



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE
FACULTAD DE DERECHO**

Con Estudios Incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México

CLAVE: 8793-09

**“LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES EN LA
COMISIÓN DE LOS DELITOS DE LOS MENORES”**

TESIS

Que para obtener el título de
LICENCIADA EN DERECHO

Presenta:

MARÍA MAETZIN FUENTES RODRÍGUEZ

Asesor:

LIC. FRANCISCO GUTIÉRREZ NEGRETE

CELAYA, GTO.

JUNIO 2011.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

A Dios, quien me da la sabiduría la fuerza interior para dirigir cada paso de mi vida, aun en los momentos más difíciles.

A mis padres, Yolanda y José, porque solo la superación de mis ideales me han permitido comprender la posición y responsabilidad de ser padre. Mis valores y educación se las debo a ustedes; esto será la mejor de las herencias, lo reconozco y les agradeceré eternamente. En adelante prometo poner en práctica lo que me enseñaron en cualquier lugar donde me encuentre. Gracias por su sacrificio y esfuerzo constante y en algún tiempo incomprendido, a quienes la ilusión de su vida ha sido convertirme en una persona de provecho, mi esfuerzo es inspirado en ustedes, este logro también es suyo con todo mi amor.

A mi esposo, Pedro, por su amor y apoyo incondicional que me brinda en cada momento, y por haber significado la inspiración que necesitaba para terminar esta meta profesional durante los momentos difíciles, por ser paciente y enseñarme a no temer en los nuevos retos, por ser un gran ser humano, te dedico este trabajo con todo mi amor.

A mis hermanas, Tania y Cynthia, por ser parte de mi vida, por todos los momentos compartidos, por estar siempre a mi lado, por que cada día compartimos en esta nueva etapa de nuestras vidas con un cariño mas profundo, les dedico este trabajo de corazón, esperando sea también una inspiración para que continúen superándose.

A mi amiga Sol, por enriquecer mi vida con su amistad, por recordarme que hay personas valiosas en el mundo y por estar en mi vida. Por compartir sus conocimientos y apoyo incondicional para realizar este proyecto aun con la distancia de por medio, por sus consejos y ánimos para concluir este proyecto, con cariño te dedico este trabajo.

A mi asesor, Lic. Juan Francisco Gutiérrez Negrete, sinceramente le agradezco su disposición para la realización de esta tesis a pesar de la distancia, por ser un gran profesor y excelente persona, por su tiempo y sus conocimientos compartidos, le dedico con mucho afecto este trabajo.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

LA FAMILIA

1.1 La Familia	1
1.1.1. Concepto Biológico, sociológico y jurídico.....	2
1.2. Denominaciones diversas de la familia	5
1.3. Parentesco	17
1.4. Matrimonio	21
1.5. Filiación	32
1.5.1. La patria potestad.....	34
1.5.2. La adopción.....	39

CAPÍTULO SEGUNDO

TEORÍA DEL DELITO (ELEMENTOS OBJETIVOS)

CONDUCTA, TIPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD.

2.1. La conducta y su ausencia.....	51
2.1.1. Concepto de Conducta.....	54
2.1.1.2. Ausencia de conducta	57
2.1.2. La acción	59
2.1.2.1. Elementos de la acción	61
2.1.3. La omisión	65

2.1.3.1. Concepto.....	66
2.1.3.2. Clases	66
2.1.3.3.Elementos de la omisión	67
2.1.3.4. Diferencias fundamentales entre las clases de Omisión.	68
2.2 Tipicidad y su ausencia.....	69
2.2.1. Definición de Tipo y Tipicidad.....	71
2.2.2. Elementos del Tipo.....	71
2.2.3. Principios generales de la Tipicidad	74
2.2.4. Clasificación de los delitos en orden al Tipo.....	74
2.2.5 Atipicidad	78
2.3. Antijuridicidad y su Ausencia	79
2.3.1. Noción de antijuridicidad	80
2.3.2. Antijuridicidad Formal y Material.....	82
2.3.3. Causas de Justificación	83
2.3.3.1. Cumplimiento de un deber y Ejercicio de un Derecho..	86
2.3.3.2. Consentimiento del sujeto pasivo.....	87
2.3.3.3. Legítima Defensa	88
2.3.3.4. Estado de Necesidad	92

CAPÍTULO TERCERO

TEORÍA DEL DELITO (ELEMENTOS SUBJETIVOS)

IMPUTABILIDAD, CULPABILIDAD

3.1. La Imputabilidad y su Ausencia	95
3.1.1. Concepto de Imputabilidad	95
3.1.1.1. La imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad .	97
3.1.2. Elementos de la imputabilidad	100
3.1.3. La inimputabilidad	100

3.1.3.1. Causas de inimputabilidad	101
3.2. La culpabilidad y su ausencia.	103
3.2.1. Concepto de culpabilidad	104
3.2.2. Elementos de la culpabilidad	106
3.2.3. Formas de culpabilidad	107
3.2.3.1. El Dolo.....	108
3.2.3.1.1. Elementos del Dolo	110
3.2.3.1.2. Clases de Dolo.....	110
3.2.3.2. La culpa.....	112
3.2.3.2.1. Elementos de la Culpa	114
3.2.3.2.2. Clases de Culpa.....	115
3.2.4. La inculpabilidad	116
3.2.4.1. Causas de inculpabilidad	117
3.2.4.1.1. El Error.....	118
3.2.4.1.2. La coacción.....	124

CAPÍTULO CUARTO

PUNIBILIDAD

4.1. Concepto de Punibilidad	126
4.1.1. Distinción de Conceptos	127
4.2. Penas y medidas de seguridad	128
4.2.1. Variación de la pena.....	129
4.2.2. La punibilidad, elemento o consecuencia del delito.....	130
4.2.3. Excusas Absolutorias	132
4.2.4. Clasificación de las excusas absolutorias	135

CAPÍTULO QUINTO

EL MENOR INFRACTOR

5.1. Antecedentes Históricos.....	138
5.2. La violencia	145
5.3. Concepto de Delincuencia	157
5.3.1. La delincuencia juvenil	159
5.4. Las pandillas y su regularización ante la ley	165
5.5. Menores infractores	171
5.5.1. Menores infractores en la frontera sur.....	173
5.6. Las diferentes legislaciones.	177
5.7. Responsabilidad de los padres de los menores infractores.	181

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Analizando la nueva Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Guanajuato, publicada en el Diario Oficial del Gobierno del Estado, el 1º de agosto de 2006, con entrada en vigor el 12 de septiembre del mismo año, encontré que tiene como finalidad respetar los derechos de los menores de edad, entendiendo por estos los mayores de 12 y menores de 18 años, sancionado de manera especial la conducta considerada como delito, sin embargo para mi muy particular punto de vista, dicha ley deja de considerar la responsabilidad que tienen los padres de familia, tutores, curadores o quien ejerza la patria potestad, de la comisión de hechos considerados como delictuosos por sus pupilos, esto tomando en cuenta que la conducta, hábitos y costumbres de los menores de edad son posible como consecuencia de la educación, la vida que se les ofrezca y la educación que reciben de estos, además aclarando que el cuidado y la educación de estos niños y jóvenes que están bajo el ejercicio de la patria potestad, es un derecho de sus titulares, pero que además constituye una obligación para quienes la ejercen y el Estado debe velar por su estricto cumplimiento.

No debemos perder de vista que el problema de la pobreza es un factor determinante para que cada día haya mas familias disfuncionales, pues ésta trae como consecuencia la falta de educación de los menores, pues éstos deben de salir a trabajar a muy temprana edad, encontrándose en

el campo laboral la falta de oportunidades, las cuales las encuentran dentro de organizaciones delictivas incluyendo el crimen organizado, razón por la cual a partir de la entrada en vigor de la ley en mención en supra líneas, se ha visto un aumento considerable, que en la comisión de hechos delictivos participen menores de edad.

Por lo anteriormente dicho, podemos decir que en la mayoría de los casos de conducta de los menores de edad, es consecuencia de la pobreza, la educación, el ambiente en el que se desenvuelven, circunstancias y en general de la cultura obtenida en el núcleo familiar, y más aún cuando son los mismos padres los que mandan a sus hijos a delinquir y al denotar esto como una actividad negativa ante la sociedad, debe presuponerse la necesidad de cambiarse la ley en estudio de la presente, y no necesariamente se responsabilice únicamente al menor infractor por sus hechos, pues no será suficiente la sanción y la reparación del daño para evitar que exista la reincidencia del menor en la comisión del delito, sino además responsabilizar penalmente a los padres, tutores, curadores o quien ejerza la patria potestad, a través de un nuevo tipo penal, esto con la finalidad de prevenir y controlar las conductas del menor consideradas como delitos, asegurándose así que cumplan con sus obligaciones de educar y proteger convenientemente a los menores a su cargo, considerando además la obligación del Estado de velar por su estricto cumplimiento.

CAPÍTULO PRIMERO

LA FAMILIA

1.1 LA FAMILIA

Los grupos familiares han existido en todas las culturas a lo largo de la historia del hombre, y dieron origen a diversos tipos de familia 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 le ha considerado como la célula primaria de la sociedad, como el núcleo inicial de toda organización social, como el medio en el que el individuo logra su desarrollo, tanto físico y psíquico como social. También se le ha señalado como la unidad económica que constituye la base de la seguridad material del individuo, a través de sus diversas etapas de desarrollo, primero en el seno de la familia dentro de la cual nace y posteriormente en el de la familia que hace.

En este sentido, el concepto de familia está enfocado desde el punto de vista de su origen, pero puede tener diversas acepciones, dependiendo del enfoque que se le dé, si se analiza a partir de su

evolución histórico-social, o bien en razón de sus efectos, entendidos estos como los derechos y obligaciones que vinculan a sus miembros.

1.1.1 CONCEPTO BIOLÓGICO, SOCIOLOGICO Y JURÍDICO.

Concepto biológico

El primer enfoque nos coloca frente a un concepto biológico de la familia, que desde este ángulo deberá entenderse como “el grupo constituido por la primitiva pareja y sus descendientes sin limitación”.¹

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

Concepto sociológico

La segunda perspectiva nos enfrenta a un concepto cambiante en el tiempo y en el espacio, pues los conglomerados familiares se han

¹ BAQUEIRO ROJAS EDGAR y BUENROSTRO BAEZ ROSALIA, Derecho de Familia y Sucesiones. 1ª ed. Ed. Oxford México 2004. Pág. 8.

organizado de diferentes maneras a través de las diversas épocas y en los distintos lugares.

En algunos casos, como el de las sociedades llamadas industriales, su organización ha correspondido a la estructura de la denominada “familia nuclear”, que se encuentra compuesta exclusivamente por la pareja y sus descendientes inmediatos. Éstos, al unirse con los miembros de otra familias, forman una nueva y, aunque vivan separadas, se encuentran engranadas, de una forma típica, en redes alargadas de familiares por diversas partes. En otros casos, como sigue ocurriendo en las comunidades agrícolas y pastoriles tradicionales, los familiares se agrupan en diversas parejas y sus descendientes pertenecen siempre a la pareja originaria, familia del fundador, o del *pater*. En estas circunstancias, es posible que tres o más generaciones, y personas adicionales vivan juntas como una unidad familiar, originando así, la denominada “familia en sentido extenso”. Los integrantes de este tipo de familia no siempre estuvieron unidos por vínculos de sangre y matrimonio como fue el caso de los siervos y clientes que vivieron bajo el mismo techo, por ejemplo la familia romana.

De aquí que los conceptos biológico y sociológico de la familia no siempre coincidan, puesto que el primero la define como la institución formada por el padre, la madre y los hijos de ambos; mas en otras

ocasiones, los parientes lejanos que se les agregaban. En cambio para el concepto sociológico “es la institución formal formada por los miembros vinculados por lazos sanguíneos, y los individuos unidos a ellos por intereses económicos, religiosos o de ayuda”².

Concepto jurídico

El tercer enfoque atiende a las relaciones derivadas del matrimonio y la procreación conocidas como parentesco, y a las que la ley reconoce ciertos efectos, esto es, que crean derechos y deberes entre sus miembros.

Por lo tanto, y aunque se basa en los conceptos biológico y sociológico, en nuestro derecho el concepto jurídico de familia solo la considera a partir de la pareja, sus ascendientes y descendientes y, cuando descienden del mismo progenitor, incluye a sus parientes colaterales hasta el cuarto grado. Así las cosas, el concepto jurídico de familia “responde al grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como por otras personas unidas por vínculos de

² IBIDEM, pág. 8

sangre o matrimonio o sólo civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos”³.

1.2.1. DENOMINACIONES DIVERSAS DE LA FAMILIA

Anteriormente hemos anunciado algunos criterios y algunas definiciones respecto a la familia. Nos hemos referido a la familia como unidad sociológica, jurídica, biológica, etc. Al hacerlo, sólo hemos tratado acerca del hombre, el matrimonio, sus consecuencias jurídicas, entre otras la paternidad, filiación, etc.

Al pensar en los varios significados de la palabra “familia”, y dado que nuestro objetivo fundamental es precisar todo lo referente a ella, hemos pensado enfocarla atendiendo a criterios completamente diferentes a los enunciados con anterioridad , referidos a la familia como unidad sociológica, jurídica, biológica, etc., y las instituciones emanadas de ella nos serian provechosas en sentido jurídico-social, pues la familia sigue en una ruta de ampliarse y así encontramos en la época moderna, como familia de Naciones, al conjunto de Estados, con un propósito determinado y que de alguna manera tienen similitud con los vínculos jurídicos existentes en la familia humana. Por eso ahora, hay que ver un

³ IDEM, pág. 9

nuevo enfoque del término familia. El objetivo principal, perseguido, es agotar hasta donde sean posibles las cuestiones referentes a la familia, de ahí la preocupación por tratar de difundir y analizar los conceptos de la familia agraria, obrera, ilegítima, patriarcal y matriarcal

La familia Agraria

En los últimos tiempos repetidamente aparece en la legislación Agraria extranjera un nuevo concepto: el de “Familia Agraria”.

Principalmente en Argentina, dentro de las leyes de colonización y arrendamientos, se ha proyectado esta nueva institución, la cual dada su denominación, no es todavía definible, pues aun se esta caracterizando doctrinaria y legalmente, estando como otras instituciones del Derecho Agrario (proceso, propiedad, común, etc.), en la elaboración y fijación de conceptos; pero la denominación Familia Agraria implica la existencia de ciertos rasgos diferentes respecto a las otras especies familiares.

Se considera a la familia agraria como “asociación o comunidad unidas por lazos de trabajo, en la cual todos participan en las tareas campesinas; para un mejor resultado económico. Es la unidad más exacta

para lograr la mejor explotación racional de la tierra”⁴. Así, el régimen de explotación de la tierra es a través de la familia agraria, trae consigo abundantes ventajas para una colonización eficaz, pues tiende a la supresión del asalariado en el campo, y los miembros de una comunidad familiar que son parientes de afectos y por la esperanza de conjugar esfuerzos comunes, llegan a constituir el sujeto ideal para el caso. Además, la certeza de la continua y ascendente explotación del predio, lo cual dará como resultado la elevación del nivel de vida del campo.

En la familia agraria podemos encontrar el origen del patrimonio familiar “homestead” en Estados Unidos, o “bien de famille” en Francia, plasmado en la doctrina y la legislación. Al terminar la primera guerra mundial se promulgaron en Europa algunas leyes respecto a la cantidad de tierras o parcelas que debían de darse a la familia, como ejemplo, la ley de colonización búlgara, que no sólo ubicó el patrimonio de la familia en un sólo límite de la tierra colonizable sino como límite de la propiedad del campo también. La ley colonizadora griega de 1920 expresa: el lote agrícola concedido a los dedicados principalmente al cultivo de la tierra, debe comprender una extensión suficiente para asegurar la subsistencia de una familia agrícola. En la ley de Yugoslavia de 1920, se enuncia: para la colonización, cada familia recibirá cinco hectáreas de tierra y, en los casos excepcionales que la familia se componga sólo de dos miembros y

⁴ GUITRON FUENTEVILLA JULIAN, Derecho Familiar. 2da ed. Ed. UNACH. México 1988, pág. 74

el jefe de familia haya pasado de los 50 años, podrá recibir cuatro hectáreas en total.

Por lo que dichas legislaciones se refieren a la familia en sentido agrario y sin mencionarlo, están ubicando su dimensión y proyección en el campo, tanto para colonizar la tierra, como para hacerla producir, atendiendo a los elementos necesarios para la subsistencia de una familia agrícola.

También podemos resaltar que la familia agraria integra con sus partes una asociación o comunidad de trabajo, de ella son miembros incluso los colaterales en segundo grado, y juega dos papeles de gran importancia jurídica, o sea, es el factor exacto para colonizar y la medida concreta de la extensión de la unidad económica de explotación.

La familia ilegítima

La familia “ilegítima”, en los tiempos prehistóricos se caracterizó por sus vínculos de parentesco peculiares, y se caía en la legitimidad cuando apareció la costumbre sistemática, los primeros indicios de derecho escritos, y al ser violados estos preceptos.

Actualmente la familia no apegada a las disposiciones vigentes del derecho y que no reúna los requisitos marcados por la ley se denominaría “familia ilegítima”, entendiéndose por la familia el conjunto de relaciones jurídicas surgidas del ayuntamiento de un hombre y una mujer, y de su prole. Cuando este enlace se realiza con promesa solemne de fidelidad, hay familia legítima, y cuando falta ésta, la familia es ilegítima⁵.

Es la fidelidad en el derecho moderno y para la religión, la base fundamental sobre la cual descansa el matrimonio. Esta promesa de fidelidad debe hacerse bajo el amparo de las leyes, pues los cónyuges como decía San Pablo, deben darse uno al otro potestad sobre su cuerpo, de tal modo que si la solemnidad reglamentada en el Derecho positivo faltase, sería ilegítima la familia, resultando para la prole de un matrimonio, en tales circunstancias, la carencia de derechos a que jurídicamente hubieran podido ser acreedores.

En el derecho romano se reglamentaba el matrimonio bajo dos formas: *Iustae Nuptiae* con amplias consecuencias jurídicas reducidas, y el concubinato, de consecuencias jurídicas reducidas. Actualmente los medios creadores de la ilegitimidad de la familia son la ignorancia, de la cual se derivan grandes consecuencias, como la prostitución, la cual trae aparejada la prole ilegítima. La escasez de bienes económicos, de

⁵IBIDEM, pág. 76

fuentes de trabajo, la precaria protección del Estado, todos estos elementos constituyen y son los medios auxiliares de la proliferación de las familias ilegítimas.

La mayoría de los pueblos civilizados han llegado al matrimonio monogámico, tratando las leyes de impedir la infidelidad de los contrayentes. La moral y la religión, con ayuda del derecho, tratan de mantener el vínculo monogámico, el cual no establece en la mayoría de los hombres y, excepcionalmente, en las mujeres.

La religión impide el desligamiento de los cónyuges, pues cuando no existe amor y mutua atracción es imposible que ambos puedan compartir la reciprocidad sexual; así, en forma mayoritaria, incurren en relaciones extramatrimoniales y en su consecuencia es la prole ilegítima. El derecho más elástico da lugar a la separación de los cónyuges.

“La ilegitimidad de la familia nace del concubinato y el remedio único ciertamente” no está en establecer junto al matrimonio formal y solemne, otra especie de matrimonio menos formalista y solemne que en el fondo no podría ser otra cosa que un concubinato disfrazado, sino elevar el nivel económico, moral y cultural de la población”⁶.

⁶ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XII. Argentina 1960, pág. 11.

