual y emocional que une al sujeto con el acto delictivo.

El nexos es el fenómeno que se da entre dos entes; en la culpabilidad es la relación entre el sujeto y el delito, esto es, el nexos intelectual y emocional entre el sujeto y el delito.

4.13.1 FORMAS DE CULPABILIDAD

En la antigüedad, los penalistas consideraban especies de la culpabilidad al dolo y a la culpa, pero a partir de Frank, se les dio aceptación de los elementos.

Jiménez de Asúa nos dice: “las especies de la culpabilidad el dolo y la culpa, con las correspondientes subespecies no son características de aquélla, como Mezger ha creído ni formas de presentación. Constituyen auténticas especies en las que encarna conceptualmente el género abstracto culpabilidad. Y son las únicas especies. A fines del siglo quiso Löfler, seguido luego por Mricka, establecer una tripartición: dolo, prevención a sabiendas y mera culpa. Más tarde, Grossmann ha querido añadir otras de naturaleza fronteriza. Pero dolo y culpa son, en verdad, las únicas que existen.²⁹

Respecto al dolo y a la culpa, Edmundo Mezger dice: “Estas formas de culpabilidad son, a la vez, grados determinados de la culpabilidad y se encuentran, por lo tanto, en una determinada relación de orden son:

- a) La forma legal básica de la culpabilidad denominada habitualmente dolo (dolus).
- b) La unión especial entre estas dos formas fundamentales.

4.13.2 DOLO

Carmignani definió el dolo como el acto de intención más o menos perfecta, dirigido a infringir la ley, manifestada en signos exteriores.

Carrara, máximo representante de la Escuela Clásica, define el dolo como la intención más o menos perfecta de ejecutar un hecho que se sabe es contraria a la ley.

Para los positivistas el dolo requiere para su existencia de: voluntad, intención y fin.

Jiménez de Asúa piensa, “dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico, con consecuencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de la casualidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.”³⁰

Cuello Calón afirma: “dolo es la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso.”³¹

Para nosotros, el dolo consiste en el conocimiento de la realización de circunstancias que pertenecen al tipo, y voluntad o aceptación de realización del mismo.

4.13.3 CULPA

La culpa es la segunda forma de la culpabilidad, con base en el psicologismo.

Cuello Calón expresa: “Existe culpa cuando obrando sin intención y sin la diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.”³²

Para Mezger, “Actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado.”³³

Carrara, por su parte, expuesto que la culpa es una voluntaria omisión de diligencia, donde se calculan las consecuencias posibles y previsibles del mismo hecho.

Para su aplicación en nuestro sistema jurídico, nos basamos en lo establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación: “La esencia de la culpa radican obrar sin poner en juego las cautelas y precauciones exigidas por el Estado para evitar que se cause daño de cualquier especie.”³⁴ “Comete el delito

imprudente, quien en los casos previstos por la ley, cause resultado típicamente antijurídico, sin dolo, pero como consecuencia de un descuido por el evitable...”³⁵

El maestro Pavón Vasconcelos define la culpa como “aquel resultado típico y antijurídico, no querido y aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por usos y costumbres.”³⁶

Para la existencia de la culpa es necesario comprobar:

- a) La ausencia de la intención delictiva.
- b) La presencia de un daño igual al que pudiera resultar de un delito intencional.
- c) La relación de causalidad entre el daño resultante y la actividad realizada.
- d) Que el daño sea producto de una omisión de voluntad, necesaria, para preservar de un deber de cuidado, indispensable para evitar un mal. Esta omisión de la voluntad exige que el hecho sea previsible y prevenible.

La definición de culpa de Pavón Vasconcelos nos parece acertada, sólo sería deseable agregarle aspectos culturales, esto es, además de ser evitable, si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejable no sólo por los usos y la costumbre, sino también por la cultura del sujeto.

4.13.4 INCULPABILIDAD

La inculpabilidad es el aspecto negativo de la culpabilidad. Esta se va a dar cuando ocurren determinadas causas o circunstancias extrañas a la capacidad de conocer y querer, en la ejecución de un hecho realizado por un sujeto imputable.

La inculpabilidad operará cuando falte alguno de los elementos esenciales de la culpabilidad, ya sea el conocimiento, o la voluntad. Tampoco será culpable una conducta, si falta alguno de los otros elementos del delito o todo, sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia.

Todo excluyente de responsabilidad lo es, por que elimina uno de los elementos del delito; asimismo, habrá inculpabilidad siempre que por error o ignorancia inculpable falte tal conocimiento y siempre que la voluntad sea forzada de modo que no actúa libre y espontáneamente.

Quien realiza un hecho en apariencia delictivo, pero obra de esta manera por una fuerza física a la que no pueda resistir, no será culpable.

Se ha dicho que la inculpabilidad operará a favor del sujeto, cuando previamente medie una causa de justificación en lo externo o una de inimputabilidad en lo interno, por lo cual, para que sea culpable un sujeto, deben concurrir en la conducta el conocimiento y de la voluntad de realizarla.

Para algunos autores la inculpabilidad se dará sólo en el supuesto de error y en la no exigibilidad de otra conducta; sin embargo, otros penalistas consideran el error esencial de hecho y la coacción sobre la voluntad.

Asimismo, se han dado definiciones sobre las causas de inculpabilidad; dentro de las más destacadas encontramos la de Mayer, quien las llama causas de inculpabilidad o causas de exculpación excluyen la culpabilidad, es decir, son las que absuelven al sujeto en el juicio de reproche. Se ha considerado importante diferenciar a éstas, con las causas de inimputabilidad, señalando que en estas últimas el sujeto es psicológicamente incapaz para toda clase de acciones ya sea permanente o transitoriamente; en cambio el inculpable es completamente capaz, pero no le es reprochada la conducta, por que es resultado de un error o por no podersele exigir otra forma de actuar, por lo que en el juicio de culpabilidad se absuelve.

La base de la inculpabilidad es el error, teniéndose varios tipos de estos. Si se presenta la inculpabilidad, el sujeto no podrá ser sancionado, ya que para la existencia del delito, se requiere de la concurrencia de sus cuatro elementos: primero, se efectuó una acción; segundo, haya tipicidad, es decir, se adecuó la conducta a algún tipo penal; tercero, el acto se antijurídico y por último este mismo sea culpable.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO IV

1. Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal. Parte General, tomo I, 9ª ed., Ed. Nacional, México, 1961, p. 286
2. Jiménez de Asúa, Luis, Principios de Derecho Penal. La ley y el delito, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1990. p 210.
3. Abarca, Ricardo, El Derecho Penal Mexicano, Ed. Cultura, México, p. 337.
4. Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal, tomo I, 5ª ed. Ed. Temis, Bogotá, p. 317.
5. Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal; I, 5ª ed. Ed. Temis, Bogotá, 1989, p. 357.
6. Abarca, Ricardo, El Derecho Penal Mexicano, Ed. Cultura, México, p. 338.
7. Jiménez de Asúa, Luis, Principios de Derecho Penal. La ley y el delito, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1990, p. 214.
8. Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, 9ª ed., Ed. Editora Nacional, México, 1961, p. 288.
9. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal. Parte General, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988, p. 367.
10. Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal, tomo I, 5ª ed. Temis, Bogotá, p. 317.
11. Blasco y Fernández de Moreda Francisco, La tipicidad, la antijuricidad y la punibilidad como caracteres del delito en la noción técnica jurídica, Criminalia, IX, p. 443.
12. Landaburu, Laureano, El delito como estructura, Revista penal, I, núm. 1, p. 471.

13. Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, III, 2ª ed., Ed. Losada, S. A., Buenos Aires, 1958, p. 744.
14. Jiménez Huerta, Mariano, La tipicidad, Ed. Porrúa, México, 1955, p. 207
15. Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, 9ª ed., Ed. Editora Nacional, México, 1961, p. 288.
16. Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, III, 2ª ed., Ed. Losada, S. A., Buenos Aires, 1958, p. 940.
17. Beling, Ernst Von, Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito Tipo, 11ª ed., Ed. Desalma, Buenos Aires, 1944, p. 37.
18. Sauer, Guillermo, Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, 1956 p. 116.
19. Diccionario Jurídico Mexicano, V, Ed. Porrúa, S. A., México. 1985, p. 51.
20. Jiménez de Asúa, Luís, Principios de Derecho Penal. La ley y el delito, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1990, p. 324.
21. Jiménez de Asúa, Luís, Principios de Derecho Penal. La ley y el delito, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1990, p. 74.
22. Carrancá y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano. Parte General, Ed. Porrúa, México, 1967, p. 233. 23 23 Mezger, Tratado de Derecho Penal, II, Madrid, 1935, p. 56.
24. Liszt, Tratado de Derecho Penal, II, 3ª ed., Madrid, 1927, p. 400.
25. Baumann, Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistema, Ed. Desalma, Buenos Aires, 1973, p. 209.
26. Maggiore, Giuseppe, El derecho Penal. El Delito, I, 2ª ed., Ed. Temis, Bogotá, 1989, p. 451.
27. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal. Parte General, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1985, p. 189.
29. Jiménez de Asúa, Luis, La Ley y el Delito, Ed. Hermes, 1986, p. 358.
30. Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, V, Buenos Aires, 1956, p. 417.

31. Cuello Calón Eugenio, Derecho Penal, 9ª ed., Ed. Editora Nacional, México, 1961, p. 441.
32. Cuello Calón Eugenio, Derecho Penal, Tomo I, 18ª ed., Ed. Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1980, p 466.
33. Mezger, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, tomo II, 2ª ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949, p. 171.
34. Semanario Judicial de la Federación, tomo LVIII, Sexta época, Segunda parte, p 24-25.
35. Semanario Judicial de la Federación, vol. 83, Segunda parte, Séptima parte, p. 30-31.
36. Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, 2ª ed., Ed. Porrúa, S.A., México, 1967, p. 371.

CAPÍTULO V

CREACIÓN DEL TIPO PENAL AGRAVADO DE DESOVENDIENCIA ANTE LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

CAPITULO V

CREACION DEL TIPO PENAL AGRAVADO DE DESOBEDIENCIA ANTE LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

5.1 PUNIBILIDAD

La punibilidad es un elemento secundario del delito, que consiste en el merecimiento de una pena, en función o por razón de la comisión de un delito; dichas penas se encuentran establecidas en nuestro Código Penal.

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

Pavón Vasconcelos afirma que la punibilidad es la “amenaza de la pena, que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas dictadas para garantizar la permanencia del orden social”.¹

Bettioli define a la punibilidad como “el tratamiento de una consecuencia jurídica del delito.”² Mientras que Jiménez Asúa precisa que es “el carácter específico del crimen”,³ pues sólo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena.

Guillermo Sauer dice que la punibilidad “es el conjunto de presupuestos normativos de la pena, para la ley y la sentencia, de acuerdo con las exigencias de la Idea del Derecho”.⁴

Sebastián Soler sostiene que la punibilidad no es un elemento esencial del delito y lo considera como una consecuencia del mismo.