Podemos definir a la familia ilegítima como el conjunto de relaciones jurídicas resultantes de la unión de un hombre y una mujer y de sus hijos cuando a este enlace le falta la solemnidad, Otra característica son los nombres que reciben los hijos, adulterinos, bastardos, fornecinos, espurios, incestuosos, mánceres, naturales, notos y sacrílegos.

Respecto a la filiación ilegítima, la prueba es restringida y solo se acepta la posesión notoria de estado, el concubinato, el rapto, la seducción o violación, la confesión escrita inequívoca.

Podemos concluir diciendo que el concubinato es matrimonio de facto, y familia ilegítima “es la unión sexual del hombre y la mujer y de los padres y sus hijos con *affectisocietatis* propósito de establecer un núcleo social primario”.

La familia ilegítima según la iglesia está basada en relaciones sexuales al margen del Derecho de la iglesia. Esto es equívoco de la iglesia, pues no se puede pretender la ilegitimidad de una familia por no reunir el elemento sacramental. Se deben tomar en cuenta factores sociales más importantes, pues el solo pensamiento de rezar, o tener la buena voluntad para no hacer esto o aquello, es estéril pues la iglesia debe solucionar en la medida que a ella le corresponda la llamada ilegitimidad de la familia.

Para nosotros la familia ilegítima no existe, y el Derecho de Familia debe encontrar una solución socio-jurídica para impedir las discriminaciones de los hijos producto de uniones libres y no de matrimonios.

La familia obrera o laboral

Hemos visto a la familia en relación con el campo, a la tierra de cultivo y a la ley. Ahora se extiende a diferentes tipos de producción y entonces podemos hablar de una infinidad de familias, designándolas de acuerdo a la actividad desarrollada.

Aparece esta familia cuando el hombre se ve en la necesidad de producir bienes de satisfacción aparte de los proporcionados por la naturaleza.

En este estudio, la familia laboral se presenta de acuerdo con los intereses de la misma, respecto al trabajo desempeñado en ella.

Es en el dominio del derecho del trabajo y la previsión social donde mejor encontraremos la regulación de esta familia.

Es familia laboral, un conjunto de personas que realizan un trabajo a domicilio, en el cual intervienen las personas de la familia del trabajador a título de colaboradores del mismo, como por ejemplo un electricista que lleva consigo a los hijos para que le ayuden a la instalación eléctrica de diversos inmuebles⁷.

Debemos distinguir el trabajo a domicilio de la industria doméstica, pues ésta última presenta una organización que actúa por cuenta propia. Algunos autores entienden por familia obrera, la integrada por el cónyuge superviviente y los hijos menores de la víctima, atendiendo a que por un accidente de trabajo aquella hubiese sido privada de la vida.

En la familia obrera el Derecho Mexicano con criterio socialista y atendiendo a que el Derecho Laboral es un derecho de clase, no hace distinciones en cuanto al vínculo establecido entre el hombre y la mujer, pues considera como miembros de la familia obrera a los dependientes económicos del trabajador.

La familia matriarcal

En la autoridad matriarcal se le encuentra depositada en la madre. Para algunos antropólogos la forma original de organización de la familia,

⁷ GUITRON FUENTEVILLA JULIAN, Derecho Familiar. 2da ed. Ed. UNACH. México 1988, pág. 79

es precisamente el matriarcado. En este sentido considera, *Robert Brifault* que la fuente primaria de la familia es el lazo biológico existente entre la madre y el hijo. La familia "original" era, pues matriarcal, y todas las demás formas surgían de éste principio. La evidencia antropológica no apoya esta interpretación; algunas sociedades extremadamente simples tienen sistemas patrilineales de parentesco y la ignorancia de la paternidad biológica no se manifiesta en la ausencia de un padre socialmente reconocido.

Algunos sociólogos como *Muller-Lyer*, restringen la hipótesis del matriarcado y consideran que es sólo un fenómeno transitorio el cual fue precedido por un cierto patriarcado. *Muller-Lyer*, considera que la institución del matriarcado se debe a los siguientes factores económicos:

I...- La mujer se hizo sedentaria antes que el hombre.

II.- La mujer inicia la agricultura.

III.- El matrimonio de servidumbre. Siendo la mujer la primera que llegó a establecerse sedentariamente, mientras que el hombre llevaba una existencia vagabunda, éste para casarse tuvo que trasladarse a donde la mujer se hallaba, en virtud de que el hombre tenía un valor económico superior al de la mujer, entonces el clan prefería desprenderse de éste en lugar de la mujer, ya que el clan por propio interés no podía cambiar un elemento económicamente superior por otro inferior.

La familia patriarcal

Por lo que toca a una segunda tesis sobre los orígenes existe una opinión dominante durante mucho tiempo fue la hipótesis de que la familia originaria era la patriarcal. Esta opinión estaba apoyada en la asignación greco-romana, en el patriarcado israelita, lo cual hacía que no se pudiera concebir un grupo familiar diverso del patriarcal. Las autoridades de la cultura occidental que apoyaban esta opinión eran: la Biblia, la política de Aristóteles y el Derecho Romano.

Frente a la opinión dominante a la que nos hemos referido sostuvo *Bachofen*, que como la maternidad es un hecho fisiológico indudable, en tanto que la paternidad presenta sobre todo para los primitivos muchas dudas, el matriarcado existió previamente a la autoridad masculina. Dentro de ésta última hipótesis el estado original de la humanidad habría sido una promiscuidad general, en el cual el hombre no se preocupa por los hilos que había engendrado mientras que la mujer al cuidar de ellos, por ese hecho se convertiría en el centro de la familia y la autoridad.

Diferencias entre la familia primitiva y la actual

Una de las diferencias fundamentales que existen entre la familia primitiva y la actual consiste en que en la primera se absorben una serie

de funciones tales como las políticas, las económicas, las religiosas. En las sociedades primitivas a diferencia de las modernas la vida de cada individuo se encuentra vinculada de manera casi total a la de la familia. En una sociedad primitiva la familia es la unidad social más importante a la que pertenece el hombre. El propio poder político se encuentra vinculado a las instituciones familiares. En resumen, la familia primitiva absorbía una serie de funciones que en la actualidad son desempeñadas por otras instituciones ajenas a la familia.

La familia en la actual sociedad industrial urbana ha sufrido los efectos de la expansión del industrialismo. En las sociedades tradicionales la mayor parte de las familias tienden a tener muchos hijos a los cuales se les considera de gran utilidad económica o no se les evita por razones de carácter religioso. Por otra parte, los nuevos valores de la cultura urbanística, frecuentemente basada en el intercambio comercial, y que son: racionalidad, éxito material, mejoramiento social, moda, cultivo del conocimiento, le dan menos importancia a las familias grandes y estimulan las actividades fuera del círculo familiar.

Por otra parte, la estructura de la familia moderna se ha transformado. Estas transformaciones han ejercido influencia sobre el contrato de matrimonio y sobre las relaciones de los miembros de la familia entre sí. La posición de la mujer dentro del matrimonio ha sufrido grandes transformaciones debido fundamentalmente a razones económicas y

religiosas, como son; la reducción de sus funciones familiares, ya que en la actualidad existen instituciones que coadyuvan con ella para ese fin; la disminución de las tareas del hogar; la tendencia a tener un menor número de hijos. Estas circunstancias y otras más han influido en que la familia se convierta en una nueva forma de unión de la cual surgen problemas nuevos para sus miembros.

1.3. PARENTESCO

Los diversos sistemas de parentesco que se presenten en las distintas sociedades difieren no sólo por la importancia que se asigna a las relaciones conyugales y consanguíneas, si no también por la forma en que se ordenan las relaciones basadas en los vínculos de la sangre. El concepto fundamental en ésta materia es el de linaje, Los miembros de un mismo linaje se hayan vinculados en virtud de que provienen del mismo antepasado común.

Tomando como punto de partida el linaje, éste puede ser patrilineal o matrilineal, los que se basan, respectivamente en la descendencia del hombre o de la mujer. En estos sistemas de descendencia unilateral los sentimientos, las actitudes y la conducta hacia los parientes por vía materna o paterna son diversos. En la sociedad contemporánea occidental se reconocen ambas líneas de descendencia, lo cual nos

autoriza a llamar a este sistema; bilateral. En el sistema bilateral desde el punto de vista institucional no se establecen diferencias entre los parientes maternos y los paternos, aun cuando en la práctica frecuentemente se presentan dichas diferencias. Así, en la familia mexicana actual como las mujeres tienen lazos emocionales más profundos con sus padres que con los hombres, las relaciones con la familia de la mujer son más frecuentes e íntimas que con la familia del marido.

La familia debe contemplarse como parte de un sistema más amplio que es el parentesco. Éste último se encuentra formado por una estructura de roles o papeles sociales y de relaciones basadas en lazos de consanguinidad y de matrimonio (parentesco por afinidad) que vincula a los hombres, a las mujeres y a los niños dentro de una totalidad organizada.

Hay dos elementos que influyen en los sistemas de parentesco, que son:

- 1) el tabú del incesto
- 2) el hecho de que todo individuo normal pertenece a dos familias estrictas, la familia de orientación y la de procreación.

Los sistemas de parentesco son muy importantes en la sociedad primitiva. El parentesco es fundamental para la conservación de la unidad de la sociedad y viene a ser el marco donde el individuo lleva a cabo sus funciones políticas y económicas, adquiere derechos y obligaciones, recibe ayuda de la comunidad. En consecuencia, el camino más efectivo para analizar.

Así, las cosas, ahora podremos dar el concepto de parentesco y decir que “es un estado jurídico, ya que implica una relación jurídica general, permanente y abstracta, generadora de derechos y obligaciones tanto entre los miembros que la realicen 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”⁸. De lo anterior se desprende que el matrimonio, filiación y adopción, constituyan las tres grandes fuentes del parentesco en nuestra legislación.

Se reconocen tres tipos o clases de parentesco:

- El consanguíneo, el cual se establece entre personas que descienden de un mismo progenitor.
- El de afinidad, que es el que se adquiere por el matrimonio, y se da entre los parientes consanguíneos del esposo con la esposa y viceversa.

⁸ BAQUEIRO ROJAS EDGAR y BUENROSTRO BAEZ ROSALIA, Derecho de Familia y Sucesiones. 1ª ed. Ed. Oxford México 2004. Pág. 17.

- El civil, que se determina entre adoptado y adoptante y sólo entre ellos.

Para determinar la cercanía de parentesco, la ley establece grados y líneas de parentesco.

- El grado de parentesco, está formado por cada generación: todas las personas de una generación están en el mismo grado de parentesco respecto del antecesor o ascendiente.
- La línea de parentesco se conforma por las series de grados de parentesco o generaciones.

La Línea de parentesco puede ser recta o transversal.

- A. La línea recta.- Se forma por parientes que descienden de unos de los otros.
- B. La línea transversal o colateral.- Esta formada por dos líneas rectas que coinciden en un progenitor común; esto es los parientes no descienden unos de los otros pero reconocen un mismo progenitor.

Los efectos personales del parentesco son:

- El de asistencia, deber de ayudar, cuya manifestación más clara es la de la obligación de proporcionarse alimentos, así como la patria potestad y la tutela.
- Los matrimoniales, que constituyen el impedimento para contraer matrimonio entre parientes.

Y como efectos pecuniarios del parentesco:

- Los hereditarios, en cuanto al derecho de sucesión legítima que se genera solamente en los parentescos consanguíneo y civil.

1.4. MATRIMONIO

Evolución histórica

En Roma, el matrimonio fue un hecho reconocido por el derecho para darle efectos; de tal concepción se derivó la naturaleza del matrimonio como la base 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: desde la ceremonia de la *confarreatio* la *coemptio*, hasta la simple entrega de la mujer en casa del marido, o la ausencia total de formalidades en el matrimonio por *usus*.

Con el cristianismo se establece la manifestación del consentimiento de los contrayentes ante la iglesia y el registro de la ceremonia en actas parroquiales, con lo que el matrimonio adquiere una forma determinada de celebración, que permitió distinguir claramente la unión matrimonial de otras uniones como el concubinato. Pero no obstante que la celebración se hizo indispensable para que hubiera matrimonio como lo estableció Concilio de Trento, la iglesia siguió distinguiendo el simple matrimonio celebrado (*rato*), del matrimonio consumado por la unión real de los cónyuges. Así débase el caso de que no obstante haberse celebrado el matrimonio, no hubiera tal por no existir la relación sexual, circunstancia que lo colocaba como *matrimonio rotumvel no consumatum*.

A partir de las peculiaridades de esta evolución, *Carlo Jemolo* hace una distinción entre matrimonios constituidos y celebrados. Para él, los matrimonios constituidos son aquellas uniones que conforman un género de vida, independientemente de ser precedidos o no por una ceremonia, y son matrimonios celebrados, las uniones precedidas por ceremonias creadoras del vínculo, sin que sea necesario, para que existan los derechos y deberes consiguientes, que a la celebración siga una relación carnal en la pareja o un estado de convivencia.

Algunos países como España y consecuentemente sus colonias, hicieron prevalecer el matrimonio, en un sistema de legislación civil, el reconocimiento de efectos del matrimonio religioso, como en el caso de Italia, al mismo tiempo de la celebración laica.

Con la Revolución Francesa, por primera vez se efectúa la laicización del matrimonio, de modo que el único matrimonio válido es el celebrado ante la iglesia o bien ante los funcionarios del estado civil.

En tiempos recientes se ha tratado de retornar al tipo de matrimonio constituido. Así lo reglamentan, entre otros, Cuba, algunos Estados de los Estados Unidos de América, y el Estado de Tamaulipas, en México, con el llamado matrimonio por comportamiento celebrado con las formalidades legales. Resultando similar han venido a tener las últimas reformas al Código Civil vigente para el D. F., al igualar a los concubinos con los casados, en los derechos a la sucesión y a los alimentos.

Definición y naturaleza jurídica

El matrimonio es el acto jurídico complejo estatal que tiene por objeto la creación del estado matrimonial entre un hombre y una mujer.

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

El concepto del matrimonio como contrato tiene una larga tradición doctrinal y cuenta con defensores importantísimos, tales como *Marcel Plagnol*, quien lo define como; “la unión sexual del hombre y de la mujer, elevada a la dignidad del contrato por la ley, y de sacramento por la religión”⁹.

En síntesis, los diversos autores, distinguen en el matrimonio estas características:

- a) Es un acto solemne.
- b) Es un acto complejo.
- c) Es un acto complejo por la intervención del Estado.
- d) En él, la voluntad de las partes no puede modificar los efectos previamente establecidos por el derecho, ya que sólo se limita a

⁹ BAQUEIRO ROJAS EDGAR y BUENOSTRO BAEZ ROSALIA, Derecho de Familia y Sucesiones. 1ª ed. Ed. Oxford México 2004. Pág. 40.

aceptar el estado de casado con todas sus complicaciones, queridas o no.

- e) Sus efectos se extienden más allá de las partes y afectan a sus respectivas familias y a sus futuros descendientes.
- f) Su disolución requiere de sentencia judicial o administrativa; no basta con la sola voluntad de los interesados.

Etapas

En el matrimonio deben distinguirse tres etapas:

- a) La etapa prematrimonial, conocida como noviazgo, esta prevista en la regulación de los esponsales, o sea el compromiso de celebrar el matrimonio a futuro. Durante éste periodo pueden presentarse impedimentos que obstaculicen el noviazgo, de manera que no pueda llegarse a la celebración del compromiso de esponsales, y menos al matrimonio. En éste periodo no existen obligaciones entre los novios, por lo que libremente pueden ponerle fin.
- b) La celebración propia del acto, que debe considerarse como el momento de nacimiento del acto jurídico. Para su existencia y validez requiere de diferentes manifestaciones de voluntad: la de los contrayentes, la del juez del Registro Civil, la de los testigos y, en el

caso de matrimonio de menores, la de sus padres o tutores. Los hermanos Mazeaud denominaban a este periodo como matrimonio fuente, pues de él deriva el estado matrimonial o matrimonio-estado. Como todo acto jurídico, puede estar afectado por diversas causas de nulidad.

- c) La etapa del estado matrimonial, es el periodo que resulta de la celebración del acto y constituye toda una forma de vida que se encuentra regulada no sólo por el derecho sino por la moral, la religión y la costumbre. Esa esta situación jurídica, general y permanente, que pueden darse la denominación de institución, creadora de constantes derechos y deberes, y que es aplicada a los cónyuges, parientes y descendientes, independientemente de su aceptación y reconocimiento como tales, e incluso de su conocimiento. A esta etapa del matrimonio se pone fin con el divorcio o con la muerte.

Requisitos de fondo para contraer matrimonio

Abordar este tema implica ubicarnos dentro de la segunda etapa del matrimonio, señalada como la celebración propia del acto matrimonial. Los requisitos legales que deben cumplirse, no debemos confundirlos con los elementos de existencia o validez, pues aún cuando la falta de alguno de dichos requisitos puede producir la inexistencia o la nulidad del acto

matrimonial, su división no coincide con la clasificación de los elementos esenciales del acto jurídico matrimonial.

Los requisitos de fondo son aquellas características que afectan a los sujetos o a las circunstancias de las que depende la posibilidad de realizar un matrimonio válido, los requisitos de fondo para la celebración del acto matrimonial según el Código Civil del Estado de Guanajuato, son los mismos que los de los esponsales, y son:

- 1.- Diferencia de sexo, que se da entre un hombre y una mujer.
- 2.- Pubertad legal, es la edad mínima que señala la ley para contraer matrimonio que es de dieciséis años el hombre y la mujer catorce años.
- 3.- Consentimiento de los contrayentes, por tratarse el matrimonio de un acto jurídico, requiere de la voluntad manifiesta de la voluntad libre de los contrayentes para que pueda válidamente expresarse.
- 4.- Autorización familiar (padres, tutores) o suplencia por la autoridad judicial o administrativa, éste es en el caso de los menores de 18 años.
- 5.- Ausencia de impedimentos, es toda situación legal o material que impida un matrimonio válido, puede ser considerada como un "impedimento".

Requisitos de forma para la celebración del matrimonio

Se ubican también dentro de la segunda etapa del matrimonio, que hace a la celebración propia del acto matrimonial, los requisitos de forma que deben satisfacerse se dividen en previos y concomitantes, o propios de la celebración y corresponden a dos momentos de la misma. Ambos constituyen el conjunto de formalidades que hacen que el matrimonio como acto jurídico se tenga por celebrado válidamente.

Previos a la celebración

Consisten básicamente en satisfacer los requisitos que atañen a solicitud que los interesados deben presentar ante el juez del registro civil, y en la que manifiestan: (art. 101 del Código Civil de Guanajuato.)

- a) Sus nombres, apellidos, nacionalidad, edad, ocupación y domicilio;
- b) Los de sus padres;
- c) Que no tienen impedimento legal para casarse, y
- d) Que es su voluntad unirse en matrimonio.

A la solicitud deberán acompañar los siguientes documentos (art. 102 del Código Civil de Guanajuato.)

- a) Copia certificada del acta de nacimiento de los pretendientes y en su defecto un dictamen médico que compruebe su edad cuando por su

aspecto no sea notorio que el varón es mayor de dieciséis años y la mujer de catorce;

- b) La constancia de que prestan su consentimiento para que el matrimonio se celebre, los familiares (padres, tutores) o suplencia por la autoridad judicial o administrativa.
- c) La declaración de los testigos mayores de edad que conozcan a los pretendientes y les conste que no tienen impedimento legal para casar. Si no hubiere dos testigos que conozcan a ambos pretendientes, deberán presentarse dos testigos por cada uno de ellos;
- d) Un certificado suscrito por un médico titulado que asegure, bajo protesta de decir verdad, que los pretendientes no padecen sífilis, tuberculosis, ni enfermedad alguna crónica e incurable que sea, además, contagiosa y hereditaria.