En la doctrina aún se discute si la punibilidad posee o no el rango de elemento esencial del delito, y al respecto Porte Petit nos dice: “Para nosotros que hemos tratado de hacer dogmática sobre la ley mexicana, procurando sistematizar los elementos legales extraídos de ordenamiento positivo, indudablemente la penalidad es un carácter del delito y no una simple consecuencia del mismo. El artículo 7° del Código Penal que define el delito como el acto u omisión sancionado por las leyes penales exige explícitamente la pena legal y no cabe decir que sólo alude a la garantía penal nulla poena sine lege, pues tal afirmación es innecesaria, ya que otra norma del ordenamiento jurídico, el artículo 14 constitucional, alude sin ninguna especie a la garantía penal. Tampoco cabe negar a la penalidad el rango de carácter del delito con base en la pretendida naturaleza de las excusas absolutorias. Se dice que la conducta ejecutada por el beneficiario de una excusa de esa clase, es típica, antijurídica y culpable y, por tanto, constitutiva del delito y no es penada por consideraciones especiales.

Sin embargo, cualquiera que sea la naturaleza de la excusa absoluta, obviamente, respecto a nuestra legislación, imposibilita la aplicación de una pena,

de suerte que la conducta por el beneficio de ella, en cuanto no es punible, no encaja en la definición del delito contenida en el artículo 7° del Código Penal”.⁵

5.2 AUSENCIA DE PUNIBILIDAD “EXCUSAS ABSOLUTORIAS”

Al aspecto negativo del delito se le llaman excusas absolutorias.

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

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

Para Kohler son circunstancias en las que, a pesar de subsistir la antijuricidad y la culpabilidad, queda excluida desde el primer momento la posibilidad de imponer la pena al autor.

Carrancá y Trujillo divide a las excusas absolutorias, desde el punto de vista subjetivo o escasa temibilidad que el sujeto revela y dice que son:

- a) Excusas en razón de los móviles afectivos revelados;
- b) Excusas en razón de la copropiedad familiar;
- c) Excusas en razón de la patria potestad o de la tutela;
- d) Excusas en razón de la maternidad consciente;
- e) Excusas en razón del interés social preponderante, y
- f) Excusas en razón de la temibilidad específicamente mínima revelada.”⁶

Las excusas en razón de los móviles efectivos revelados, son aceptadas, ya que la acción que el sujeto desarrolla “acredita en él nula temibilidad, pues el móvil que lo guía al delinquir es respetable y noble”.⁷ Algunos casos de estas excusas son: el encubrimiento de personas, que sean parientes ascendientes y descendientes consanguíneos o afines, el cónyuge y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad (art. 400). Otro caso es la evasión de presos, cuando sean parientes (art. 151).

Las excusas en razón de la copropiedad familiar, se han querido fundamentar en motivos de intimidad o en una supuesta copropiedad familiar. Actualmente ya no existen este tipo de excusas absolutorias en nuestro Código Penal.

Las excusas en razón de la patria potestad o de la tutela, tienen su sustento en el hecho de quienes ejercen la patria potestad pueden corregir y castigar a sus hijos de una manera mesurada y que a ellos les incube la educación conveniente de los hijos. Los artículos en el Código Penal que establecían esta excusa absoluta han sido delegados, razón por la cual ya no existen.

Las excusas en razón de la maternidad consciente, se refiere a que no es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación (art. 333 Código Penal). En el artículo

334 del Código Penal se estatuye que: “No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora”.

Las excusas en razón del interés social preponderante, se refiere a que debido al interés social vinculado al derecho profesional o al ejercicio de una función pública, es punible el no procurar e impedir por todos los medios lícitos que estén al alcance del sujeto, la consumación de los delitos que sepa van a cometerse o que estén cometiendo.

Las excusas en caso de injurias, difamación y calumnia se encuentran señaladas en el artículo 351 del Código Penal, que a la letra dice: “Al acusado de difamación no se le admitirá prueba alguna para acreditar la verdad de su imputación, si no en dos casos:

- I. Cuando aquélla se haya hecho a un depositario o agente de autoridad, o a cualquiera otra persona que haya obrado con carácter público, si la imputación fuere relativa al ejercicio de sus funciones, y
- II. Cuando el hecho imputado esté declarado cierto por sentencia irrevocable y el acusado obre por motivo de interés público o por interés privado, pero legítimo y sin ánimo de dañar.

En estos casos se librará de toda sanción al acusado, si probare su imputación”. El artículo 354 es su párrafo tercero establece que: “Cuando la queja

fuere de calumnia, se permitirán al reo pruebas de su imputación; y si está quedare probada se librará a aquél de toda sanción”, excepto cuando “exista una sentencia irrevocable que haya absuelto al calumniado del mismo delito que aquél le impute” (art. 358).

Por último, las excusas en razón a la temibilidad específicamente mínima revelada, respecto al robo, el Código Penal señala en el artículo 375 que: “Cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea restituido por el infractor espontáneo y pague este todos los daños y perjuicios, antes que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia.”

5.3 EQUIPARACIÓN ANALISIS DEL DELITO DE DESOBEDIENCIA AL DELITO SECUESTRO PARA EL CASO DEL PADRE QUE HA PERDIDO LA PATRIA POTESTAD DE SU HIJO POR SENTENCIA JUDICIAL CUANDO ESTE SE NIEGUE A CUMPLIR LA MISMA.