Para los indigentes tienen la obligación de expedir gratuitamente este certificado los médicos encargados de los servicios de sanidad de carácter oficial;

- e) Copia certificada del acta de defunción del cónyuge fallecido si alguno de los contrayentes es viudo, o de la parte resolutive de la sentencia de divorcio o de nulidad de matrimonio, en caso de que alguno de los pretendientes hubiese sido casado anteriormente;
- f) Copia certificada de la dispensa del impedimento si lo hubo, y

g) El convenio que los pretendientes deberán celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran durante el matrimonio. En el convenio se expresa con toda claridad si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes, si los pretendientes son menores de edad deberán aprobar el convenio las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio.

El estado de matrimonio

Este tema nos ubica en la tercera etapa del matrimonio, el estado matrimonial, que consiste en el estado que adquieren los esposos al haberse celebrado el matrimonio y que, consecuentemente, implica la adquisición de derechos y deberes propios del mismo; efecto resultado del vínculo que los une.

Derechos y obligaciones

Tradicionalmente, los efectos del matrimonio que hacen al estado matrimonial, se han dividido en:

1.- Efectos respecto de las personas de los cónyuges, los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio son iguales para ambos, y recíprocos. Los principales se agrupan en:

- a) Deber de cohabitación, implica un género de vida en común que no podría realizarse si ambos vivieran separados. Obliga a que ambos vivan bajo el mismo techo y compartan mesa y lecho.
- b) Deber de ayuda mutua, implica el deber de socorro que ha de existir entre los esposos, el contenido primordial reside en la obligación alimentaria recíproca, para cumplir con ésta los cónyuges deben contribuir económicamente al sostenimiento del hogar. La ley concede derecho preferente a los cónyuges sobre los ingresos del otro para el sostenimiento de la familia. Igualmente la ayuda mutua implica la administración de bienes comunes, y sólo requerirá el administrador la autorización del otro para los actos de dominio, disposición y gravamen, cada uno es libre de administrar sus propios bienes.
- c) Débito carnal, es el principal y más importante efecto del matrimonio, constituye su esencia, pues implica los actos propios para la perpetuación de la especie y cualquier pacto en contrario se tendrá por no puesto. Los cónyuges deben decidir de común acuerdo el número y esparcimiento de los hijos. La negativa al trato carnal entre los cónyuges ha considerado como una injuria grave, que es sancionada con el divorcio.

d) Deber de fidelidad, comprende la obligación de abstenerse de la cópula con persona distinta del cónyuge. Su violación constituye **adulterio**, que es sancionado con el divorcio. La fidelidad supone además la necesidad de una conducta decorosa, que no implique ataques a la dignidad y a la honra del otro cónyuge. Cualquier otra conducta de actividad extramarital con persona distinta al cónyuge, aun cuando no llegue al adulterio, puede constituir una injuria grave al cónyuge, es por ello que se considera que los casados no pueden tener novio o novia.

1.5. FILIACIÓN

Ahora toca hablar de la filiación, la cual es la que crea el parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado, de aquí que por paternidad y filiación jurídica debemos entender la relación jurídica creada entre los progenitores, padre y madre y su hijo, a los cuales la ley atribuye derechos y obligaciones. Pues desde el punto de vista jurídico, la paternidad es el vínculo que une a padres e hijos visto desde el lado de los padres, la maternidad queda involucrada en éste concepto, y de filiación cuando se enfoca desde el ángulo del hijo¹⁰.

¹⁰ IDEM Pág. 179

El nacimiento de un niño puede ocurrir dentro o fuera del matrimonio; cuando acaece de un pareja casada legalmente se habla de filiación matrimonial o legítima, y cuando se da dentro de una pareja en la que el padre o la madre no se encuentran casados, se trata de una filiación extramatrimonial, ilegítima o natural. Por lo que hace a la actualidad, se ha tratado de erradicar este tipo de discriminación que anteriormente sufrían los hijos, pues los llamados hijos legítimos tenían más derechos que los llamados ilegítimos, pues ahora ambos cuentan con los mismos derechos y se trata en la medida de lo posible de ya no utilizar este tipo de términos.

La prueba de filiación más idónea es el acta de nacimiento de los hijos y en su caso el acta de matrimonio, según si hablamos de filiación legítima.

Si hablamos de hijos nacidos fuera de matrimonio, para acreditar la maternidad, se debe acreditar el hecho del parto y la identidad entre quien dio a luz y quien pretende ser el hijo reconocido. Si hablamos de la paternidad, ésta se puede dar por reconocimiento voluntario o de manera forzosa o judicial.

1.5.1. LA PATRIA POTESTAD

Evolución histórica

La Institución de la patria potestad se origina en el derecho romano; consistía en una efectiva potestad o poder sobre los hijos y sus descendientes, ejercido sólo por el ascendiente varón de más edad. Tenía carácter perpetuo y se fundaba en el concepto de soberanía doméstica, de donde se originó el término, ya que era un poder real y efectivo del *pater familias* (no del padre, y menos de la madre) sobre todos sus descendientes, y se prolongaba toda la vida de los sujetos.

Se equiparaba a la potestad marital que se tenía respecto a la mujer y era equivalente, en menor grado, a la potestad sobre los esclavos. Se establecía en beneficio del jefe de familia, quien podía rechazarla si así le convenía; sus facultades abarcaban la persona y los bienes de los hijos, a grado tal que podía venderlos como esclavos si lo hacía fuera de Roma, e incluso condenarlos a la muerte.

Estas características fueron suavizándose a través del tiempo, especialmente con el advenimiento del cristianismo. Por el sistema de los peculios el hijo pudo tener matrimonio propio y administrar sus propios bienes, hasta convertirse en nuestros días, en una institución protectora

del menor, establecida en provecho de éste y en su beneficio. Es ejercida primeramente por ambos padres y a falta de éstos, los abuelos, independientemente de su sexo. Tiene carácter de transitorio, pues sólo dura hasta la mayoría de edad o la emancipación del hijo. No afecta la capacidad de goce del menor y sólo limita, en su provecho, su capacidad de ejercicio.

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 ello 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 la emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en tal periodo¹¹.

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.

¹¹ BAQUEIRO ROJAS EDGAR y BUENROSTRO BAEZ ROSALIA, Derecho de Familia y Sucesiones. 1ª ed. Ed. Oxford México 2004. Pág. 227.

Los efectos de la patria potestad se dividen en:

1.-Efectos sobre la persona del hijo; se refieren tanto a las relaciones personales entre los que ejercen la patria potestad y los menores sometidos a ella, como a la función protectora y formativa que deben llevar acabo los primeros.

El menor debe honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes, y por lo que hace a la función protectora y formadora, el ascendiente esta obligado a la guarda, manutención y educación del menor, según sus posibilidades y pudiendo corregirlo mesuradamente. Así como también esta obligado a representar al menor, quien no puede celebrar actos ni comparecer en juicio sin autorización.

El concepto de guarda presupone que el menor no puede dejar la casa sin permiso del progenitor. Su domicilio legal es el del que ejerce la patria potestad.

2.-Efectos sobre los bienes del hijo; Los que ejercen la patria potestad no pueden donar, vender o hipotecar los bienes del menor sino en caso de necesidad comprobada ante el juez, quien podrá autorizarla; tampoco podrán arrendar por más de cinco años, ni dejar de rendir cuentas de su administración.

En nuestro sistema la patria potestad es irrenunciable; sin embargo, pueden excusarse de su desempeño los que la ejercen, cuando sean mayores de 60 años o cuando por su habitual mal estado de salud no puedan desempeñar debidamente el cargo.

La patria potestad también puede suspenderse en los casos en los que quien deba desempeñarla caiga en estado de interdicción, se le declare ausente, o por sentencia se le prive temporalmente de su ejercicio.

La patria potestad se pierde solo por sentencia, la que puede ser dictada:

1.-En juicio penal, cuando el progenitor ha sido considerado dos o más veces por delitos graves, por malos tratos o abandono del menor que constituyan el delito de abandono de persona.

2.-En juicio civil de divorcio cuando, a juicio del juez, la dependencia entre padres e hijos deba romperse, o en juicio especial de pérdida del ejercicio de esa facultad debido a las costumbres depravadas de los padres, malos tratos o abandono, que pongan en peligro la salud, seguridad o moralidad de los menores.

La pérdida de la patria potestad no implica la cesación de las obligaciones que tienen los ascendientes respecto a los descendientes, de forma especial la de proporcionarles alimentos.

Son también causas de extinción de la patria potestad:

- 1.-La muerte del ascendiente.
- 2.- La emancipación.
- 3.- La mayoría de edad del menor.

Emancipación

La emancipación constituye el final anticipado de la patria potestad, que el menor obtiene por el sólo hecho de contraer matrimonio, adquiriendo así el gobierno de su persona y la administración de sus bienes. En nuestra legislación, el menor de 18 años que contrae matrimonio se emancipa; esto es, adquiere una capacidad menos plena pero que le autoriza a manejar sus asuntos, como si fuera mayor, con excepción de los limitantes: a) Necesita un tutor para atender sus asuntos judiciales, incluido el divorcio, y requiere autorización judicial para enajenar y gravar sus bienes raíces.

En caso de disolución del matrimonio, al menor no recae nuevamente en la patria potestad, pero requiere autorización para volver

a casarse, pues se ha considerado que en su matrimonio existe un interés familiar.

Anteriormente la emancipación podía obtenerse antes de la mayoría de edad que era de 21 años al cumplir los 18. Al reducirse la edad para obtener la mayoría dejó de existir esta forma, subsistiendo solamente la derivada del matrimonio.

Mayoría de edad

La mayoría de edad se obtiene al cumplirse los 18 años. Al llegar a ella el menor adquiere plena capacidad para el ejercicio de sus derechos y uso y disposición de todos sus bienes, terminando así la patria potestad.

1.5.2. LA ADOPCIÓN

En nuestro derecho, la adopción constituye la tercera fuente de parentesco, ya que tiene por objeto establecer un parentesco civil entre el adoptante y adoptado, donde no existe vínculo biológico. Se limita a la filiación de sangre, de ahí que se hable de hijos y padres adoptivos.

Antecedentes históricos

La adopción ha tenido un amplio desarrollo a través del tiempo y el espacio. Sus orígenes son muy remotos, anteriores al derecho romano, pues ya se regulaban en el Código de Hamurabi. Sin embargo, es en Roma donde se presenta un amplio desarrollo, pues tenía diversas finalidades, aunque no siempre en beneficio del adoptado.

La institución funcionaba preferentemente en provecho del *pater familias* y de manera indirecta en beneficio del Estado, y sólo en segundo término, en favor del adoptado quien, en la forma de adrogación (adopción de un *sui juris*) perdía su autonomía para convertirse en *alienijuris* incorporando su familia y su patrimonio al del adoptante.

Posteriormente, el adoptado pudo ser titular del patrimonio a través de los peculios (bienes obtenidos mediante el trabajo, las guerras y por los cargos públicos y eclesiásticos) y los bienes adventicios (obtenidos por dones de la fortuna: donaciones, sucesión).

Al desaparecer la *manus* el parentesco por agnación, así como el culto privado, con el advenimiento del cristianismo crea nuevos vínculos protectores de los huérfanos y desamparados, como es el caso de los padrinos.

En Francia, no es sino hasta la Convención Revolucionaria y el Código de Napoleón cuando la adopción se reincorpora a la legislación; pero con grandes limitaciones¹²

Ahora podemos dar un concepto de la adopción, diciendo que es, acto jurídico a través del cual se recibe como hijo, con los requisitos y solemnidades que se establece en la ley, al que no lo es naturalmente.

En la adopción, los sujetos intervinientes se denominan:

- a) adoptante, persona que asume legalmente el carácter de padre, y
- b) adoptado, persona que va a ser recibida legalmente como hijo del adoptante.

Mediante la adopción se crea una relación filial legal entre adoptante y adoptado, de aquí que el adoptante tenga, respecto del adoptado y éste respecto de aquel, los mismos derechos y obligaciones que existen entre padre e hijo.

El código civil del estado de Guanajuato en su artículo 446, define a la adopción como el acto jurídico por el cual se confiere a uno o varios menores o incapacitados, aún cuando éstos sean mayores de edad, la

¹² BAQUEIRO ROJAS EDGAR y BUENROSTRO BAEZ ROSALIA, Derecho de Familia y Sucesiones. 1ª ed. Ed. Oxford México 2004. Pág. 215.

posesión de estado de hijo del o de los adoptantes y a éstos los deberes inherentes a la relación de parentesco¹³.

Se trata de una institución cuya finalidad consiste en proteger la persona y bienes del adoptado. Actualmente ha sido aceptada casi por la totalidad de los países, pero rechazada por algunos otros con el argumento de que una ficción legal no puede sustituir los vínculos biológicos.

Ahora bien, dentro de las legislaciones que admiten la adopción existen dos grandes grupos:

- 1.- Las que desvinculan totalmente al adoptado con sus parientes consanguíneos (eliminan el parentesco natural y prohíben cualquier acción de investigación de la paternidad o maternidad del adoptado).
- 2.- Las que conservan el vínculo del adoptado con sus parientes biológicos (prevalecen las obligaciones y derechos de los parientes consanguíneos de forma subsidiaria a los del adoptante).

Nuestro Código Civil encuadra en las legislaciones del segundo grupo, ya que los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad.

¹³ CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO, Librería Yussim. Ed. 2009. Pág. 97

De lo anterior resulta que la adoptada conserva el derecho de recibir alimentos y de heredar de sus parientes consanguíneos, quienes a su vez heredan de él.

Requisitos según el artículo 451, del Código Civil para el Estado de Guanajuato, para que proceda la adopción la ley señala ciertos requisitos, tanto de tipo personal, respecto del adoptante y el adoptado, como de tipo formal.

De acuerdo con nuestro derecho, los requisitos de fondo son:

- 1.- La edad mínima del adoptante, que son 25 años, hombre o mujer, soltero o casado. Cuando adopte un matrimonio basta con que uno de ellos cumpla con el requisito de edad, pudiendo el otro ser menor de 25 años, pero mayor de 18.
- 2.- Diferencia mínima de edad entre adoptante y adoptado, los adoptantes deben tener 17 años más que el adoptado.
- 3.-Capacidad del adoptado, es decir ser menor de edad o incapaz, respetando siempre la diferencia de edades.
- 4.-Aptitud del adoptante, debe ser una persona moral y de buenas costumbres y poseer los medios materiales suficientes para atender a las necesidades del adoptado (subsistencia, educación y cuidado). La clasificación de estas calidades deberá hacerla el juez familiar que decreta la adopción.

5.- Tener como finalidad la protección y beneficio del adoptado y de sus bienes.

Los requisitos de forma se constituyen por:

1. Un acto judicial, sentencia del juez de lo familiar
2. El consentimiento, de quien ejerce la patria potestad o del tutor, o de quien ha cuidado y alimentado al menor; y
3. Registro, asentamiento en el Registro Civil del acta de adopción, con la anotación de la resolución judicial de la adopción al margen del acta de nacimiento.

La adopción es un acto de naturaleza jurídica que sólo puede llevarse a cabo ante el juez de lo familiar, quien decretará la adopción cuando se haya cumplido con los requisitos legales establecidos para tal efecto.

En nuestro derecho la adopción es un acto jurídico bilateral que requiere de la voluntad del adoptante y de los representantes del adoptado, así como la del órgano judicial.

Para la validez de la adopción se necesita el consentimiento de quienes ejercen la patria potestad; del tutor, a falta de los anteriores; de los que hayan cuidado del adoptado en los últimos seis meses, incluyendo a los directores de las casas, cuna u orfanatos, quienes son

tutores legítimos de los acogidos; y del Ministerio Público, a falta de los anteriores.

También se requiere el consentimiento del menor, si es mayor de 14 años y goza de discernimiento. Una vez decretada la adopción por el juez del Registro Civil para que levante el acta de adopción en la que quedará integrada la resolución judicial que la autorizará.

Procedimiento

El procedimiento judicial se lleva a cabo por la vía de la jurisdicción voluntaria, ante el Juez civil o en su caso el juez de lo familiar, y de acuerdo con las normas del Código de Procedimientos Civiles.

En nuestro derecho la adopción puede ser múltiple, simultánea o sucesiva, en cuanto que, ante circunstancias especiales, el juez puede autorizar la adopción de dos o más incapacitados, o de dos o más menores incapaces a la vez.

Se ha suprimido la prohibición de que no pueden adoptar los que tuvieran descendientes, y que la adopción fuere única.

Por otra parte, nadie puede ser adoptado mas que por una persona, salvo que se trate de un matrimonio que considere al adoptado como hijo de ambos.

Nuestro derecho permite la adopción de parientes consanguíneos o afines, en el caso de matrimonios, el hijo de uno de los cónyuges puede ser adoptado por el otro.

En el caso de los hijos naturales, si no se ha establecido la filiación por reconocimiento, sí puede proceder la adopción sin perjuicio de que el hijo intente la investigación de la paternidad, sin perjuicio de que se mencione su carácter espurio si lo fuera.

En la adopción de niños abandonados recogidos por instituciones de beneficencia o por particulares, debe esperarse que transcurran seis meses para que tenga por pérdida la patria potestad de los padres y se proceda a la adopción. El solicitante puede tener en depósito al abandonado hasta que transcurra este lapso. Esta medida redundará en beneficio del menor, que no tendrá que permanecer en la institución de beneficencia y será, desde luego, integrado a su futura familia.

Efectos

De acuerdo con el sistema de adopción que establece nuestra ley, señalamos que no se destruyen los lazos de parentesco consanguíneo del adoptado, quien conserva sus derechos a alimentos y sucesión respecto a su familia de origen.

Esta institución sólo produce efectos entre adoptante y adoptado, y ambos tienen los mismos derechos y obligaciones que existen entre padres e hijos: ejercicio de la patria potestad, alimentos, sucesión e impedimentos para contraer matrimonio. Mientras subsista el vínculo, el adoptante no tiene ninguna relación con los parientes del adoptado, ni éste respecto a los del adoptante.

La adopción sólo crea parentesco civil en primer grado; por lo tanto, no hay abuelos, tíos, sobrinos, ni hermanos adoptivos, de manera que no se suscita entre ellos obligación alimentaria ni derecho sucesorio. Tampoco existen impedimentos para contraer matrimonio, por el sólo hecho de la adopción, ni aun entre los varios adoptados por una misma persona o un matrimonio.

Terminación

En nuestro derecho la adopción termina por varias razones:

- 1 Por convenio entre el adoptante y el adoptado mayor de edad o su representante si es menor;
- 2 Por revocación por ingratitud del adoptado;
- 3 Por impugnación.

Revocación

El adoptante puede revocar la adopción por ingratitud del adoptado o de común acuerdo con él. Si es menor de edad, es necesario oír a las personas que dieron su anuencia para la adopción, y si requiere resolución judicial.

Se considera ingratitud del adoptado: cometer un delito intencional contra el adoptante, su cónyuge, sus ascendientes, sus o sus bienes descendientes¹⁴; formular querrela o denuncia en su contra, excepto cuando se trate de delito contra el adoptado, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes; o bien cuando el adoptado rehusé dar alimentos al adoptante si éste los requiere.

La revocación voluntaria procede para que el adoptante y el adoptado puedan contraer matrimonio, si así lo desean.