DELITOS CONTRA LA AUTORIDAD

DESOBEDIENCIA Y RESISTENCIA DE LOS PARTICULARES

ARTÍCULO 178.- Al que sin causa legítima, rehusare prestar un servicio de interés público a que la ley le obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad, se le aplicarán de quince a doscientas jornadas de trabajo a favor de la comunidad.

Delito cometido por quien rechace, sin tener excusa legal para ello, efectuar un acto o servicio de orden público y de carácter obligatorio por ley, o bien, no cumpla con una orden legítima de autoridad. La desobediencia y resistencia de particulares es, pues, un delito contra la autoridad que realizan aquellas personas que se nieguen a observar sus deberes de interés público señalados por la ley, o bien que desacatan las órdenes legítimas de una autoridad competente en ejercicio de sus funciones; el quebranto del orden jurídico, en este sentido, afecta al Estado de Derecho que nos rige, el cual prevé, constitucionalmente, la prestación justificada de servicios en interés colectivo que de manera obligatoria deben cumplir los gobernados, habida cuenta de estos dependen diversas cuestiones de beneficio social.

JURISPRUDENCIA: DESOBEDIENCIA DE PARTICULARES A UN MANDATO LEGÍTIMO DE AUTORIDAD. Esta Sala ha sostenido que “El delito de Resistencia al Cumplimiento de un Mandato Legítimo Ejecutado en forma Legal”, tutela la fase ejecutiva de un mandamiento proveniente de autoridad formalmente válido, lo que la ley pune es la resistencia a la material ejecución del mandamiento, sin que sea lícito al particular oponerse al mismo so pretexto de su ilegalidad intrínseca. Si pudiera el gobernado desobedecer una orden de autoridad cuando estuviera convencido de la falta de validez intrínseca, se romperá el principio de la autoridad y se convertirá el particular en juez de legalidad de las acciones de los órganos del estado: cada uno de los gobernados tendrá prácticamente una facultad de veto sobre los órganos de la autoridad, o lo que independientemente de los resultados

prácticos negativos para la convivencia social, resulta jurídicamente inadmisibles. La Ley establece una serie de formas y entre ellas la Suprema es el juicio de garantías, para atacar la validez de los actos de autoridad, pero nunca el gobernado podrá ser al mismo tiempo, destinatario y juez de un mandamiento”. Las ideas transcritas externadas por esta Sala en relación con el delito de resistencia, son también aplicables al delito de desobediencia, y debe entenderse que cuando la ley en su artículo 178 alude a un mandamiento legítimo de la autoridad, la legitimidad en cuestión se refiere a cuestiones formales y no a la validez intrínseca de dicho mandato.

Amparo directo 2519/73. Mario García Granados y Coags. 23 de noviembre de 1973. Unanimidad de votos. Ponente: Abel Huitrón y A. Séptima Época: Volumen 55, Segunda Parte, Pág. 51.

5.4 SECUESTRO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

Los ordenamientos penales de todos los pueblos cultos se refuerzan en tutelar la libertad del hombre, por ser dicho bien jurídico consustancial a su propia esencia y presupuesto básico de la vida humana. Libertad tanto significa como posibilidad de elegir, como posibilidad de optar en las relaciones interpersonales surgidas en la vida privada. Ésta posibilidad es atributo de la persona y no presupone capacidad de entender y de querer ni está sujeta a las reglas del Derecho Privado que regula la capacidad de obrar.

El Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 366 se completa el delito de secuestro de la siguiente manera:

Artículo 366.- Al que prive de la libertad a otro se le aplicará:

I.- De quince a cuarenta años de prisión y de quinientos a dos mil días multa, si la privación de la libertad se efectúa con el propósito de:

- a) Obtener rescate;
- b) Detener en calidad de rehén a una persona y amenazar con privarle de la vida o causarle daño, para que la autoridad o un particular realice o deje de realizar un acto cualquiera; o,
- c) Causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a cualquier otra;

II. De veinte a cuarenta años de prisión y de dos mil a cuatro mil días multa, si en la privación de la libertad a que se hace referencia en la fracción anterior concurre alguna o algunas de las circunstancias siguientes:

- a) Que se realice en camino o en lugar desprotegido o solitario;
- b) Que el autor sea o haya sido integrante de alguna institución de autoridad pública, o se ostente como tal sin serlo;
- c) Que quienes lo lleven acabo obren en grupo de dos o más personas;
- d) Que se realice con violencia; o,

e) Que la víctima sea menor de dieciséis 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.

III. Se aplicarán de veinticinco a cincuenta años de prisión y de cuatro mil a ocho mil días multa, cuando la privación de libertad se efectúe con el fin de trasladar a un menor de dieciséis años fuera de territorio nacional, con el propósito de obtener un lucro indebido por la venta o la entrega del menor.

Se impondrá una pena de treinta a cincuenta años de prisión al o a los secuestradores, si a la víctima del secuestro se le causa alguna lesión de las previstas en los artículos 291 a 293 de este código.

En caso de que el secuestrado sea privado por su o sus secuestradores, se aplicará pena de hasta setenta años de prisión.

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 al que se refieren las fracciones I y III de este artículo y sin que se haya presentado alguna de las circunstancias previstas en la fracción II, la pena será de dos a seis años y de cincuenta a ciento cincuenta días multa.

En los demás casos en que espontáneamente se libere al secuestrado, sin lograr alguno de los propósitos a que se refieren las fracciones I y III de este artículo, las penas de prisión aplicables serán de cinco a quince años y de doscientos cincuenta hasta quinientos días multa.

5.5 FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DEL ARTÍCULO DE DESOBEDIENCIA

Todos los mandatos de autoridad suponen legitimidad de orden y la consecuente obligación legal de cumplirla, ya sea que esta obligación se contenga expresa o implícitamente en una norma jurídica, siendo indispensable este requisito habida cuenta que los deberes impuestos a los gobernados sólo pueden derivar de una norma.

El Código penal para el Distrito Federal contempla en su artículo 178 el delito de Desobediencia y Resistencia de los Particulares:

Artículo 178.- Al que, sin causa legítima, rehusase a prestar un servicio de interés público a que la Ley le obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad, se le aplicarán de quince a doscientas jornadas de trabajo a favor de la comunidad

Al que desobedeciere el mandato de arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica, dictados por autoridad judicial

competente, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de diez a doscientos días multa.

5.6 PROCESO LEGISLATIVO PARA LA CREACION DEL TIPO PENAL AGRAVADO DE DESOBEDIENCIA ANTE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

El Supremo Poder de la Federación, de acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los cuales no pueden reunirse en una sola persona o corporación.

A su vez, el Poder Legislativo de los Estados Unidos Mexicanos se deposita en un Congreso General, que se divide en dos Cámaras, una de Diputados y otra de Senadores. El Congreso de la Unión es concebido como el órgano de la pluralidad democrática por excelencia, pues en él convergen las principales corrientes políticas e ideológicas de nuestro país.

El Congreso de la Unión celebra anualmente dos periodos de sesiones ordinarias; el primero de ellos comprende del 1° de septiembre hasta el 15 de diciembre, excepto cuando el Presidente de la República inicia su encargo en la fecha prevista por el artículo 83, en cuyo caso las sesiones pueden extenderse

hasta el 31 de diciembre; y el segundo se celebra a partir del 15 de marzo y hasta el 30 de abril.

El Congreso o una sola de las Cámaras, cuando se trate de un asunto exclusivo, se reunirá en sesiones extraordinarias, cada vez que convoque para ese objeto la Comisión Permanente; pero en ambos casos sólo se ocuparán del asunto o asuntos que la propia Comisión sometiese a su conocimiento, los cuales se expresarán en la convocatoria respectiva.

Ambas Cámaras tienen como propósito fundamental el análisis, discusión y aprobación de las normas que constituyen nuestro sistema jurídico.

El proceso legislativo federal se rige por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley Orgánica, el Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, y por los acuerdos parlamentarios adoptados por la mayoría de los miembros de cada Cámara. La Carta Magna precisa que el derecho de iniciar leyes y decretos compete: a) al Presidente de la República; b) a los diputados y senadores al Congreso de la Unión; y c) a las legislaturas de los estados.

La formación de leyes y decretos puede iniciarse indistintamente en cualquiera de las dos Cámaras, observándose el Reglamento de Debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones, con excepción de los proyectos que versaren sobre empréstitos, contribuciones o

impuestos, o sobre reclutamiento de tropas, los cuales deberán discutirse primero en la Cámara de Diputados

CÁMARA DE ORIGEN

Se habla de Cámara de origen para referirse a la que inicia el procedimiento legislativo y de Cámara revisora cuando se refiere a la que recibe la propuesta que ya ha sido aprobada por dicha Cámara de origen.

GACETA PARLAMENTARIA

Los senadores integrantes de la LVIII Legislatura aprobaron un acuerdo de la Mesa Directiva, por el que se creó la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Senadores como medio de difusión al que incluso se puede acceder a través de la red electrónica. De esta manera, la iniciativa de proyecto de ley o decreto se remitirá a dicho órgano para su publicación el día en que haya de ser presentada al pleno, y el Presidente de la Mesa Directiva determinará el turno a las comisiones que correspondan de acuerdo con su naturaleza o materia. La Presidencia de la Comisión encargada de dictaminar dará entrada formal al texto debidamente documentado y fundado, en el cual se establecen los motivos o consideraciones que llevaron a los autores a proponer tal ley o decreto.

Es práctica parlamentaria que en el seno de la Comisión se integre una Subcomisión redactora, la cual se encarga de elaborar el anteproyecto de dictamen para su presentación y en su caso aprobación en la propia Comisión.

El dictamen debe contener una parte expositiva de las razones en que se funde y concluir con proposiciones claras y sencillas que puedan sujetarse a votación.

Los dictámenes de cada una de las Comisiones deberán presentarse firmados por la mayoría de los individuos que las componen; en caso de existir disenso de uno o más miembros se presentará voto particular por escrito, el cual deberá remitirse de manera conjunta con el dictamen. En materia parlamentaria se denomina voto particular a la expresión formal que el legislador realiza sobre determinado asunto, con independencia de la opinión general, ya sea ésta en sentido positivo o bien negativo. Es entonces, la emisión de razones, argumentos y puntos de vista que un parlamentario sostiene de manera personal y los cuales desea queden asentados.

DICTAMEN

Una vez elaborado el dictamen se notifica al Presidente de la Mesa Directiva de la Cámara para que en uso de sus facultades legales programe su inclusión en el orden del día y en la Gaceta Parlamentaria, para su presentación ante el Pleno de la Asamblea.

Los dictámenes son sujetos a dos lecturas, que se realizan ante el Pleno por parte de la Secretaría de la Mesa Directiva. En la práctica, el día en que se hacen del conocimiento de los miembros de la Cámara quedan de primera lectura y es hasta una sesión posterior en donde se da la segunda lectura, discusión y votación de los dictámenes.