¹⁴ BAQUEIRO ROJAS EDGAR y BUENROSTRO BAEZ ROSALIA, Derecho de Familia y Sucesiones. 1ª ed. Ed. Oxford México 2004. Pág. 221

Toda revocación debe asentarse en actas del Registro Civil y anotarse al margen de las partidas de nacimiento y adopción.

Impugnación

El menor de edad o el incapaz adoptado pueden impugnar la adopción que de ellos se haya hecho, dentro del año siguiente a la mayoría de edad o a la cesación de la incapacidad. Para esto no necesita invocar causa alguna; es una facultad discrecional.

Adopción plena o Legitimación Adoptiva

Por lo general el adoptante desea incorporar plenamente al adoptado a su familia, de ahí que con frecuencia oculte su carácter de adoptado. Es por ello que la adopción simple como la llama el Código Civil Francés) no satisface en la mayoría de los casos, en virtud de lo cual en Francia y España se creó una institución con efectos mayores que se conoce como legitimación adoptiva o adopción plena.

Este tipo de adopción consiste en incorporar de forma definitiva e irrevocable a un infante abandonado, como si hubiera nacido de la pareja. Los vínculos familiares naturales quedan definitivamente rotos, y se establecen nuevos entre el menor y los miembros de la familia de los

adoptantes, con todos los derechos y obligaciones recíprocas de un pariente por sangre.

Al aceptar la legitimación adoptiva o adopción plena, los sistemas francés y español han querido dotarle de los mismos efectos de la filiación, incorporando al adoptado a la familia del adoptante, rompiendo los vínculos de sangre con la familia de origen y borrando toda la diferencia con los hijos de sangre. Por esta razón sólo se acepta en el caso de menores de siete años como máximo, abandonados o de padres desconocidos, cuya adopción sea llevada a cabo por matrimonios. Sólo puede realizarse en estas condiciones y sin posibilidad de revocación.

En este sistema, normalmente se destruyen los documentos que pudieran denunciar el parentesco consanguíneo, y se acaba en la práctica ilegal de registrar como hijo de matrimonio al que ha sido adoptado, incurriendo no sólo en fraude a la ley sino en un delito.

Acogimiento o pequeña adopción

La llamada pequeña adopción por el Código Civil Italiano, en nuestra legislación se regula como tutela legítima de los menores abandonados y acogidos por un particular o una institución para la protección de los menores de edad no sometidos a la patria potestad.

CAPÍTULO SEGUNDO
TEORÍA DEL DELITO (ELEMENTOS OBJETIVOS)
CONDUCTA, TÍPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD.

2.1. LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA

El hombre por naturaleza misma requiere de ordenamientos o mandatos que le ayuden a sostener un ambiente equilibrado para con sus semejantes, ello debido a que la naturaleza le ha dotado de ser sociable, imposible imaginar la vida humana sin contacto con los demás ya que resulta imprescindible para el desarrollo del individuo en sus aptitudes, comportamientos, lenguaje, interacción, etcétera. El individuo por entorno ha requerido y deseado que sus relaciones sean placenteras, llevadas a cabo en un ambiente lleno de armonía alejado de prejuicios o vicios que rompan con ese lazo armónico, en un principio conlleva su interacción homologando sus actos con el grupo, es decir, establece un criterio bien visto por la comunidad que prontamente le hará pertenecer a ella asumiendo las condiciones que ella le impone por medio de sus costumbres o convencionalismos sociales que son parámetros impuestos por el hombre que le permiten sobrellevar la supervivencia frente al grupo.

Volviendo a ejercer acto de presencia de la naturaleza, el hombre

es un ser meramente racional capaz de crear conceptos para traducirlos en juicios que a su vez permiten al sujeto regir sobre su conducta, una conducta inobjetable para que así exteriorice sus pretensiones frente al núcleo, en pocas palabras requiere del pensamiento para comprender lo positivo de lo negativo y a través de ello exteriorizar sus pensamientos en conductas que la sociedad aceptará o rechazará en su caso.

El hombre, al entender lo que es bueno y lo que no es correcto vislumbra los efectos secundarios de su conducta y como hombre que resulta ser tiende a corromper con las reglas que los demás hombres le exigen por lo que la sociedad se ve obligada a aplicar sanciones a dicho sujeto para que entienda que su actuar no es bien visto y para que a su vez los demás seres pertenecientes a ella, visualicen el constreñimiento de esos roles cabe destacar que la comunidad no aplicará castigos arbitrariamente, debe seguir un parámetro común creando un ente denominado Estado quien tiene el vigor suficiente para aplicar sanciones y evitar que sea la propia comunidad la que quebrante sus relaciones y ejerza violencia inmesurable la cual a veces no amerita dicho exceso.

Ahora bien, el Estado impone las reglas para que exista un ambiente igualitario entre los hombres promulgando leyes de estricto Derecho haciéndolas del conocimiento de todos implorando su respeto trayendo como consecuencia que, aquel que ignore los preceptos se hará

acreedor a un cargo; esos preceptos estatales tienen el sentido de ley que al ser violadas, el sujeto inmediatamente pasa a otro ángulo considerándolo como contaminante social.

Si bien es cierto, la conducta humana sólo tiene relevancia para el Derecho Penal. La acción y la omisión deben corresponder al hombre, porque únicamente es posible que éste sea sujeto activo de las infracciones penales; es el único ser capaz de voluntariedad.

El sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. El ofendido es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal.

Hay algunos autores que distinguen entre *objeto material* y *objeto jurídico del delito*. El objeto material lo constituye la persona o cosa sobre quien recae el daño o peligro; la persona o cosa sobre la que se concreta la acción delictuosa. El objeto jurídico es el bien protegido por la ley y que el hecho o la omisión lesionan.

Entre los elementos objetivos del delito encontramos:

- La Conducta
- La Tipicidad

- La Antijuridicidad

2.1.1 CONCEPTO DE CONDUCTA.

Comenzaré diciendo que el delito es ante todo una conducta humana, y la conducta es el primer elemento básico del delito. 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; autores como Fernando Castellanos argumentan que el término conducta es el más apropiado, toda vez que dentro de él se puede incluir correctamente tanto el hacer positivo como el hacer negativo, es decir la acción y la omisión; el actuar y el abstenerse de obrar, por ello resulta más conveniente la denominación conducta.

La conducta al ser estudiada en el ámbito del Derecho Penal, ha sido considerada como un elemento esencial que estructura al delito y que en conjunto con los demás elementos constitutivos contribuye a integrarlo.

Algunos autores han definido a la conducta de la manera siguiente:

Ignacio Villalobos dice: que la conducta del ser humano es un fenómeno eminentemente complejo, en el cual juega un papel importante

en el medio y provocaciones externas, físico y sociales, donde no sólo por los estímulos y provocaciones que constantemente ofrece y que son la primera fuerza generadora de los actos que han de producirse, si no también como el molde en que se forma la personalidad.

Por su parte el maestro Franz Von Liszt, la define como: “Movimiento Corporal voluntario positivo o negativo desencadenante del proceso causal que modifica el mundo exterior”

Fernando Castellanos, en su definición de conducta nos dice que es: “un comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito o a un fin”¹⁵.

De lo anterior se desprende que la conducta humana es la que castiga el Estado, pues es la única que podrá transgredir las normas jurídicas, es decir, el ser humano es el único que por voluntad decide su propia conducta; siendo la responsabilidad penal personal el único al que se puede considerar como sujeto activo del delito. Dentro de la teoría de la acción que maneja Alexander Graf ZuDonha, hace mención de que el delito no siempre requiere un aspecto exterior que puede ser percibido por los sentidos, pues en los delitos por omisión no aparece tal característica, así se puede decir que el delito consiste en la realización o

¹⁵CASTELLANOS FERNANDO. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 35va. Ed. Ed. Porrúa. Pág. 149.

la no realización de una acción. Graf ZuDonha habla de que la voluntad, puede ser dirigida a producir o evitar la actividad corporal y por lo cual se toma la acción y la omisión como dos formas de manifestación de la conducta, por lo anteriormente expuesto decimos que el sujeto comete delito ya sea con un actuar o un no actuar, es decir, con una conducta de hacer o no hacer.

La doctrina nos dice que la conducta es un elemento objetivo del delito, el cual es esencial para que sea constituido.

En cuanto a la clasificación de los delitos atendiendo a la conducta encontramos: delitos de acción o comisión, delitos por omisión o abstención, delitos de simple omisión u omisión propia, delitos de omisión impropia o comisión por omisión.

Por último, para definir la conducta Ignacio Villalobos dice: que la conducta del ser humano es un fenómeno eminente complejo “La conducta es el comportamiento humano, voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito”¹⁶. Es voluntario dicho comportamiento porque es decisión libre del sujeto y es encaminado a un propósito, porque conlleva una finalidad al realizarse la acción u omisión.

¹⁶CASTELLANOS FERNANDO, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, 42 ed. Ed. Porrúa. México 2001. p 149

2.1.1.2. AUSENCIA DE CONDUCTA

Es común que cualquier sujeto que delinque siempre es en base a una conducta que se realiza considerando así que no actúa conforme a las normas jurídicas, aunque la conducta yacza en una omisión, los hechos constituyen la conducta que es considerada como delito.

La ausencia de conducta significa el aspecto negativo del elemento de conducta, y se da cuando existe ausencia total de voluntad del sujeto, misma que no se debe confundir con la omisión, que constituye una forma de conducta, pues vuelvo a reiterar que la ausencia de conducta implica la ausencia de voluntad en el movimiento corporal positivo.

Ocurre que cuando falta cualquier elemento esencial del delito no se establece ningún hecho delictuoso, hemos hablado de la conducta como elemento positivo del delito y dentro del aspecto negativo del fenómeno jurídico social podemos hablar de la falta o ausencia de conducta, que se traduce en un eximente de responsabilidad, es decir si no existe la conducta no se constituye el delito; en la ausencia de conducta el movimiento corporal ya sea positivo o negativo no corresponde a la voluntad del individuo, no hay intervención de la voluntad; sin embargo existe un resultado, pero las causas son ajenas al sujeto ya que no es su voluntad pues encontramos que no hay conducta.

Las causas que impiden la integración del delito por la ausencia de conducta son:

- **Vis Absoluta o fuerza física irresistible.**- Se da cuando el sujeto actúa en virtud de una fuerza física exterior irresistible, es decir, cuando sobre éste se ejerce directamente una fuerza superior a las propias, proveniente de otro ser humano a través de hechos externos y que quien la sufre no puede resistirla, viéndose obligado a ceder ante ella. Por lo tanto, dicho acto no se considera como voluntario, pues aunque aparentemente es él quien comete la conducta considerada como delito, no puede ser responsable ya que obró como un simple instrumento.
- **Vis Mayor o fuerza mayor.**- Es cuando el sujeto realiza un movimiento corporal positivo o negativo, coaccionado por una fuerza mayor, la cual proviene de un fenómeno de la naturaleza, por lo tanto dicho movimiento carece de la voluntad del sujeto activo, de ahí que la ley penal no imponga una sanción, toda vez que éste no se considera responsable.

No debemos olvidar que existen otros factores eliminatorios de la conducta, como son los **movimientos reflejos**, los cuales son movimientos corporales involuntarios, que obedecen a impulsos o excitaciones que no son percibidos por la conciencia, sino que son reacciones producidas por el sistema nervioso central del ser humano,

pues el sujeto esta impedido para controlarlos, es por ello que no existe una conducta responsable, consciente y voluntaria del mismo.

Por lo que se concluye de lo anterior, y de acuerdo con lo que establece la fracción I del Artículo 33º del Código Penal vigente en el Estado de Guanajuato, el delito se excluye cuando el hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente.

Por lo antes dicho las conductas desarrolladas bajo las condiciones descritas no se consideran acciones en las que el individuo comete delito, debe éste desenvolverse bajo la voluntad, siendo necesario el movimiento corporal positivo o negativo como consecuencia de querer realizar la conducta que infringe la norma jurídica.

2.1.2. LA 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, tendientes a cometer una infracción a la ley, ya sea por el mismo o por medio de instrumentos, animales, mecanismos o mediante otras personas.

El autor Fernando Castellanos, define a la acción, como “todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación”¹⁷.

Cabe mencionar, que el hecho al que se refiere dicho autor en su definición, debe ser considerado como la suma de la conducta, más el resultado, que dan como consecuencia su consumación.

Para algunos autores como Cuello Calón, la acción, en sentido estricto, “es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado que consiste en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca”¹⁸.

Para Jiménez de Azua el acto es “la manifestación de voluntad que, mediante acción produce un cambio en el mundo exterior o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda”¹⁹

¹⁷ IBIDEM pág. 149.

¹⁸ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, Tratado de Derecho Penal, Parte General. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1998, p. 355 citado por CASTELLANOS FERNADO, Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Ed. Porrúa, México, 2001, p. 152

¹⁹JIMÉNEZ DE AZÚA LUIS, Principios de Derecho Penal. La Ley y el delito, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1990, p.210 citado por BETANCOURT LÓPEZ EDUARDO, Teoría del Delito, Ed. Porrúa, México 2003, p. 87

Por lo tanto la acción consiste en un acto de voluntad, su exteriorización mediante un hacer o mediante inactividad, y el resultado será la modificación producida en el mundo exterior o el peligro con dicha conducta, de lo que se desprende el nexo causal entre la acción y el resultado.

2.1.2.1. ELEMENTOS DE LA ACCIÓN

Del punto anteriormente expuesto se puede concluir que la conducta tiene tres elementos:

- 1) un acto positivo o negativo (acción u omisión)
- 2) un resultado
- 3) una relación de causalidad entre el acto y el resultado.

1.- Acto positivo o negativo

El acto, es el comportamiento humano positivo o negativo que produce un resultado. Positivo será una acción, que consiste en una actividad, en un hacer.

Se ha quedado señalado como primer elemento de la acción al movimiento o 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.

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

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.

“La acción se realiza por manifestación de la voluntad, dirigida conforme a su esencia, a un fin. El que un determinado comportamiento relevante socialmente ‘movimiento corporal’ o ‘reposo corporal’, pueda ser valorado como acción, depende de que ésta conducta física este o no dirigida por la voluntad. Tan sólo en el primer caso se puede hablar de

una acción, del ámbito de la acción se deben separar, pues, aquellas formas de conducta que no es producto de una voluntad rectora, no resultará excluida, por el contrario, la cualidad de la acción, de una conducta que se presente como resultado de la manifestación no libre de la voluntad. La voluntad de la acción es neutra valorativamente; constituye un proceso psicológico. Es pues también voluntario el proceso en el que, por coacción exterior (situación de necesidad) o disposición interna (in imputabilidad), no es libre de decisión volitiva. Los límites entre la falta y de atribuibilidad de una acción existente, no se pueden trazar siempre con seguridad".²⁰

Esto quiere decir que existen situaciones en las que no se pueden atribuir ciertas conductas a los sujetos en virtud de que han actuado en forma involuntaria o inconsciente, presentándose la ausencia de conducta, como es el caso de los movimientos reflejos, fuerza mayor, fuerza física superior irresistible, etcétera .

2.- El resultado

Ahora hablaré del resultado de la acción, el cual debe ser castigado por la ley penal, es decir, deberá configurar un delito descrito y penado en

²⁰MAURACH REINHART, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Ed. Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, pp. 214 y 215 citado por BETANCOURT LÓPEZ EDUARDO, Teoría del Delito, Ed. Porrúa, México 2003, p. 91

la ley, será intrascendente que lesione intereses jurídicos protegidos por la ley o sólo 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, es decir, el resultado es el efecto voluntario en el mundo exterior, o más precisamente, la modificación del mundo exterior como efecto de la actividad delictuosa”²¹.

Respecto al resultado de los delitos pueden ser formales o materiales con independencia del propósito. Los formales son los 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; los delitos de resultado material son en los que se produce materialmente un resultado exterior.

Al producir la acción un resultado, se comete una violación a un bien jurídico, así, por el daño que causan, los delitos pueden ser de lesión y de

²¹MAGGIORE GUISEPPE, Derecho Penal, Tomo I 5ª ed. Ed. Temis, Bogotá 1989, p. 357 citado por BETANCOURT LÓPEZ EDUARDO, Teoría del Delito, Ed. Porrúa, México 2003, p. 94

peligro, los primeros causan un menoscabo a un bien jurídico; los de peligro no lesionan ningún bien jurídico, sólo lo ponen en peligro.

3.-Una relación de causalidad entre el acto y el resultado.

Anteriormente señalé que en la conducta debe establecerse la relación de causalidad entre la acción física y el resultado externo para que sea atribuible al sujeto, esto es, debe 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, es decir, es el vínculo o conexión que se da entre la conducta y el resultado, dicho nexo es el que une a la causa con el efecto, pues no podría sancionar al sujeto activo por la comisión del delito, si el resultado del cual depende la existencia del mismo no es consecuencia de su propia conducta.

2.1.3. LA OMISIÓN

Como forma de conducta, pero desde el punto de vista negativo, se tiene a la omisión, que es una conducta inactiva, sin embargo es necesario mencionar que no toda inactividad es omisión, pues la omisión es una manifestación de la voluntad que se exterioriza en una conducta

pasiva, en un “no hacer”, pero no toda inactividad voluntaria constituye una omisión penal, pues para que exista es necesario que la norma penal ordene la ejecución de un hecho determinado.

Por lo tanto podemos decir que la omisión consiste en un abstenerse de obrar de tal o cual manera, haciendo o bien dejando de hacer, algo que la ley nos exige realizar.

2.1.3.1. CONCEPTO

Para el maestro Cuello Calón, la omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la ley penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado.²²

2.1.3.2. CLASES

Dentro de la omisión se puede distinguir:

- a) ***Omisión Simple.***- Consiste en un no hacer lo que se debe hacer, violando de ésta forma una norma dispositiva, con la cual se produce un resultado típico. Aquí el tipo penal se colma con la falta de una actividad jurídicamente

²²CUELLO CALON citado por CASTELLANOS FERNADO, Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Ed. Porrúa, México, 2001, p. 153

ordenada, sin que se requiera para ello de un resultado material.

- b) **Comisión por omisión.-** En ella existe una doble violación de deberes, una de obrar y otra de abstenerse, y por ello es que se infringen dos normas, una dispositiva (que impone el deber de obrar) y una prohibitiva (que sanciona la acusación del resultado material penalmente tipificado), pues es necesario un resultado material y un resultado típico, dándose así una mutación en el mundo exterior mediante un no hacer lo que la ley estrictamente ordena. Para la existencia de la Comisión por omisión, se requiere una omisión, un no hacer, que traiga consigo el quebramiento de una norma dispositiva, que tenga una consecuencia mediata, querida y admitida por el sujeto activo por lo tanto, no se sanciona la omisión en sí, sino el resultado que se produjo.

2.1.3.3 ELEMENTOS DE LA OMISIÓN

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

- Manifestación de la voluntad
- Una conducta pasiva (inactividad)
- Deber jurídico de obrar
- Resultado típico jurídico

Todos estos elementos se encuentran unidos por el nexo causal, sin embargo, se ha estimado que en los delitos de simple omisión, al no existir el resultado material alguno, es en vano ocuparse de la relación de causalidad, en virtud de que sólo implica un resultado jurídico, y únicamente en los delitos de comisión por omisión existe nexo de causa a efecto al producirse un cambio en el mundo exterior (material) además del resultado jurídico.