DISCUSIÓN

Todo proyecto de ley o decreto se discute primero en lo general, esto es, en su conjunto, y después, en lo particular, cada uno de sus artículos. La discusión se da alternativamente en contra y en pro, comenzando por el inscrito en contra. Los individuos de la Comisión y los autores de la propuesta podrán hablar en más de dos ocasiones, mientras el resto sólo tendrá dos intervenciones. Asimismo, tienen derecho de intervención los individuos para hechos o alusiones personales, por un tiempo límite de cinco minutos.

Terminada la lista de oradores el Presidente preguntará a la Asamblea mediante votación económica si el asunto se considera suficientemente discutido, si así se considera, se procederá a la votación, en caso contrario continuará el debate, pero bastará que hable uno en pro y otro en contra para repetir la pregunta.

VOTACIÓN

Declarado un proyecto suficientemente discutido en lo general, se procederá a votarlo en tal sentido, y si es aprobado, se discutirán enseguida los artículos en particular. En caso de no ser aprobado, se preguntará, en votación económica, si vuelve o no todo el proyecto a la Comisión. Si la resolución fuere afirmativa, volverá, en efecto, para que lo reforme; mas si fuere negativa, se tendrá por desechado.

En cuanto a la discusión en lo particular, terminada ésta, se preguntará si ha lugar la votación; en caso afirmativo se votará, y en caso negativo se devolverá el artículo a la Comisión.

Aprobado un proyecto en la Cámara de origen, pasará para su discusión a la otra, cuando no se trate de alguna de las facultades exclusivas de una sola Cámara. Los proyectos deberán ir firmados por el Presidente y dos Secretarios, acompañados del expediente respectivo, del extracto de la discusión y demás antecedentes que se hubieran tenido a la vista para resolverlos.

CÁMARA REVISORA

La Cámara revisora recibe la Minuta del Dictamen con Proyecto de Decreto y lleva a cabo el mismo procedimiento de estudio, dictamen, discusión y aprobación seguido por la Cámara de origen.

Si algún proyecto de ley o decreto fuese desechado en su totalidad por la Cámara de revisión, volverá a la de origen con las observaciones que aquélla le hubiese hecho. Si examinado de nuevo, fuese aprobado por la mayoría absoluta de los miembros presentes, volverá a la Cámara que lo desechó, la cual lo tomará otra vez en consideración, y si lo aprobare por la misma mayoría, pasará al Ejecutivo para su publicación, pero si lo reprobare, no podrá volver a presentarse en el mismo periodo de sesiones.

Si un proyecto de ley o decreto fuese desechado en parte, o modificado, o adicionado por la Cámara revisora, la nueva discusión en la Cámara de origen versará únicamente sobre lo desechado o sobre las reformas o adiciones, sin poder alterarse en manera alguna los artículos aprobados. Si las adiciones o reformas hechas por la Cámara revisora fuesen aprobadas por la mayoría absoluta de los votos presentes en la Cámara de origen, se pasará todo el proyecto al Ejecutivo. Si las adiciones o reformas hechas por la Cámara revisora fueren reprobadas por la mayoría de votos en la Cámara de origen, volverán a aquélla para que tome en consideración las razones de ésta, y si por mayoría absoluta de votos presentes se desecharen en esta segunda revisión dichas adiciones o reformas, el proyecto, en lo que haya sido aprobado por ambas Cámaras, se pasará al Ejecutivo Federal. Si la Cámara revisora insistiere, por la mayoría absoluta de votos presentes, en dichas adiciones o reformas, todo el proyecto podrá presentarse hasta el siguiente periodo de sesiones, a no ser que ambas Cámaras acuerden, por la mayoría absoluta de sus miembros presentes, que se expida la ley o decreto sólo con los artículos aprobados, y que se reserven

los adicionados o reformados para su examen y votación en las sesiones siguientes.

Resuelta la iniciativa por la Cámara revisora queda sancionada como ley o Decreto, y se procede a la integración del expediente final con el documento legislativo acabado y original que firman los representantes de las Mesas Directivas de ambas Cámaras.

PROMULGACIÓN

El Presidente de la República, al recibir el decreto aprobado por el Congreso cuenta con dos opciones: a) realizar observaciones al decreto aprobado, en cuyo caso lo remitirá a la Cámara de origen para su estudio, dentro de los diez días útiles, a no ser que corriendo ese término, hubiere el Congreso cerrado o suspendido sus sesiones, en cuyo caso la devolución deberá hacerse el primer día útil en que el Congreso esté reunido, o b) Promulgarlo y entonces mandarlo publicarlo para que se observen y cumplan las disposiciones que contenga la ley.

Tratándose del procedimiento para realizar reformas constitucionales, una vez aprobado el decreto por las dos terceras partes de los individuos presentes de ambas Cámaras del Congreso de la Unión, se remite a las Legislaturas de los Estados, de acuerdo con lo establecido por el artículo 135 Constitucional. A partir de ese momento las Cámaras del Congreso o la Comisión Permanente en su

caso, reciben las comunicaciones de los Congresos Locales, manifestando su aprobación o rechazo al decreto referido a efecto de realizar el computo de las mismas y la declaratoria correspondiente.

En caso de ser aprobado el Decreto se remite al Ejecutivo de la Unión para su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

PUBLICACIÓN EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN

Las leyes son publicadas en el Diario Oficial de la Federación, el cual es el órgano de difusión con que cuenta el Ejecutivo Federal, a efecto de dar a conocer las resoluciones aprobadas por el Congreso, entre otras informaciones.