2.1.3.4. DIFERENCIAS FUNDAMENTALES ENTRE LAS CLASES DE OMISIÓN.

Toda vez que ya analizamos ambos tipos de omisión, encontramos las siguientes diferencias fundamentales:

DELITOS DE OMISIÓN SIMPLE	DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN
Se viola únicamente una norma preceptiva penal.	Se viola una norma preceptiva penal o de otra rama del derecho y una norma prohibitiva de naturaleza estrictamente penal.
Sólo se da un resultado jurídico.	Se produce un resultado jurídico y material.
Es la omisión la que integra el delito.	Es el resultado material lo que configura el tipo punible.

2.2 TIPICIDAD Y SU AUSENCIA

La tipicidad, es el elemento objetivo del delito, adicionado por Ernesto Von Beling en 1906 a la definición dogmática del delito de Franz Von Liszt.

Para Porte Petit, tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo. Esto se concreta en el siguiente enunciado: “nulum crimen sine tipo”²³

²³PORTE PETIT citado por BETANCOURT LÓPEZ EDUARDO, Teoría del Delito, Ed. Porrúa, México 2003, p. 115

Ahora bien, se puede decir, que la tipicidad es: el encuadramiento de una conducta con la disposición hecha en la ley, es decir, la coincidencia del comportamiento con lo descrito por el legislador.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 14º, establece en forma expresa lo siguiente: “... En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata...” a lo que podemos concluir que no existe delito sin tipicidad.

Por otra parte, es preciso señalar que este elemento objetivo del delito tiene su función y que al respecto Jiménez de Azúa ha precisado que la tipicidad desempeña una función predominante descriptiva y que se relaciona con la antijuridicidad por concretarla en el ámbito penal.

De igual forma es necesario mencionar que la tipicidad representa un juicio de valor, es decir, se valora la conducta que se da en la realidad para así determinar si reúne o no los elementos que el tipo exige.

2.2.1. DEFINICIÓN DE TIPO Y TIPICIDAD

TIPO.- Es la descripción en abstracto hecha por el legislador, de una conducta o de un hecho que es considerado como delictuoso.

TIPICIDAD.- Es la adecuación, el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en el tipo penal.

La tipicidad exige para su configuración, el agotamiento exhaustivo de la conducta en concreto, a la descrita en la ley penal.

2.2.2. ELEMENTOS DEL TIPO

El tipo tiene dos clases de elementos y éstos son:

- **ELEMENTOS OBJETIVOS:** De acuerdo con Ernesto Von Beling, los elementos objetivos del tipo son:

A. **Conducta.-** Que es todo movimiento corporal voluntario positivo o negativo desencadenante del proceso causal que modifica el mundo exterior.

- B. **Nexo Causal.**- Es el vínculo que une a la conducta con su resultado en una relación de causa – efecto.
- C. **Resultado.**- Es la consecuencia de la conducta, siendo ésta la modificación que se produce en el mundo exterior.
- D. **Especiales formas de ejecución.**- Son los medios comisivos del delito.
- E. **Modalidades de tiempo, lugar u ocasión.**- Algunos tipos penales exigen estas modalidades, ya que determinadas conductas delictuosas deben desarrollarse en un lugar o tiempo determinado porque así lo exige el tipo penal, o bien se puede aprovechar de la ocasión o de un momento de descuido para cometer la conducta delictuosa.
- F. **Sujeto.**- Éstos pueden ser de dos clases:

- Activo: Es la persona que lleva acabo la conducta delictuosa descrita por el tipo.
- Pasivo.- Es el titular del bien jurídico tutelado, es decir, la persona que se ve directamente afectada en su persona o intereses.

Es necesario distinguir el sujeto pasivo del ofendido, pues éste último es la persona que reciente la conducta delictuosa, pero de manera indirecta.

Respecto a la calidad podemos decir que algunos tipos penales exigen a los sujetos activos o pasivos, que tengan determinada calidad para poder tipificarlos.

En cuanto al número, algunos tipos penales requieren una pluralidad de personas que desarrollen la conducta.

G. **Objeto Material.**- Lo constituye la persona o cosa sobre quien recae la conducta delictuosa, daño o peligro.

H. **Objeto Jurídico.**- Es el interés social jurídicamente protegido.

- **ELEMENTOS SUBJETIVOS:** Fueron descubiertos por Ernest Mayer en 1915, al darse cuenta de que algunas descripciones penales de las conductas, exigían cierto aspecto anímico del individuo, siendo los ánimos, propósitos, fines, saberes; sin embargo posteriormente Edmundo Mezger introduce los llamados elementos normativos.

1. **Ánimos.**- Que no es otra cosa más que la intención o voluntad
2. **Propósitos.**- Es la intención, el ánimo de hacer o dejar de hacer tal o cual cosa.
3. **Fines.**- es tener algún motivo.

4. **Saberes.-** Significa tener conocimiento de una cosa.
5. **Elementos Normativos.-** Son juicios de valor que se dejan a la interpretación del juzgador, tomando en consideración lo que por ellos se entiende en la sociedad, y entre éstos tenemos la honestidad, honor, castidad, propiedad, posesión, entre otros.

2.2.3. PRINCIPIOS GENERALES DE LA TIPICIDAD

La tipicidad se complementa por diversos principios supremos que constituyen en nuestro Sistema Jurídico Mexicano una Garantía de Legalidad, y éstos son:

- Nullum Crimen Sine Lege (No hay delito sin ley)
- Nullum Crimen Sine Tipo (No hay delito sin tipo)
- Nulla Poena Sine Tipo (No hay pena sin tipo)
- Nulla Poena Sine Lege (No hay pena sin ley)

2.2.4. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS EN ORDEN AL TIPO

Los tipos penales han sido objeto de clasificación en virtud de la variedad de modalidades o circunstancias en que se dan los delitos. Es

por ello que para efectos técnicos y didácticos, el maestro Fernando Castellanos los clasifica de la siguiente manera:

1.- **POR SU COMPOSICIÓN.**- Los tipos penales pueden ser:

- **Normales**.- Son aquellos que hacen una descripción objetiva del tipo, ya que únicamente se compone de elementos objetivos.
- **Anormales**.- Además de hacer una descripción objetiva, introducen elementos subjetivos o normativos que debemos valorar cultural o jurídicamente.

2.- **POR SU ORDENACIÓN METODOLÓGICA.**- Pueden ser:

- **Fundamentales o Básicos**.- Son aquellos que tienen una plena independencia.
- **Especiales**.- Son los formados por el tipo penal básico o fundamental y algún otro elemento distintivo con el cual se crea un nuevo tipo penal que absorberá al tipo básico.
- **Complementados o Privilegiados**.- Estos tipos penales están formados por el tipo básico y una peculiaridad o circunstancia distinta, la cual no elimina al tipo fundamental, sino que únicamente se agrega a él.

A su vez los tipos especiales y complementados pueden ser: **Agravados o Privilegiados**, según resulte o no un delito de mayor entidad.

- **Agravados.**- Son agravados, cuando las penas se aumentan, es decir, se toma en cuenta la sanción que previene el tipo penal básico y ésta se aumenta atendiendo a las circunstancias o al grado de peligrosa.
- **Son privilegiados** cuando las penas se reducen hasta un tanto por ciento del tipo básico.

3.- POR SU AUTONOMÍA O INDEPENDENCIA.- Los tipos penales son:

- **Autónomos o Independientes.**- Son los que tienen vida propia, y no dependen de ningún otro tipo penal para existir.
- **Subordinados.**- son lo contrario de los tipos autónomos, pues éstos si requieren de la existencia de otro tipo penal para subsistir, ello por su carácter circunstanciado, respecto al tipo básico.

4.- POR SU FORMULACIÓN.- Pueden ser:

- **De formulación Casuística**.- Son aquellos en los cuales el legislador plantea varias formas de realización o ejecución del delito, y no una sola modalidad. Éste a su vez se divide en:

Alternativamente formados.- Aquí se prevén dos o más hipótesis comitivas y el tipo se colma con cualquiera de ellas.

Acumulativamente formados.- En éstos se requiere el concurso de todas las hipótesis que el legislador plasmó en el tipo penal.

- **De formulación amplia**.- A diferencia de los tipos de formulación casuística, en los tipos de formulación amplia se describe una hipótesis única, en la cual caben todas las formas o modos de ejecución, es decir el sujeto activo llega al mismo resultado por diversas vías.

5.- POR EL DAÑO QUE CAUSAN.- Pueden ser:

- **De Daño o de Lesión**.- Se requiere de un resultado, es decir, de una destrucción, deterioro o disminución del bien jurídicamente protegido.
- **De peligro**.- No se precisa el resultado, pues basta con que se ponga en riesgo al bien jurídicamente protegido.

2.2.5 ATIPICIDAD

Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo penal, se presenta el aspecto negativo del Delito llamado Atipicidad.

La aplicación consiste en la falta total o parcial de la adecuación o encuadramiento del hecho o conducta del tipo. Así, si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa. La falta del tipo o ausencia de tipo se refiere a que el hecho o conducta no aparecen en la ley, no existe en el tipo; y jamás se podrá hablar que algún hecho o conducta pueden ser atípicos porque no hay posibilidad de encuadrarlos a un tipo inexistente.

DIFERENCIAS ENTRE ATIPICIDAD Y AUSENCIA DE TIPO	
ATIPICIDAD	AUSENCIA DE TIPO
Existe tipo penal pero la conducta no se amolda a él.	Se da cuando el legislador no describe la conducta que según el sentir general debe ser incluida en la norma jurídico penal.
Impide la configuración del delito.	Presupone la imposibilidad de dirigir la persecución en contra de quien despliegue la conducta que conforme al sentir general debe ser incluida en la legislación penal.

Según Fernando Castellanos las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes:

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

2.3. ANTIJURIDICIDAD Y SU AUSENCIA

Al hablar de la antijuridicidad se hace referencia a la contradicción entre la conducta típica realizada y lo que exige un dispositivo legal, es decir, la antijuridicidad consiste en la contradicción de la conducta típica con el ordenamiento jurídico considerado globalmente.

Dicho de otra manera, la antijuridicidad es lo contrario a Derecho; por lo que no es suficiente que el hecho delictuoso encuadre en el tipo

penal, sino que es necesario que el mismo sea antijurídico, es decir contrario a Derecho.

La antijuridicidad constituye uno de los elementos objetivos del delito en virtud de la relación de contracción entre la conducta típica con las normas objetivas contenidas en la ley, por lo que toda conducta típica puede ser antijurídica siempre y cuando no exista una causa que la justifique establecida en la Ley Sustantiva.

2.3.1. NOCIÓN DE ANTIJURIDICIDAD

Doctrinariamente la antijuridicidad, se ha definido como la relación de contradicción entre la conducta típica y el orden jurídico. Como la antijuridicidad es un concepto negativo, lógicamente es una idea negativa, pues para que la conducta del hombre sea delictuosa, debe contravenir las normas penales.

La teoría de la antijuridicidad adquirió consistencia jurídica con los estudios realizados por el jurista alemán Carlos Binding en 1872.

El prestigiado maestro Carrara, representante de la escuela clásica, había sostenido que el delito era lo contrario a la ley.

Binding rechazó esta tendencia y puntualizó que el delincuente no viola la ley penal, sino que se ajusta exactamente a ella, el Código Penal no prohíbe conductas, sólo se concreta a describirlas. El delincuente quebranta la norma que esta por encima de la ley, violando así la norma prohibitiva. Las normas ético prohibitivas como “no hurtarás o no matarás” son las que viola el delincuente al adecuar su conducta a la descrita en el precepto legal.

Por su parte el maestro Ignacio Villalobos expone: “El derecho penal para quienes no compartimos la interpretación demasiado cortante que se ha dado a las ideas de Binding, no se limita a imponer penas; como guardián del orden público es el mismo el que señala los actos que deben reprimirse y por ello es incuestionable que lleva implícito en sus preceptos un mandato o una prohibición que es la substancial y lo que resulta violado por el delincuente”²⁴.

Marx Ernesto Meyer, creó la teoría de “las normas de la cultura”, al estudiar exhaustivamente el concepto de antijuridicidad, concluye que el orden jurídico es, en realidad un orden cultural y que por tanto, la antijuridicidad es la infracción de las normas de cultura y que, por tanto, la antijuridicidad es la infracción de las normas de la cultura reconocidas por

²⁴ VILLALOBOS IGNACIO citado por CASTELLANOS FERNANDO, Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Ed. Porrúa, México, 2001, p. 162.

el Estado. La Armonía de lo social obedece al cumplimiento de ciertas órdenes de prohibiciones que constituyen las normas de cultura, acogidas por el derecho.

2.3.2. ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL

Como hemos venido mencionando, la antijuridicidad es lo contrario a derecho, esto es un concepto indiviso porque es un juicio sustancial, no obstante existen dos tipos de antijuridicidad, la formal y la material, mismas que atendiendo a su origen una será la forma y la otra el contenido de la antijuridicidad.

La antijuridicidad formal es el hecho de que la conducta encuadre en el tipo, y la antijuridicidad materiales la contradicción de la conducta con los valores sociales o culturales que tutelan la norma.

Al respecto el español Eugenio Cuello Calón, dice que en la antijuridicidad hay un doble aspecto, que consiste en la rebeldía contra la norma jurídica (siendo esto la antijuridicidad formal) y el daño o perjuicio social causado por esta rebeldía (constituyendo la antijuridicidad material).

2.3.3. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Las causas de Justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad, eliminan la antijuridicidad de la conducta, pero la eliminación de este esencial elemento del delito requiere de una expresa declaración.

Las causas de justificación son autorizaciones legales para cometer la conducta prohibida por la norma o para omitir la acción impuesta por ésta, deduciéndose así que las causas de justificación deben estar expresamente señaladas por la ley.

Jiménez de Azua las define como: “son causas de justificación las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que revisan aspecto del delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de sus antijurídicos, de contrario al derecho, que es el elemento más importante del crimen”²⁵.

²⁵JIMÉNEZ DE AZÚA LUIS, Principios de Derecho Penal. La Ley y el delito, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1990, p.210 citado por BETANCOURT LÓPEZ EDUARDO, Teoría del Delito, Ed. Porrúa, México 2003, p. 115.

Existen diferentes teorías en relación a cuáles son las causas de justificación aplicables. El artículo 33º del Código Penal vigente en el Estado de Guanajuato, establece lo siguiente:

Art. 33º .- El delito se excluye cuando:

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

II.- Cuando falte alguno de los elementos del tipo penal que se trate.

III.- Se obre en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho.

IV.- Se actúe con el consentimiento válido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquellos de que pueden disponer lícitamente los particulares.

V.- Se obre en defensa de bienes jurídicos, propios o ajenos, contra agresión ilegítima, actual o inminente, siempre que exista necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla o impedirarla.

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

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

Es inoperante esta justificación en los delitos derivados del incumplimiento de sus obligaciones, cuando las personas responsables tengan el deber de afrontar el peligro.

VII.- Al momento de realizar el hecho típico y por causa de enfermedad mental que perturbe gravemente su conciencia sin base patológica, el agente no tenga la capacidad de comprender o de conducirse de acuerdo a esa comprensión.

VIII.- Se realice la acción o la omisión de bajo un error invencible:

- Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o
- Respecto de la licitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que éste justifica su conducta.

IX.- Atentas las circunstancias que ocurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que se realizó, en virtud de no haberse podido determinar o actuar conforme a derecho; o

X.- El resultado típico se produce por caso fortuito.

2.3.3.1. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO

Es aquel comportamiento autorizado en la Ley que, particularmente lesiona bienes jurídicos de terceros de manera impune, bajo la idea de que quien ejercita su derecho actúa justificadamente, cualquiera que sea el precepto y el cuerpo de leyes a que pertenezca.

En otras palabras diremos que es una causa de justificación el cumplimiento de un deber, que surge junto con el ejercicio de un derecho, y obran como tales, siempre que exista una necesidad racional de por medio empleado para cumplir el deber, o bien, ejercitar el derecho y que éste existe no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro.

Ambas están constituidas por actos legítimos que se ejecutan conforme a lo establecido por la norma, dando cumplimiento a un deber o el ejercicio de un derecho, ya sea para proteger los bienes jurídicos tutelados o para auxiliar en sus funciones de trabajo.

2.3.3.2. CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO

El consentimiento del sujeto pasivo es la manifestación más antigua del principio de ausencia de interés, sin embargo, dicho consentimiento debe ser válido, de acuerdo con la ley; por lo que dicha expresión debe de interpretarse, en el sentido de relevancia o eficacia, esto es, el hecho se justifica cuando se realiza con el consentimiento válido del sujeto pasivo, siempre y cuando el bien jurídico afectado sea de aquellos que lícitamente los particulares pueden disponer de él.

Ahora bien, para que sea válido el consentimiento como causa de justificación, se requiere:

- Que provenga del titular del bien jurídico tutelado.
- Que verse sobre bienes disponibles jurídicamente por su titular.
- Que provenga de una persona capaz
- Que la voluntad no esté viciada²⁶

2.3.3.3. LEGÍTIMA DEFENSA

Ésta es una causa de justificación de las más importantes, por tanto los valores jurídicos involucrados como por ser la que más frecuentemente se presenta.

Desde los tiempos más antiguos, la legítima defensa fue un hecho que no se castigaba, en virtud de que no se consideraba como un actuar natural y normal del hombre, pues empleaba la defensa para impedir que se afecten o vulneren sus bienes o los de terceras personas tales como: la vida, la integridad corporal, el pudor, el honor, la libertad, o bien su patrimonio. De ahí que el legislador se ha visto en la necesidad de que este derecho, se estableciera dentro de un ordenamiento jurídico, así éste pudiera figurar como una causa de justificación.

²⁶ CARDONA ARIZMENDI, ENRIQUE Y OTRO. Código Penal Comentado del Estado de Guanajuato. 3ª ed. Orlando Cárdenas Editor. México 1996. Pág. 159

La legítima defensa ampara cualquier bien jurídico, pues en la ley no se precisa ni se excluye a ninguno de ellos; partiendo de lo anterior se entiende que todos los bienes jurídicos son susceptibles de protección por la legítima defensa, es por ello que debemos destacar que dicha protección se refiere no sólo a bienes propios sino también a los ajenos.

Por lo tanto, ahora podemos decir que, la legítima defensa se define como: “el rechazo de una agresión actual, injusta, en la medida necesario racional, que tenga por objeto proteger bienes jurídicos del agredido”.

Al respecto dice Cuello Callón: “es legítima la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor”²⁷.

El maestro Jiménez de Azua, define a la legítima defensa como la repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirle o repararla²⁸.

²⁷CUELLO CALON citado por CASTELLANOS FERNADO, Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Ed. Porrúa, México, 2001, p. 170.

²⁸BETANCOURT LÓPEZ EDUARDO. Op. Cit., Supra (23) pág. 145.

Conforme a las definiciones que anteceden, podemos decir que entre los elementos de la legítima defensa figuran:

1.- **Una agresión.-** Por agresión debe entenderse, como la conducta de un ser que amenaza lesionar intereses jurídicos tutelados.

Dicha agresión ha de ser:

- **Real.-** Es decir, la agresión no debe ser hipotética, imaginaria o de simple suposición o presentimiento, ya que la naturaleza de la agresión ha de ser objetiva, pues si no existe la agresión objetivamente, entonces no habrá legítima defensa.
- **Ilegítima.-** Una de las primeras exigencias de la legítima defensa, es que se trate de una agresión ilegítima por parte del que resulta ofendido por el hecho, pues si se repele la agresión agrediendo a su vez, no podrá darse la defensa del primer agresor.
- **Actual o inminente.-** La agresión debe ser actual, pues no cabe defensa contra agresiones o pasadas o acciones futuras. Por lo tanto la agresión debe ser presente o muy próxima. Sin embargo, la defensa no sólo se da contra una agresión actual, sino que también cabe la posibilidad de que la agresión sea inminente, pues nuestras propias leyes, hacen referencia a impedir la agresión o

bien a repelerla, de esta forma repelemos lo actual pero impedimos lo inminente.

- ***En contra de bienes jurídicos propios o ajenos.***

2.- La repulsa o necesidad racional de la defensa empleada.-

Es decir se debe rechazar, evitar o impedir la agresión, para que la defensa quede totalmente legitimada debe reunir las siguientes características:

- *El ánimo de defensa.-* En donde forzosamente debe existir la voluntad de defenderse.
- *La necesidad de la defensa.-* Misma que ha de juzgarse en orden al bien jurídico y al tipo de delito que se realizaría sin la intrínseca justificación del acto.
- *La causa y proporción.-* es decir la provocación ha de ser suficiente para que no se de el exceso en los medios empleados y de esta forma no surja una defensa excesiva.

3.- Que no medie provocación.- Como ya se dijo en supra líneas, el agredido no debe provocar o dar causa a la agresión.

2.3.3.4. ESTADO DE NECESIDAD

Von Liszt afirma que el estado de necesidad “es una situación de peligro actual para los intereses protegidos por el Derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos”²⁹. Por lo tanto el estado de necesidad existe cuando una situación de peligro real, actual o inminente debe, sacrificarse un bien jurídico tutelado para salvaguardar otro bien jurídico tutelado de mayor valor.

En otras palabras podríamos decir que el estado de necesidad es: Es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona.

Al respecto, nuestro Código Sustantivo Penal, en su artículo 33º fracción VI, establece lo siguiente: “El delito se excluye cuando:

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

a) Que el peligro sea actual o inminente

²⁹ LISZT, citado por CASTELLANOS Op. Cit. Supra (16) pág. 203

- b) Que el titular del bien salvado no haya provocado dolosamente el peligro y
- c) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.”³⁰

El estado de necesidad al constituirse como una causa de justificación, es indispensable distinguir si los bienes en conflicto son de igual o de diferente valor, si el sacrificado es de menor valor que el amenazado. Así pues, el estado de necesidad encuentra su fundamento en el valor preponderante, que dentro de la jerarquía de los bienes en conflicto tiene el bien salvado con relación al bien sacrificado.

Elementos del Estado de Necesidad

Como ya se mencionó, los elementos que debe reunir esta figura son:

1.- Una situación de peligro real, actual e inminente.- El peligro es la posibilidad de sufrir un mal, éste ha de ser real, pues si se trata de conjeturas imaginarias indudablemente no podría configurarse la exigente, además el peligro debe ser presente o próximo.

³⁰ CODIGO SUSTANTIVO PENAL DEL ESTADO GUANAJUATO. Comentado por el Lic. Francisco Javier Guiza Alday. 8va ed. Ed. Librería Yussim. Pág. 13

2.- Que ese peligro no haya sido ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia del agente.- Es decir, que el titular del bien salvado, no haya provocado dolosamente el peligro, o bien que haya dado voluntariamente causa a ese peligro.

3.- Un ataque por parte de quien se encuentra en el estado de necesidad.

4.- Que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado.- ya sea propio o ajeno.

5.- Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.- Es decir, que la persona no pueda evitar el peligro de otra manera y que el bien jurídico que se salva sea superior al que se sacrifica.

Diferencia entre el Estado de Necesidad y Legítima Defensa.

A simple vista el Estado de Necesidad y la Legítima Defensa parecen ser lo mismo, sin embargo existen diferencias que son necesarias puntualizar, tales como:

LEGÍTIMA DEFENSA	ESTADO DE NECESIDAD
Existe agresión	NO hay agresión
Se crea una lucha	No existe esa lucha, sino un conflicto de intereses legítimos.

CAPÍTULO TERCERO
TEORÍA DEL DELITO (ELEMENTOS SUBJETIVOS)
IMPUTABILIDAD, CULPABILIDAD

3.1. LA IMPUTABILIDAD Y SU AUSENCIA

Para que un sujeto pueda ser calificado como culpable de algún delito primeramente deberá ser considerado como un sujeto capaz de obrar en el derecho penal, es decir, que la persona tenga capacidad, para así atribuirle responsabilidad en sus actos. Es la aptitud del sujeto, quien por su desarrollo físico y psíquico debe de respetar la ley, y que así mismo convierta esa aptitud en acciones u omisiones que no transgredan la ley. Es decir, se comienza con el examen del aspecto subjetivo del mismo, es decir, el análisis de aquellas características de orden interno que reactivan a las conductas típicas y antijurídicas para que las mismas sean susceptibles de punirse, de tal forma que la imputabilidad forma parte esencial en la Teoría del Delito, junto con la culpabilidad.

3.1.1. CONCEPTO DE IMPUTABILIDAD

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

El diccionario Jurídico Mexicano define a la imputabilidad como: “La capacidad, condicionada por la madurez y salud mental, de comprender el carácter antijurídico de la propia acción u omisión y de determinarse de acuerdo a esa comprensión”³¹.

Mientras que para el maestro Ernesto Mayer, la imputabilidad “es la posibilidad condicionada por la salud mental y el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente”.³²

Por su parte Fernando Castellanos, la define como “el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder a dicho acto”.

Dicho de otra manera, la imputabilidad no es más que 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 material y la edad biológica para desplegar esa decisión.

³¹ www.bibliojuridicas.com

³² MAYER, citado por CASTELLANOS Op Cit. Supra (16) Pág. 218.

3.1.1.1. LA IMPUTABILIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA CULPABILIDAD

Algunos autores, principalmente alemanes, tocan los temas de imputabilidad y culpabilidad dentro de una misma denominación: culpabilidad; sin embargo es importante hacer la distinción de la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad y no como elemento de ella.

Al respecto, el jurista español Jiménez Azua menciona que la culpabilidad y la responsabilidad son consecuencia tan directa e inmediata de la imputabilidad, que las tres ideas son a menudo consideradas como equivalentes y las tres palabras como sinónimas.³³

En cuanto a la Dogmática Penal, quien considera a la imputabilidad como formadora del elemento culpabilidad, de tal manera que para que un sujeto pueda ser culpable, es necesario que sea imputable.

Se atribuye al individuo la imputabilidad cuando es sano mentalmente, capaz de tener una relación con el mundo exterior, es decir, que el sujeto tiene un discernimiento y una voluntad para querer y obrar ya sea con apego a las normas penales o en contra de éstas mismas. Se

³³JIMÉNEZ DE AZÚA LUIS, Principios de Derecho Penal. La Ley y el delito, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1990, p.228 citado por BETANCOURT LÓPEZ EDUARDO, Teoría del Delito, Ed. Porrúa, México 2003, p. 145.

dice que es imputable cuando se reúnen las facultades psíquicas para mantener un nexo social con su entorno, por lo tanto quien carezca de dichas facultades no podrán ser responsable penalmente, Ignacio Villalobos la define como una calidad o un estado de capacidad del sujeto.

La imputabilidad se acepta como un presupuesto de culpabilidad, siendo la capacidad del individuo la que le permite actuar dentro del orden jurídico establecido, es decir, el sujeto se ostenta con tal para actuar dentro del derecho penal.

Regularmente se dice que la imputabilidad está determinada por un mínimo físico representado por la edad y por otro psíquico que consiste en la salud mental del individuo.

De ahí se desprende que la imputabilidad exige dos límites mínimos para su existencia:

1.- Límite físico.- Consiste en una edad mínima en la que el sujeto al alcanzar determinado desarrollo logra el desarrollo psíquico suficiente para poder ser considerado imputable.

2.- Límite psíquico.- Consiste en la capacidad de querer y entender.

Luis Jiménez de Azua nos menciona que imputar un hecho a un individuo

es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias, es decir, para hacerle responsable de él, puesto que tal hecho es culpable. La culpabilidad y la responsabilidad son consecuencias equivalentes y a su vez sinónimas. Sin embargo, dichos conceptos pueden ser diferenciados así: la imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona; la responsabilidad resulta de la imputabilidad, puesto que es responsable quien tiene la capacidad para sufrir las consecuencias del delito, si bien es cierto, en última instancia, es una declaración que resulta del conjunto de caracteres del hecho punible; y por último, la culpabilidad es un elemento característico de la infracción y de carácter normativo, puesto que no se puede hacer sufrir a un individuo las consecuencias del acto que le es imputable mas que a una condición de declararse culpable de él.

Para concluir, podemos decir, que son imputables: Aquellos sujetos que por reunir las condiciones psíquicas de madurez y salud mental que la ley reclama, se encuentran capacitados para querer, entender y responder ante el Estado y la sociedad por sus acciones contrarias al ordenamiento jurídico-penal.

3.1.2. ELEMENTOS DE LA IMPUTABILIDAD

La imputabilidad contiene dos elementos cuya ausencia da lugar a la inimputabilidad. Y son:

- A) Intelectual o Capacidad de entender.- Que se traduce en el conocer y saber, es decir, en tener la capacidad de raciocinio y comportarse de acuerdo a esa comprensión; y
- B) Volitivo o Capacidad de Querer.- Que se traduce en el querer, es la voluntad de querer realizar el hecho, comportándose acorde a la comprensión que tiene el individuo. En tal virtud se establece que un sujeto es responsable de un acto delictivo porque es capaz para imputársele la conducta castigada por las leyes penales.

3.1.3. LA INIMPUTABILIDAD

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad y consiste en la ausencia de capacidad para querer y entender dentro del ámbito del Derecho Penal. Si la imputabilidad es la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito de la conducta o determinar conforme a esa comprensión, la inimputabilidad, supone la ausencia de dicha capacidad para comprender la ilicitud del hecho o bien para determinarse conforme a esa comprensión, pues el agente no se encuentra en condiciones de que se le atribuya el acto que realizó.

3.1.3.1. CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

Las causas de inimputabilidad, son todas aquellas capaces de anular, ya sea el desarrollo y salud de la mente, en tal caso el sujeto no goza de la aptitud psicológica para delinquir.

Jiménez de Azua las definía así: “son causas de inimputabilidad: la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber; esto es, aquellas causas en la que si bien el hecho es típico y antijurídico, el agente no se encuentra en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetro”³⁴.

El Código Penal vigente en el Estado de Guanajuato maneja como causas de inimputabilidad en su artículo 33^o, las siguientes:

“Fracción VII.- Al momento de realizar el hecho típico y por causa de enfermedad mental que perturbe gravemente la conciencia, de desarrollo psíquico incompleto o retardado, o de grave perturbación de la

³⁴ JIMENEZ DE AZUA, LUIS. Citado por López Betancourt. Teoría del Delito. 6ª ed. Ed. Porrúa. Pág. 191.

conciencia sin base patológica, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo a esa comprensión”³⁵.

De lo anterior, podemos deducir las siguientes causas de inimputabilidad.

CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD
Perturbación grave de la conciencia con base patológica.
Perturbación grave de la conciencia sin base patológica.
Desarrollo mental, intelectual retardado o incompleto.
Minoría de edad, puesto que el legislador determina que los menores de 18 años no tienen capacidad de querer y comprender.
Perturbación grave de la conciencia, cuando es producto de la ingestión de drogas o alcohol, siempre y cuando ésta haya sido de manera involuntaria, por error invencible. Dentro de la dogmática penal, esto último se conoce como Acciones Liberae in Cause, es decir, acciones libres en su causa pero determinantes en su efecto. Las cuales consisten en que el sujeto, antes de cometer el delito realiza actos sin libre voluntad o bajo un error invencible que lo colocan en un estado en el cual no es imputable por lo que la ley no lo considera responsable del delito.

³⁵ CODIGO SUSTANTIVO PENAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO. 8va ed. Librería Yussim. Pág.-. 15

3.2. LA CULPABILIDAD Y SU AUSENCIA.

La culpabilidad es el elemento subjetivo del delito de mayor trascendencia. Se estudia conjuntamente con la imputabilidad del sujeto que realiza la conducta típicamente antijurídica y que ahora es necesario que sea imputable para que consecuentemente pueda ser culpable y pueda interponérsele una pena en base al principio de culpabilidad, el cual establece que **nadie se le puede interponer una pena si no es previamente declarado culpable.**

Dentro de la doctrina existen dos teorías referentes a la naturaleza de la culpabilidad y son: La teoría psicologista y la Normativa.

La Teoría Psicologista considera a la culpabilidad como un nexo psicológico entre la conducta y el resultado, menciona que para que un sujeto sea declarado culpable, basta con demostrar que éste es imputable, es decir, que obra con dolo y culpa para imponerle la pena, esa teoría refiere al proceso intelectual volitivo que desarrolla el individuo al cometer un delito.

Conforme a esta corriente, la culpabilidad sólo puede ser anulada mediante las causas que eliminan el proceso psicológico, las cuales son:

- ❖ *El error*, que construye el elemento intelectual.
- ❖ *La Coacción*, destruye el elemento volitivo.

La Teoría Normativista, refiere a la culpa como un juicio de reproche, reproche de la conducta, dice que el individuo no se relaciona con su resultado porque la norma jurídica penal exige que se observe lo que establece y regula una conducta ya sea dispositiva o bien, prohibitiva, el sujeto imputable comprende la ilicitud de su actuar, para comportarse de acuerdo con la conducta que exige la norma; este sujeto obra con dolo y culpa, es decir, en contra de lo que la norma exige y así se le finca "*El Juicio de Reproche*".

3.2.1. CONCEPTO DE CULPABILIDAD

La culpabilidad es un elemento constitutivo del delito sin el cual, no podría existir, para fin de que una conducta sea denominada como típica, antijurídica e imputable, la misma puede ser punible, primeramente deberá ser calificada como culpable, la imputabilidad como ya se mencionó es el presupuesto de la culpabilidad, ya que cuando a un individuo le es atribuida la capacidad de determinado actuar dentro del orden jurídico se le puede hacer el juicio de reproche por la conducta desarrollada y así podrá responder de la conducta delictuosa que realizó;

esto, en cuanto al sistema clásico, mientras que el sistema neoclásico nos dice que la imputabilidad es un elemento de la culpabilidad.

Tomando en cuenta lo anterior, podemos decir que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad y constituyendo la capacidad que posee el individuo de querer y entender en el campo del derecho penal, de esta manera podemos dar una noción sobre la culpabilidad.

Así, el concepto de culpabilidad significa el reproche que se le puede realizar a un individuo por la conducta que realizó en forma contraria a la que debía desarrollar.

Cuello Calón considera que una conducta es culpable cuando las relaciones psíquicas existentes entre ella y el autor, deben ser jurídicamente reprochadas.

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

Villalobos por su parte dice: Es el reproche que se hace a una persona por haber podido actuar de modo distinto ha como realmente lo hizo.

Tras haber dado algunas concepciones sobre la culpabilidad, podemos decir, que será el juez quien al conocer sobre un hecho individualizado, motivo de su enjuiciamiento, resuelve el juicio decretando la culpabilidad del autor, quien pudiendo y debiendo ajustar su conducta a lo que el derecho pretende, no lo hace así, resultando de esa manera el reproche a ese mismo sujeto vinculado psicológicamente con el acontecimiento, de no haber adecuado su conducta a lo que esta establecido. Y hasta que el juicio ha concluido es que el juez formula un reproche a determinada conducta, porque a determinado sujeto le era exigible que adecuará su conducta a la norma, y al no actuar así, se le considera culpable por el comportamiento que le es psicológicamente atribuible y que fue motivo de su enjuiciamiento.

3.2.2. ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD

En el artículo 33^o fracciones VIII y IX del Código Penal vigente en nuestro Estado, refiere al error de tipo y al error de prohibición, así como a la inexigibilidad de una conducta diversa a la realizada por el agente como causas de exclusión del delito. Mismas que al interpretarse a contrario sensu, nos dan como resultado los siguientes elementos de la culpabilidad:

- 1.- La exigibilidad de una conducta conforme a la ley
- 2.- La imputabilidad
- 3.- La posibilidad concreta de reconocer el carácter ilícito del hecho realizado.

3.2.3. FORMAS DE CULPABILIDAD

La culpabilidad reviste dos formas genéricas que son: El dolo y la Culpa.

a).- En el **Dolo**: el agente, conociendo el significado de su conducta, la desarrolla.

b).-En la **culpa**: Consiente o con previsión, se ejecuta el acto con la esperanza de que no ocurriría el resultado; en la inconsciente o sin previsión, no se prevé un resultado previsible, también existe descuido por los intereses de los demás.

De igual forma, la nueva legislación sustantiva penal para el Estado de Guanajuato, contempla únicamente estas dos figuras al precisar en su artículo 12º lo siguiente: **“Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse en forma dolosa o culposa”**

3.2.3.1. EL DOLO

El dolo, es la forma más importante de las de la culpabilidad, pasó a ser la primera forma conocida, siendo la intención o voluntad dirigida a la realización de la conducta y obtención del resultado que siempre es querido, tomando en consideración que el resultado es la consecuencia del conocimiento de la antijuridicidad.

Al respecto Mezger dice: “Actúa dolosamente el que conoce de la circunstancia de hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado”.

Según el Artículo 13º del Código Penal vigente en nuestro Estado establece: “obra dolosamente quien quiere la realización del hecho legalmente tipificado o lo acepta, previniéndolo al menos como posible”.

En conclusión, definimos al dolo como: “El dolo consiste en el actuar consiente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico”.

Para otros autores como Carrara, quien es el máximo representante de la escuela Italiana, define al Dolo como: “*la intención*”

más o menos perfecta de ejecutar un hecho se sabe es contrario a la ley".³⁶

Por su parte Jiménez de Azua, afirma que el dolo es: *"La producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebrante un deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción con representación del resultado que se quiere o ratifica"*.³⁷

Mientras que para Cuello Calón, el dolo es: *"La voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso"*.³⁸

3.2.3.1.1. ELEMENTOS DEL DOLO

Ahora, para su composición el dolo consta de dos elementos:

³⁶ CARRARA. Citado por López Betancourt. Teoría del Delito. 6ª ed. Ed. Porrúa. Pág. 218

³⁷ JIMENEZ DE AZUA, LUIS. Citado por López Betancourt. Teoría del Delito. 6ª ed. Ed. Porrúa. Pág. 218

³⁸ CUELLO CALON, EUGENIO. Citado por López Betancourt. Teoría del Delito. 6ª ed. Ed. Porrúa. Pág. 218

1.- **Ético o Intelectual:** Constituido por la conciencia de que se está quebrantando la norma jurídica, pues ésta impone el deber de respetar el bien jurídico tutelado.

2.- **Volitivo o Psicológico:** Consiste en la voluntad de realizar el acto; en la volición del derecho típico.

3.2.3.1.2. CLASES DE DOLO

Existen diversas clases de dolo, las de mayor importancia para la práctica son:

1.- **Dolo Directo:** Se refiere a aquel en el que el sujeto representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere, pues existe voluntariedad en la conducta y querer el resultado.

2.- **Dolo Indirecto:** Aparece cuando el agente ante la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, sin embargo, previendo dichos resultados, ejecuta el hecho conscientemente.

3.- **Dolo eventual:** Existe cuando el agente presenta como posible un resultado delictuoso y a pesar de tal presentación no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando las consecuencias.

La diferencia entre dolo indirecto y el dolo eventual, consiste en que en el primero hay certeza de otros resultados tipificados penalmente; mientras que en el dolo eventual, solo se provee la posibilidad de otros resultados típicos.