5.7 CREACIÓN DEL TIPO PENAL DE DESOBEDIENCIA DE UNO DE LOS PADRES ANTE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD DEL HIJO.

Se sancionara con 3 a 8 años de prisión y multa hasta de un mil salarios minimos, al padre de un menor que habiendo perdido la patria potestad de uno o más hijos, que habiéndole sido notificada la sentencia ejecutoria en forma legal, se niegue sin justificación que sea reconocida por la ley a entregar al menor al cónyuge o padre que legalmente haya obtenido la patria potestad o custodia de un menor.

Se aplicara la mitad de la sanción prevista en este artículo a los ascendientes o parientes hasta el cuarto grado, que ayuden o escondan al menor.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO V

1. Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General, 2ª ed., Ed. Porrúa, S.A., México, 1967, p. 395.
2. Bettioli, Diritto Penale. Parte General, Palermo, 1945, p. 139.
3. Jiménez de Asúa, Luis, Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito, 3ª ed., Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1990, p. 426.
4. Sauer, Guillermo, derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, 1956, p. 36.
5. Porte Petit Candaudap, Celestino, Importancia de la Dogmática Jurídico-penal, Ed. Porrúa, S.A., México, 1954. p. 59.
6. Carrancá y trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano. Parte General, 8ª ed., Ed. Libros de México, S.A., México, 1967, p. 378.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

1.- La patria potestad es una institución jurídica en constante transformación. Aparece en el decurso de la historia como consecuencia del triunfo de la filiación paterna sobre el derecho materno. Su origen se encuentra en las sociedades patriarcales. Algunos de los aspectos que inciden en su perfil actual son : 1) Organización de la familia con base en la idea de poder (Derecho Romano), 2) Reconocimiento a la personalidad y dignidad del menor, 3) Institucionalización del poder paterno como sistema de derechos y obligaciones (Código de Napoleón-individualismo), 4) Reconocimiento de la mujer como titular de la patria potestad (feminismo), y 5) Interés del estado en el desarrollo de las instituciones para atención de la infancia (época actual).

2.- Determinar el alcance de la patria potestad, supone delimitar su contenido con la base en el texto y contexto de la ley. En tanto conjunto de derechos deberes, a cargo de los padres a favor de los hijos, la patria potestad se deja ver como un sistema cerrado, que no reconoce otros derechos que los que están expresamente previstos con la ley; sin embargo, como no toda controversia derivada de la relación paterno-materno, filial tiene un referente legal expreso lo conducente es resolverla con base a ellos principios generales del derecho, con lo cual se abre la posibilidad de aplicar o restringir el marco jurídico de la patria potestad más allá de su reglamentación explícita.

3.- La ley señala con precisión cuales son los derechos-deberes a cargo de los padres, empero, no los define. Esto, lejos de ser una insuficiencia, es indicativo de que no ha sido la intención del legislador diseccionarlos, si no los que ha dejado intencionalmente abiertos para que sean los padres a quien en su caso ejerza la patria potestad, quienes fijan, el ejercicio cotidiano de su función, su contenido y alcance, con lo cual se les reconoce un ámbito de autonomía privada que se traduce en un poder de elección o decisión sobre el modo o la forma en que han de dar cumplida realización de los deberes que la ley impone. En caso de controversia corresponderá hacer la calificación al juez de lo familiar conforme a su prudente arbitrio. En este ultimo sentido tiene cabida hablar del alcance de los derechos-deberes que conforman la patria potestad.

4.- Los derechos de la patria potestad y custodia tienen como presupuesto el domicilio del menor, que no es sino el domicilio de quienes ejercen la patria potestad, es decir, el lugar donde estos residen habitualmente. Y es un presupuesto, por que los deberes que la ley asigna a los padres o a quien los suple en el ejercicio de la patria potestad, ha sido por que la misma ley ha determinado al menor en la casa de aquellos; de otra manera no se entendería como tendrían que cumplir los padres con todos y cada uno de dichos deberes, el derecho a domiciliar al hijo, constituye además, a fijar el limite y la intensidad de los derechos deberes de guarda y custodia, si se toma en cuenta que la ley no establece una medida exacta para su ejercicio, con la cual quiero decir que si la residencia es habitual, los derechos de guarda y custodia han de ejercerse

también de manera habitual o permanente, pero no incesante, ni interrumpida, ni mucho menos esporádica.

5.- Comprendemos como se ha expresado a través de este estudio que el objeto principal del Derecho en general no es solamente la sistematización del ejercicio del poder coactivo del estado, si no que más profundamente que eso su inspiración deviene del más alto valor ético y cultural para realizar su finalidad primordial, de carácter mediato, que es la obtención de la paz y la seguridad social.

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 objeto inmediato la creación y conservación del orden social. Es público por normar relaciones entre el poder y los gobernados; y se considera interno por que esta dirigido a los súbditos, dentro de los límites jurisprudenciales del Estado.

La potestad punitiva (JUS PUNIENDI) compete exclusivamente al Estado y se ejercita en la defensa de bienes jurídicos tenidos por fundamentales que el delito lesiona; como: la vida, la integridad corporal, la libertad, el patrimonio, la incorruptividad de la función pública, la seguridad estatal, y muchos más.

Actualmente predomina la tendencia de reconocer en el Derecho Penal una función más preventiva que retributiva. Existe una función preventiva especial, que consiste en la advertencia, a través de la comunicación penal de la ley a través de

la ejecución pronta, efectiva, justa y expedita de las mismas, en caso de haberse producido la infracción , no obstante la amenaza formulada por la Ley.