4.- **Dolo indeterminado:** se da cuando el agente tiene la intención genérica de delinquir, sin proponerse causar un resultado delictivo en especial, pues el sujeto no se propone causar un daño en concreto, sino que su propósito es causar cualquier daño, ya que sabe que va existir un resultado, pero desconoce cuál o cuáles y por ello el sujeto admite la producción de cualquiera de ellos.

3.2.3.2. LA CULPA

Es la segunda y última de las formas de culpabilidad. La cual podemos decir que admite varias acepciones, pero, como especie de la

culpabilidad, la definimos como “la producción de un resultado típicamente antijurídico que pudo y debió ser previsto, y que por negligencia, imprudencia o impericia del agente, causa un efecto dañoso”.

A pesar de que en la culpa, el agente no tiene la intención de delinquir, además de que éste no es peligroso para la sociedad, su comportamiento, su descuido o negligencia, son sancionados por las leyes, pues tal descuido o negligencia son traducidos en el desprecio al orden jurídico.

Al respecto Cuello Calón dice que existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.

El código penal vigente en el Estado de Guanajuato en su artículo 14º nos menciona que: “Obra culposamente quien produce el resultado típico que no previó siendo previsible o que previó confiando en que no se produciría, siempre que dicho resultado sea a la inobservancia del cuidado que le incumbe, según las condiciones y sus circunstancias personales”³⁹.

³⁹ CODIGO SUSTANTIVO PENAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO. 8va ed. Librería Yussim. Pág.-. 11

Por su parte, el maestro Pavón Vasconcelos, define la culpa como: “*A aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni 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 los usos y costumbres*”⁴⁰.

Atendiendo a lo anterior, podemos distinguir al dolo y a la culpa, en que el primero tiene como base la intención o voluntariedad de delinquir, por tanto, el resultado siempre es querido; mientras que la culpa tiene como base la negligencia, la imprudencia, la impericia o ineptitud, la ausencia de precaución, y por ende el resultado nunca es querido.

1. La voluntariedad del acto inicial, es decir, debe quererse la conducta, sea comitiva u omisiva.
2. Un resultado dañoso tipificado en la ley, para que pueda ser catalogado como delictivo.
3. La ausencia de dolo, es decir, de la intención delictiva, pues el agente representándosele o no el resultado, espera que éste no se produzca.
4. La previsión o la falta de previsión del resultado, cuando uno u otro son deberes derivados ya sea de la ley o de la convivencia social.

⁴⁰ PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Citado por López Betancourt. Teoría del Delito. 6ª ed. Ed. Porrúa. Pág. 232

5. La relación causal directa entre el proceso psicológico del agente, consciente o inconsciente, y el resultado lesivo, por no haber obrado con la previsión exigida por la norma.

3.2.3.2.1. ELEMENTOS DE LA CULPA

1.- **Una conducta.-** como ya quedo precisado, es necesario un actuar del ser humano, ya sea positivo o negativo, para que exista el delito.

2.- **Ausencia de precaución.-** Toda vez que le son exigidas por el Estado al realizar la persona determinada conducta.

3.- **Resultados del acto previsible, evitable y tipificados penalmente.**

4.- **Una relación de causalidad entre el hacer o no hacer y el resultado no querido.**

3.2.3.2.2. CLASES DE CULPA.

La culpa se clasifica en:

1. **Culpa consiente, con previsión o con representación:** También llamada con previsión o con representación. Existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino que tiene la esperanza de que el mismo no ocurrirá.

Cuello Calón, afirma que, “la culpa es consciente cuando el agente se representa como posible, que de su acto se originen consecuencias perjudiciales, pero no las toma en cuenta confiando en que no se producirán.”⁴¹

El dolo eventual se diferencia de la culpa consiente, en que, en el primero se lleva a cabo la conducta y existe representación del resultado típico y el agente es indiferente a tal resultado; mientras que en el segundo, se tiene la esperanza de que no se produzca el resultado.

2. **Culpa Inconsciente:** También llamada culpa sin previsión o sin representación. Se da cuando el agente no prevé un resultado previsible y penalmente tipificado, es una conducta en la cual no se prevé lo previsible y evitable, pero mediante la cual produce una consecuencia tipificada.

Jiménez de Azua, refiriéndose a la culpa inconsciente dice que es “Ignorancia de las circunstancias del hecho, a pesar de la posibilidad de previsión del resultado (saber y poder). Esta ignorancia descansa en la lesión de un deber concreto, que el autor hubiera debido atender, porque

⁴¹ CUELLO CALON, EUGENIO. Citado por López Betancourt. Teoría del Delito. 6ª ed. Ed. Porrúa. Pág. 234.

su cumplimiento podía serle exigible en su calidad de miembro de la comunidad. La conducta causante del resultado puede revestir las formas de hacer u omitir, pero también puede descansar en una mera inconsecuencia de la voluntad (olvido)".⁴²

3.2.4. LA INCULPABILIDAD

La inculpabilidad es la ausencia de la culpabilidad, es decir, es el lado negativo de la culpabilidad y surge cuando se encuentran ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: el conocimiento y la voluntad.

Jiménez de Azua, define a la inculpabilidad como "la absolución del sujeto en el juicio de reproche".

Tampoco será culpable una conducta, si falta alguno de los otros elementos del delito o la imputabilidad del sujeto. Así mismo, habrá inculpabilidad siempre que por un error, ignorancia inculpable falte al conocimiento y siempre que la voluntad sea forzada, de modo que no se actúa libre y espontáneamente.

⁴² JIMENEZ DE AZUA, LUIS. Citado por López Betancourt. Teoría del Delito. 6ª ed. Ed. Porrúa. Pág. 234.

Es importante señalar que la diferencia entre inimputabilidad e inculpabilidad es que el inimputable es psicológicamente incapaz; en cambio, el inculpable es completamente capaz, pero ha obrado en su favor alguna causa que excluye la culpabilidad.

3.2.4.1. CAUSAS DE INCULPABILIDAD

Las causas de la inculpabilidad son aquellas situaciones capaces de afectar el conocimiento o el elemento volitivo, logrando así que el delito no se dé, por no existir uno de los elementos subjetivos.

En estricto rigor, las causas de inculpabilidad son:

- **El error:** pues ataca el elemento intelectual y el conocimiento
- **La coacción:** pues afecta el elemento volitivo.

3.2.4.1.1. EL ERROR

El error es una idea equivocada respecto a un objeto, una cosa o situación, constituyendo un estado positivo. Puede constituir una causa de

inculpabilidad si producen en el autor un desconocimiento o conocimiento equivocado sobre la antijuridicidad de la conducta; pues actuar bajo esas condiciones indica falta de malicia, de oposición subjetiva con el derecho y con los fines que el pretende llevar a cabo.

El error puede definirse como un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como este en la realidad. (Nota al pie, Fernando castellanos).

Así, pues entendemos que el error afecta el elemento intelectual; al saber, al conocer, al entender. En el sistema clásico al igual que el finalista el error es la falsa apreciación de la realidad, es decir, es el desconocer la ilicitud de la conducta desplegada, por lo tanto el error es un falso conocimiento de la verdad, al decir conocimiento nos referimos a la relación de adecuación que existe entre un sujeto cognoscente y un objeto conocido, estando así ante la presencia de la verdad, pues nuestro conocimiento concuerda con la realidad, en caso de que suceda lo contrario, entonces estaremos en presencia del error.

Nuestro Código Penal en el artículo 33º, fracción VII, se refiere al error de la siguiente forma:

VII.- Cuando se realiza la acción o la omisión bajo un error invencible:

- a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal;
- b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea por que el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o por que crea que está justificada su conducta.⁴³

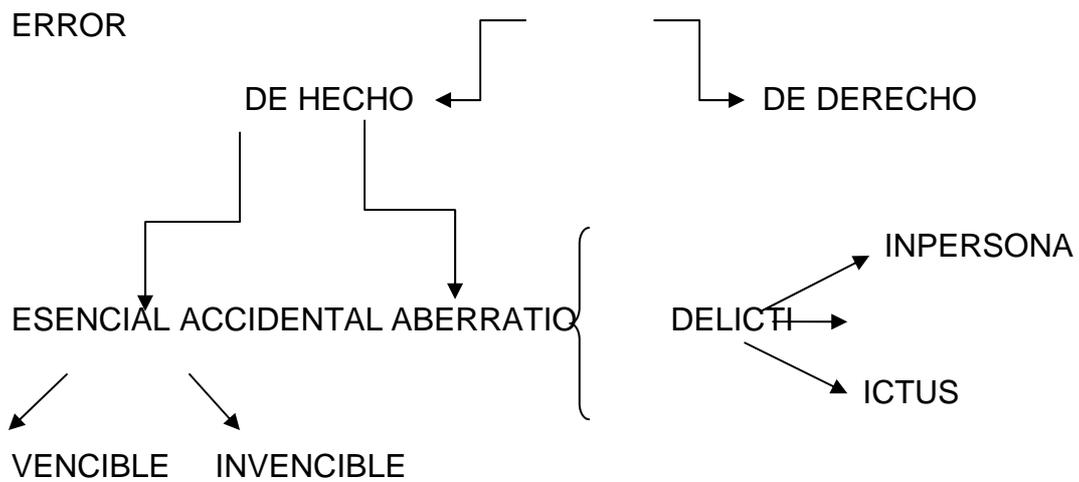
Analizando esos dos incisos diremos que en cuanto al primero; que si el error es vencible entonces no se da la culpabilidad, imponiéndose por lo tanto la punibilidad correspondiente al delito culposo, si el hecho de que se trate admite esta forma de realización.

En cuanto al inciso b) diremos que si el error es vencible tampoco se extingue la culpabilidad, sino que se aplica una punibilidad de hasta una tercera parte señalada para el delito de que se trate.

Clases de Error.

Para su mejor estudio, el error se clasifica de la siguiente manera:

⁴³ CÓDIGO SUSTANTIVO PENAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO. Ed. Anaya. Pág. 16



Error de hecho

El **error de hecho**, es la falsa apreciación de la realidad, pues no existe conocimiento, y al no existir éste, entonces se afecta el conocimiento intelectual.

El error de hecho puede ser:

ERROR DE HECHO ESENCIAL.- Se da cuando el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, es decir, hay desconocimiento de la antijuridicidad de su conducta.

Y éste a su vez puede ser:

- *Error de hecho esencial vencible*: Es aquel al cual el sujeto puede sustraerse con cuidados, es decir, el daño pudo ser evitado. Por tal razón, esta clase elimina el dolo, pero no a la culpa, ya que se pudo haber evitado el resultado.
- *Error de hecho esencial invencible*: Existe cuando no puede hacerse ningún reproche culposo por no existir infracción a un deber de cuidado, anulándose de esta forma en su totalidad el dolo y la culpa, así, el sujeto está en posibilidad de hacerse del error, se trata de un único y verdadero eximente de culpa.

ERROR DE HECHO ACCIDENTAL.- No tiene efectos eximentes, ya que no recae sobre circunstancias esenciales del hecho, sino sobre aspectos secundarios, esto es, que no tiene eficacia para extinguir la culpabilidad, sino que únicamente tiene relevancia para variar el tipo del delito.

Éste a su vez puede ser:

- *Aberratio in Persona* (error en la persona).- Se da por una errónea representación, ya que el sujeto destina su conducta ilícita hacia una persona, creyendo equivocadamente que es otra.

- *Aberratio Ictus* (error en el golpe).- Es cuando hay una desviación del mismo en el hecho ilícito, provocando un daño equivalente, ya sea menor o mayor al propuesto por el sujeto. Siendo indiferente para la ley, que el mismo haya recaído en un bien jurídico protegido distinto.
- *Aberratio Delicti* (error en el delito).- Existe cuando un sujeto piensa inexactamente que realiza un acto ilícito determinado, cuando en realidad se encuentra en el sujeto de otro. Es decir, el sujeto ocasiona un suceso distinto al deseado.

Error de Derecho

Es aquel que incide sobre elementos valorativos consistentes en discrepancias axiológicas entre el agente y el legislador

En el error de derecho el sujeto, aún conociendo el hecho que realiza, está ignorante de la obligación que debe respetar o atacar conforme a una norma penal determinada, o porque el conocimiento de dicha norma penal es imperfecto. Este error, al igual que el de tipo debe ser invencible, es decir, que el sujeto este imposibilitado para conocer la ilicitud de su conducta, puesto que, si con diligencia pudo tener

conocimiento de la ley y de su sentido, y no se esforzó en hacerlo, no podrá alegar que su error sea inculpable.

Por lo anteriormente expuesto, puede decirse, que según lo establecido por la fracción VII del artículo 33º de nuestro Código Penal vigente, el único error que realmente tiene efectos de eximente, es el de hecho esencial invencible, ya sea de tipo o de prohibición, en virtud de que elimina totalmente el dolo y la culpa, afectándose el conocimiento. No así el error de hecho esencial vencible, que elimina el dolo pero deja subsistente la culpa, razón por la cual, no produce efectos de eximente, puesto que siguiendo el principio de que “la ignorancia de las leyes a nadie beneficia”, el equivocado concepto que se tiene sobre el significado de la ley, no justifica ni autoriza al agente su violación.

Es necesario señalar, que tanto el error de tipo, como el error de prohibición, a los que me referí en supra líneas, denominados así por la doctrina, se encuentran establecidos, como ya se dijo, en la fracción VIII incisos a) y b) del artículo 33º del Código Penal de nuestro Estado.

3.2.4.1.2. LA COACCIÓN

La coacción es otra causa de inculpabilidad, la cual podemos definir como la fuerza física o moral que se impone sobre la voluntad, anulando de esta manera la libertad de obrar de las personas.

Cabe señalar, que esta fuerza no anula la voluntad; el sujeto coaccionado tiene voluntad, solo que ésta se encuentra forzada a hacer lo que desea quien le aplica esa fuerza, ya sea física o moral, de lo contrario puede sufrir daños o menoscabos en sus bienes jurídicos tutelados.

Así las cosas, el artículo 33º del Código Penal, para nuestro Estado de Guanajuato, contiene inmersa la coacción al determinar que el delito se excluye:

Fracción “IX.- Cuando atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho”.

De lo anterior, podemos decir, que la coacción está referida a lo que la doctrina ha denominado la No exigibilidad de otra conducta, ya que de acuerdo a ésta, una conducta no puede considerarse culpable cuando al agente, dadas las circunstancias de su situación, no pueda exigírsele una conducta distinta a la observada. Tal como sucedería en el caso de que la conducta realizada obedeciera a circunstancias tales como: error

de hecho invencible, o bien, caso fortuito, ambos en la ley anteriormente citada, en el artículo 33º fracciones VIII y X respectivamente.

El maestro Castellanos afirma que con esta frase, se da a entender que la realización de un hecho penalmente tipificado, obedece a una situación especialísima, apremiante, que hace excusable ese comportamiento.

CAPÍTULO CUARTO

PUNIBILIDAD

4.1. CONCEPTO DE PUNIBILIDAD

Al haberse acreditado todos los elementos del delito, se considera que la conducta típica, antijurídica, imputable y culpable es punible. En cuanto a la punibilidad existe controversia entre los diversos autores, pues algunos la consideran un elemento esencial del delito y otros dicen que tan solo es la consecuencia del delito, pero lo verdadero es que es necesario que a través de ésta se establezca la pena que el sujeto activo merece por la conducta típica que realizó.

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta es punible, siempre y cuando haya sido valorado como un antijurídico, imputable y culpable.

Otros autores dicen:

Como Pavón Vasconcelos dice: “La punibilidad es la amenaza de pena, que es estado asocia a la violación de los deberes consignados en las

normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social”.⁴⁴

Al respecto Fernando Castellanos ha precisado que una conducta es punible cuando por su naturaleza amerita ser penada.

Para Guillermo Sauer, la punibilidad es el conjunto de los presupuestos normativos de la pena, para la ley y la sentencia, de acuerdo con las exigencias de la idea del derecho”.⁴⁵

De lo anterior podemos decir que la punibilidad consiste en:

1. Merecimiento de penas
2. Conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales; y
3. Aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley.

4.1.1. DISTINCIÓN DE CONCEPTOS

Para un mejor entendimiento de este capítulo, considero necesario distinguir los siguientes conceptos:

⁴⁴PAVÒN VASCONCELOS, FRANCISCO. Citado por López Betancourt, Eduardo. Teoría del Delito. 6ª ed. Ed. Porrúa. Pág. 263.

⁴⁵ SAUER, GUILLERMO. Citado por López Betancourt, Eduardo. Teoría del Delito. 6ª ed. Ed. Porrúa. Pág. 263.

PUNIBILIDAD: Es la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viole la norma jurídico penal.

PUNICIÓN: Consiste en determinar la pena exacta al sujeto que ha resultado responsable de un delito concreto.

SANCIÓN: Este término es utilizado como sinónimo de pena, pero propiamente esta es usada en otras ramas del derecho.

PENA: Es la restricción o privación de derechos, que se impone al autor de un delito, implica un castigo para el agente y una protección para la sociedad. Dicho de otra manera, la pena es el castigo que impone el Estado a todos aquellos individuos que han desarrollado una conducta típica, antijurídica y que han sido declarados culpables.

4.2. PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

El legislador estipula la pena que merece el sujeto activo del delito según sea la naturaleza del delito. Así, la pena no es más que la sanción resultante e inevitable de la ley, y de esta manera conservar el orden de la sociedad, su finalidad es que sea ejemplar para que de esta manera se

puedan evitar conductas típicas repetitivas por individuos que constituyen la colectividad, por ello debemos definir a la pena como la sanción que impone el Estado a aquel sujeto que comete algún o algunos delitos para conservar el orden jurídico social.

4.2.1. VARIACIÓN DE LA PENA

El delito igual corresponde a una pena igual, pero existen tres variantes:

- ❖ **Arbitro Judicial.**- Deriva del margen señalado por la ley en cada norma que establece una pena, al considerar que ésta tiene una dimensión que va de un mínimo a un máximo.

- ❖ **Circunstancias atenuantes.**- Son las consideraciones del legislador para que, en determinados casos, la pena correspondiente a un delito se vea disminuida.

- ❖ **Circunstancias agravantes.**- Son consideraciones del legislador contenidas en la ley para modificar la pena agravándola.

Las medidas de seguridad en cambio, son prevenciones legales encaminadas a impedir la comisión de nuevos delitos por quienes han sido autores de algún delito o para la prevención de los que puedan cometer quienes sin haber cometido alguno hasta el momento por circunstancias personales es de temer que vayan a realizar alguna conducta típica.

4.2.2. LA PUNIBILIDAD, ELEMENTO O CONSECUENCIA DEL DELITO

Ahora bien, toca analizar uno de los elementos mas controvertidos entre los penalistas, en virtud de que para unos la punibilidad forma parte esencial del delito y otros difieren en dicha teoría.

Por su parte Porte Petit dice: “Para nosotros que hemos tratado de hacer dogmática sobre la Ley Mexicana, procurando sistematizar los elementos legales extraídos del ordenamiento positivo, indudablemente que la penalidad es un carácter del delito y no una simple consecuencia del mismo”⁴⁶.

⁴⁶ PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Citado por López Betancourt, Eduardo. Teoría del Delito. 6ª ed. Ed. Porrúa. Pág. 264.

Raúl Carranca y Trujillo afirman, al referirse a las excusas absolutorias, que tales causas dejan de subsistir el carácter delictivo del acto y excluyen sólo la pena, así que para él la punibilidad es un elemento esencial del delito.