Existe también una prevención especial que se hace efectiva en las modalidades de individualización de la pena en la sentencia que la aplica; y en las modalidades de la ejecución de la sentencia por los órganos administrativos correspondientes, de modo que resulte idónea para el sujeto, las condiciones que lo conduzcan a abstenerse en un futuro de la comisión de nuevos delitos.

6.- Las fuentes reales son determinantes sociales, éticos, políticos y económicos que originan el surgimiento de las normas jurídicas. Así, por ejemplo en el caso de la Legislación, encuéntrase determinado por las situaciones reales que el legislador debe regular, las necesidades económicas o culturales de las personas a quienes la ley esta destinada y sobre todo, la idea del derecho y las exigencias de la justicia, la seguridad y el bien común. Todos estos factores y muchos otros del mismo tipo, determinan la materia de los preceptos jurídicos y, en tal sentido, asumen el carácter de fuentes reales.

En cuanto a la anterior apreciación encontramos el fundamento en el cual se basan los órganos legislativos para emprender una jornada de creación, modificación y agravación de determinadas leyes, que en nuestro caso es penal.

Nuestra sociedad tiende a transformarse y muchos son los fenómenos sociales que se hacen presentes, dentro de estas expresiones sociales muchas se

convierten en delitos, algunos nuevos, y otros son conductas ya tipificadas pero novedosas en cuanto a su ejecución. Éstas “**novedades delictivas**” que en la mayoría de los casos por no decir en todas las circunstancias de ejecución se manifiestan cada vez más agresivas en contra de la sociedad; por eso la sociedad en un momento determinado puede manifestarse a favor de la modificación de determinada ley, que ante todo tiene la finalidad de asegurar la convivencia social en un marco de respeto, justicia, seguridad y protección.

Lo anterior nos significa que la sociedad en determinado momento se puede encontrar consternada por la realización de determinadas conductas criminales, que por su excesiva agresividad en su comisión o por la frecuencia de realización, que en cierto momento histórico presenta; tienda a externar su inconformidad.

7.- En la medida en que los mecanismos de protección y aseguramiento del individuo, que vive en la sociedad se perfeccionen y, de esa manera provocarle un sentimiento de resguardo, podremos hablar de seguridad jurídica.

El asegura la existencia de ciertos comportamientos en la vida social es necesario para la subsistencia de la misma vida social. Para que exista paz es necesario que los miembros de la sociedad respeten los bienes y la vida ajena s, y por eso es necesario asegurare, conminando con la coacción pública, que dichos comportamientos han de llevarse a cabo.

La seguridad jurídica es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si estos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación.

Desde el punto de vista subjetivo podemos decir que la seguridad jurídica equivale a la certeza moral que tiene el individuo de que sus bienes le serán respetados; pero esta convicción no se produce si de hecho no existen en la vida social las condiciones requeridas para tal efecto:

- a) La organización Judicial;
- b) El cuerpo policial;
- c) Leyes apropiadas, etc.

Ésa certeza moral no se da cuando el individuo se siente amenazado en sus intereses y derechos por la falta de los mecanismos adecuados para su protección. Así, es que la modificación y creación de nuevos y mejorados preceptos legales en los asuntos en los que el individuo de una sociedad determinada se siente agredido, en un paso más para lograr la seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFIA

BAQUEIRO ROJAS EDGARD Y BUENROSTRO BAEZ ROSALIA. DERECHO DE FAMILIA Y SUSCESIONES. Ed. HARLA, MEXICO.1990. Pp. 486.

CARDNA ARIZMENDI Y OTRO. CODIGO PENAL COMENTADO DEL ESTADO DE GUANAJUATO. 3ª ed. Ed. ORLANDO CARDENAS S.A. DE C.V. IRAPUATO, GUANAJUATO. 1998. Pp. 405.

CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. DRECHO PENAL MEXICANO PARTE GENERAL.11ª ed. Ed. PORRUA. MEXICO 1977. Pp. 904.

CASTELLANOS TENA FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DEL DEREHO PENAL. 43ª ed. Ed. PORRUA. MEXICO 2002. Pp. 359.

CHAVEZ ASECIO MANUEL F. LA FAMILIA EN EL DERECHO. 2ª ed. Ed. EDITORIAL PORRUA S.A., MEXICO 1990. P.p. 15.

DE PINA RAFAEL. DICCIONARIO DE DERECHO. 17ª ed. Ed. PORRUA. MEXICO 1989. Pp. 320.

DE PINA RAFAEL. ELEMENTOS DEL DERECHO CIVIL MEXICANO, INTRODUCCION A LAS PERSONAS Y FAMILIA, VOLUMEN I. 17ª ed. Ed. PORRUA. Pp. 387.

LOPEZ BETANCOURT EDUARDO. INTRODUCCION AL DERECHO PENAL. 5ª ed. Ed. PORRUA. MEXICO 1997 P.p. 281.

ORELLANA WIERCO OCTAVIO ALBERTO. TEORIA DEL SISTEMA CASUALISTA Y FINALISTA. 1ª ed. Ed. PORRUA. Pp.179.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL. INTRODUCCION PERSONAS Y FAMILIA. Ed. PORRUA. MEXICO. 1984. Pp. 523.

VELA TREVIÑO SERGIO. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD,
TEORIA DEL DELITO. Ed. TRILAS. MEXICO D.F. 1973. Pp. 415.

LEGILACION

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS CONSTITUCION POLITICA.

CODIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL
ESTADO DE GUANJUATO.