Al respecto Ignacio Villalobos de igual forma, no considera la punibilidad como un elemento del delito, ya que el concepto de éste no concuerda con el de la norma jurídica.

“Una acción o una abstención humana son penadas cuando se les califica de delictuosas, pero no adquieren este carácter porque se les sancione penalmente. Las conductas se revisten de delictuosidad por su pugna con aquellas exigencias establecidas por el Estado para la creación y conservación del orden en la vida gregaria y por ejecutarse culpablemente, más no se pueden tildar como delitos por ser punibles”.⁴⁷

Por tal razón, en algunos sistemas jurídicos, no se incorporan dentro de la doctrina como carácter del delito, sino como una consecuencia de su existencia.

⁴⁷ VILLALOBOS, IGNACIO. Citado por López Betancourt, Eduardo. Teoría del Delito. 6ª ed. Ed. Porrúa. Pág. 265.

Gran confusión han provocado las diferentes opiniones con respecto a la punibilidad, pues conforme a las diversas definiciones, el término puede tener los siguientes sentidos:

- a) Puede ser la oportunidad para aplicar una pena.
- b) Puede ser la obligación o merecimiento de recibirla.

Por lo señalado con antelación se ha considerado que la punibilidad es característica esencial del delito, porque la conminación abstracta de la sujeción a la sanción, forma parte de su sustancia. Un delito sin sanción no es delito, una norma sin sanción no es norma, es mera recomendación. Sin embargo, hay ocasiones en que a pesar de la infracción cometida a la norma penal, ésta se dispensa al agente, no por el hecho de que no haya cometido delito alguno, sino porque el legislador considera que causaría mayor daño la pena que el daño causado, o simplemente porque deja al ofendido que sea quien pida la pena.

4.2.3. EXCUSAS ABSOLUTORIAS

En función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena; constituyen el factor negativo de la punibilidad.

Las excusas absolutorias son aquellas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la

pena, pues el Estado no sanciona determinadas conductas por razones de Justicia o Equidad Criminal. En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del Delito (conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), permanecen inalterables; únicamente se excluye la posibilidad de punición.

Para Raúl Carranca y Trujillo, las principales excusas absolutorias son:

- a) Excusas en razón de los móviles afectivos
- 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 consiente
- e) Excusas en razón del interés social preponderante
- f) Excusas en razón de la temibilidad específicamente mínima revelada.

Así, las excusas absolutorias, son las causales de impunidad en cuya virtud, no obstante concurrir todos los elementos del delito, el derecho deja de antemano de hacer regir, por razones variadas de utilidad pública, la conminación penal respecto de determinadas personas. Trátese pues, de casos excepcionales en que se excluya la punición por causas personales, sin que con ello desaparezca la infracción propiamente dicha.

De tal forma, puede afirmarse, que en función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena, pues se excluye la punibilidad, es decir, desaparece la amenaza de la pena aún cuando el delito se haya cometido.

Por su parte, Eduardo López Betancourt, define las excusas absolutorias como: “aquellas circunstancias específicamente señaladas en la ley por las cuales no se sanciona al agente”.⁴⁸

Por su parte Jiménez de Azua, 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.

Por lo tanto, podemos decir que las excusas absolutorias dejando subsistente el carácter delictivo de una conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena al agente, pues aunque el delito existe, no puede castigarse, en virtud de causas político sociales a las que el estado da primordial interés y que considera se verán más afectadas al imponerse la pena.

Por lo anteriormente mencionado, es importante dejar en claro que las excusas absolutorias no eximen de la pena a los extraños que hayan

⁴⁸ LOPEZ BETANCOURT, EDUARDO. Teoría del Delito. 6ª ed. Ed. Porrúa, México 1998. Pág. 258.

intervenido en el delito, ni excluyen de la responsabilidad civil a que pueda haber lugar.

4.2.4. CLASIFICACIÓN DE LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Atendiendo a la Ley Sustantiva penal, las excusas absolutorias han sido materia de clasificación, siendo las más importantes:

- **Excusa en razón de la mínima temibilidad.**- Un ejemplo sería el delito de robo, cuando la cuantía de lo robado no exceda de 20 días de salario mínimo general vigente en el Estado, en la fecha de los hechos y el activo repare voluntaria e íntegramente el daño, no se aplicará pena alguna (señalado en el artículo 196º de nuestro Código Penal). La razón de esta excusa debe buscarse en que la restitución espontánea es una muestra objetiva del arrepentimiento y de la misma temibilidad del agente.
- **Excusa en razón de la maternidad consiente.**- Un ejemplo que podríamos mencionar es el del delito de aborto, cuando se produce por imprudencia de la mujer (artículo 163º del Código Penal citado). Al respecto González de la Vega, dice que la impunidad al aborto

causado sólo por imprudencia de la mujer, se funda en la consideración de que ella es la primera víctima de su imprudencia, al defraudarse sus esperanzas de maternidad, por ende resultaría absurdo reprimirla.

También es el caso del aborto cuando el embarazo es resultado de una violación, como dice Cuello Calón, nada puede justificar imponer a la mujer una maternidad odiosa, dando vida a un ser que le recuerde el horrible episodio de violencia sufrida. En este caso, para que pueda operar la impunidad se requiere la previa demostración del atentado sexual, aún cuando respecto a éste no se haya seguido juicio alguno contra el violador.

- **Excusas en razón de los móviles afectivos revelados.**- Algunos ejemplos por mencionar: El homicidio culposo de los parientes(artículo 155º del Código Penal sustantivo del Estado de Guanajuato), 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 por afinidad hasta el segundo grado y los que están ligados con el delincuente por el amor, respeto, gratitud o estrecha amistad.

- **Excusa por graves consecuencias sufridas.**- Es el caso de una comprensión indulgente y humanista, así como en relación de los verdaderos fines de la pena. Cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona o por su precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad. El juez podrá sustituirla por una medida de seguridad, apoyándose siempre en dictamen de peritos.

CAPÍTULO QUINTO

EL MENOR INFRACTOR

5.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A pesar de no tener ninguna duda sobre la existencia de un derecho penal precolombino, como por ejemplo el de los pueblos Aztecas, Mayas, Incas o de Mesoamérica, desconocemos si existía alguna regulación especial, o particular para niños o jóvenes que cometieran algún "delito". Lo mismo que se desconocen las regulaciones de esta situación en el llamado derecho colonial americano. El inicio legislativo de la "cuestión criminal" surge en el período republicano, luego de la independencia de las colonias europeas. Aunque a finales del siglo XIX la mayoría de los países latinoamericanos tenían una basta codificación, especialmente en Constituciones Políticas y Códigos Penales, la regulación de la criminalidad juvenil no era objeto de atención particular.

Es a principios de este siglo en que se ubica la preocupación por la infancia en 105 países de nuestra región. Esto es el resultado, por un lado, de la internacionalización de las ideas que se inician en el Siglo XX, primeramente con la Escuela Positiva y luego con la Escuela de la Defensa Social, y por el otro lado, es el resultado de la imitación

latinoamericana de las preocupaciones europeas y de los Estados Unidos de América por la infancia, lo cual se vio reflejado en varios congresos internacionales sobre el tema de la infancia.

La primera legislación específica que se conoce fue la argentina, promulgada en 1919. Pero fue en décadas posteriores en donde se promulgaron la mayoría de las primeras legislaciones, por ejemplo Colombia en 1920, Brasil en 1921, Uruguay en 1934 y Venezuela en 1939. Durante este período y hasta los años 60, podemos afirmar que el derecho penal de menores se desarrolló intensamente, en su ámbito penal, fundamentado en las doctrinas positivistas-antropológicas.

En la década de los 60, con excepción de Panamá que promulgó su primer ley específica en 1951 y República Dominicana en 1954, se presenta un auge del derecho penal de menores en el ámbito legislativo, con la promulgación y reformas de leyes especiales, por ejemplo, en los siguientes países: Perú en 1962, Costa Rica en 1963, Chile en 1967, Colombia en 1968, Guatemala en 1969 y Honduras también en 1969. En la década de los 70, se promulgan las siguientes legislaciones: **México en 1973**, Nicaragua en 1973, El Salvador en 1973, Bolivia en 1975, Venezuela en 1975, Ecuador en 1975 y Cuba en 1979. En todo este período, se caracteriza el derecho penal de menores con una ideología

defensista de la sociedad, basada en las concepciones de peligrosidad y las teorías de las subculturas criminales.

Las concepciones ideológicas del **positivismo y de la Escuela de Defensa Social**, fueron incorporadas en todas las legislaciones y sin duda influyeron en la codificación penal. Pero en donde estas ideas encontraron su máxima expresión, fue en el derecho penal de menores. *Postulado básico fue sacar al menor delincuente del derecho penal común, con ello alteraron todo el sistema de garantías reconocido generalmente para adultos. Convirtieron el derecho penal de menores en un derecho penal de autor, sustituyendo el principio fundamental de culpabilidad, por el de peligrosidad.* Esto llevó a establecer reglas especiales en el derecho penal de menores, tanto en el ámbito sustantivo como formal, como por ejemplo, la conducta pre delictiva, la situación irregular y la sentencia indeterminada. Principios que han servido, y aún hoy se encuentran vigentes en varias legislaciones latinoamericanas, *para negar derechos humanos a los menores infractores, como la presunción de inocencia, el principio de culpabilidad, el derecho de defensa, etc.*

Un hito en el desarrollo histórico del derecho de menores lo marcó la promulgación de la *Convención General de los Derechos del Niño en 1989*. Luego de la entrada en vigencia de esta convención, se ha iniciado en los años 90 un proceso de reforma y ajuste legislativo en varios países

de la región, específicamente en Colombia, Brasil, Ecuador, Bolivia, Perú, México y Costa Rica.

PERSPECTIVA DE LA REALIDAD SOCIAL LATINOAMERICANA.

Pese a que la mayoría de las legislaciones latinoamericanas relativas a menores mantienen una orientación protectora y defensora para la niñez y la juventud, lo cierto es que el derecho se desenvuelve en condiciones objetivas o realidades distantes de estos objetivos, a niveles que muchas veces parecen inalcanzables. Presentándose una sistemática violación de los derechos humanos para los menores, concretamente del derecho a la educación, a la salud, a la integridad física y moral. Estas condiciones hacen que, en muchos casos, al penalizarse el problema lejos de solucionarlo, más bien lo agravan.

Pese al elevado número de población joven, menor de 17 años de edad, en América Latina, los Estados latinoamericanos no le dan la importancia que merece este gran sector de la población. Todo lo contrario, son los sectores poblacionales a los que más golpean las crisis económicas. Por ejemplo, según informes de CEPAL en 1970 América Latina tenía 282 millones de habitantes, había en la región aproximadamente 112 millones de personas pobres, de las cuales 27.7 millones eran menores de seis años. En un informe posterior, el mismo organismo informa que en 1986 América Latina tenía 429 millones de

habitantes. De estos 170 millones eran pobres y 81.4 millones eran indigentes. Siendo los menores de 17 años casi la mitad del número poblacional. Para 1992, América Latina cuenta con aproximadamente 450 millones de habitantes, de los cuales se calcula que más de la mitad vive en condiciones de pobreza, y la población menor de 17 años se ubica dentro del 40 al 50%, con una proporción siempre en aumento⁴⁹.

La relación entre las condiciones socioeconómicas y los menores infractores de la ley está sobradamente demostrada. Solo quisiera presentar aquí el resultado de una investigación patrocinada por ILANUD, que recogió información de los sistemas de justicia de menores en 18 países de la región latinoamericana⁵⁰. La investigación que estamos citando confeccionó un perfil del adolescente infractor tipo que pasa por los tribunales de menores de estos países. Determinó que en el 75% de los casos estos tribunales se ocupan de un joven de sexo masculino, con algo más de 4 años de retraso escolar, residente primordialmente en zonas marginales u otras zonas de vivienda de clase baja, trabaja en actividades que no requieren calificación laboral, o bien procura la obtención de dinero por medio de actividades ilícitas, contribuye al sostenimiento del núcleo familiar y el padre o la madre son desempleados o subempleados. En la mayoría de los casos vive en una familia que es incompleta o desintegrada, con ausencia de padre.

⁴⁹INTERNET. www.onu.org

⁵⁰INTERNET. www.comunidad.derecho.org

Este mismo estudio que estamos citando de terminó que el 89% de los casos sancionados por la justicia juvenil se distribuye entre las categorías de menor ingreso económico, perteneciendo muchos de ellos al 40-60% de la población regional que se encuentra en los niveles de pobreza o de pobreza extrema según definición que de éstas da el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.

Tal y como se ha expuesto en la sección anterior, se constata que el perfil del menor infractor que pasa por los sistemas de justicia penal en la región latinoamericana, pertenece a los sectores pobres de la población. De ahí que cualquier programa para la prevención del delito estará condicionado, directa o indirectamente, en buena medida, con el aumento o disminución del sector poblacional pobre y con las políticas sociales programadas por los Estados para estos sectores.

Pese a que en América Latina se cuenta con un derecho penal de menores garantista, la misma realidad social nos demuestra las pocas posibilidades de alcanzar estos fines. A manera de ejemplo y para ilustrar lo anterior, vamos a presentar algunos indicadores sociales de la infancia en América Latina, tomando como muestra algunos de los países más representativos. En una publicación, patrocinada por la Comisión de Comunidades Europeas, titulada Situación de la Infancia en América Latina y el Caribe, se establecen algunos indicadores básicos en el

campo de la protección de menores que son: el ámbito de protección, salud, educación y trabajo. Estos indicadores reflejaron los siguientes datos de relevancia:

En el caso de MÉXICO, con una población de 88.598.000 habitantes en 1990, se constató que el 63% está ubicada entre el grupo de edad entre 0 y 14 años. Se calcula que en las zonas rurales viven unas 17 millones de personas en estado de miseria y 5 millones "a la deriva social"; callejeros, en mendicidad, prostitución, en albergues, sistemas pre carcelarios, consejos tutelares, instituciones privadas, etc. Se calcula que en todo el país trabajan aproximadamente cerca de 2 millones de menores de 14 años al servicio de algún patrón, esto sin tomar en cuenta los miles de menores que realizan algún trabajo en forma autónoma. Más de un millón de niños menores de 5 años murieron por desnutrición entre 1982 y 1988. El 45.1 % del total de consulta externa en los hospitales corresponde a menores de 5 años. Para 1988 el 63% de la población entre 4 y 23 años estaba matriculada en algún nivel del sistema de educación formal, por lo que estos menores ahora en la actualidad, pueden ser delincuentes en potencia que por su desagradable experiencia tanto en la niñez como en la juventud, pueden liderar organizaciones que se dedican a delinquir, teniendo como su mayor y primordial objetivo ocupar menores de edad, que por su nivel socio-económico y de educación, aunado a la pobreza que nos aqueja, buscan

obtener ingresos de cualquier manera, ayudando a estas organizaciones la nueva ley para adolescentes, pues para ellos ha representado una manera de delinquir sin mayor consecuencias.

5.2. LA VIOLENCIA

La raíz de la palabra **violencia** es la combinación de dos palabras en latín: “vis” (fuerza) y el participio “latus”, de la palabra “fero” (acarrear, llevar), “acarrear fuerza hacia”, violencia significa “fuerza intensa”.⁵¹

La **violencia** (del latín *violentia*) es un comportamiento deliberado, que provoca, o puede provocar, daños físicos o psicológicos a otros seres, y se asocia, aunque no necesariamente, con la agresión física, ya que también puede ser psicológica o emocional, a través de amenazas u ofensas. Algunas formas de violencia son sancionadas por la ley o por la sociedad, otras son crímenes. Distintas sociedades aplican diversos estándares en cuanto a las formas de violencia que son o no son aceptadas. Por norma general, se considera violenta a la persona irrazonable, que se niega a dialogar y se obstina en actuar pese a quien pese, y caiga quien caiga. Suele ser de carácter predominantemente egoísta, sin ningún ejercicio de la empatía. Todo lo que viola lo razonable es susceptible de ser catalogado como violento si se impone por la fuerza.

⁵¹INTERNET. www.wikipedia.org

Existen varios tipos de violencia, incluyendo el abuso físico, el abuso psíquico y el abuso sexual. Sus causas pueden variar, las cuales dependen de diferentes condiciones, como las situaciones graves e insoportables en la vida del individuo, la falta de responsabilidad por parte de los padres, la presión del grupo al que pertenece el individuo (lo cual es muy común en las escuelas) y el resultado de no poder distinguir entre la realidad y la fantasía, entre otras muchas causas.

Por lo anteriormente dicho podemos decir que la violencia consiste en la presión ejercida sobre la voluntad de una persona, ya sea por medio de fuerzas materiales, ya acudiendo a amenazas, para obligarla a consentir en un acto jurídico.

La violencia es un elemento que se encuentra comúnmente en la delincuencia juvenil y es uno de los factores que influyen a los jóvenes a cometer actos ilícitos llevados por la violencia.

Causas de la Violencia

El fenómeno de la violencia es muy complejo. Hay muchas causas, y están íntimamente relacionadas unas con otras y conllevan a la delincuencia de menores. En general se agrupan en biológicas,

psicológicas, sociales y familiares. Tan sólo por citar algunos ejemplos dentro de cada grupo, tenemos:

Causas Biológicas

Se ha mencionado al síndrome de déficit de atención con *hiperactividad* (DSM IV 314.* / ICD10 F90.*) como causa de problemas de conducta, que sumados a la impulsividad característica del síndrome, pueden producir violencia. Un estudio con niños hiperquinéticos mostró que sólo aquellos que tienen problemas de conducta están en mayor riesgo de convertirse en adolescentes y adultos violentos. La conclusión es que hay que hacer un esfuerzo para aportar a aquellos niños hiperquinéticos con problemas de conducta recursos terapéuticos más oportunos e intensivos.

Los *trastornos hormonales* también pueden relacionarse con la violencia: en las mujeres, el *síndrome disfórico* de la fase luteínica se describió a raíz de los problemas de violencia presentes alrededor de la menstruación, específicamente en los días 1 a 4 y 25 a 28 del ciclo menstrual, pero el síndrome no se ha validado con estudios bien controlados, aunque se ha reportado que hasta el 40 por ciento de las mujeres tienen algún rasgo del síndrome y que entre el 2 y 10 por ciento cumplen con todos los criterios descritos para éste. De 50 mujeres que cometieron crímenes violentos, 44 por ciento lo hizo durante los días

cercanos a la menstruación, mientras que casi no hubo delitos en las fases ovulatoria y post-ovulatoria del ciclo menstrual 4. Con frecuencia, el diagnóstico de síndrome disfórico de la fase luteínica está asociado con depresión clínica, que puede en algunos casos explicar su asociación con la violencia.

Causas Psicológicas

La violencia se relaciona de manera consistente con un *trastorno mental – en realidad de personalidad – en la sociopatía, llamada antes psicopatía* y, de acuerdo al DSM-IV, trastorno antisocial de la personalidad (DSM-IV 301.7; ICD-10 F60.2) y su contraparte infantil, el trastorno de la conducta, llamado ahora disocial (DSM-IV 312.8; ICD-10 F91.8), aunque hay que aclarar no todos los que padecen éste último evolucionan inexorablemente hacia el primero, y de ahí la importancia de la distinción. El trastorno antisocial de la personalidad se establece entre los 12 y los 15 años, aunque a veces antes, y consiste en comportamiento desviado en el que se violan todos los códigos de conducta impuestos por la familia, el grupo, la escuela, la iglesia, etc. El individuo actúa bajo el impulso del momento y no muestra arrepentimiento por sus actos. Inicialmente esta violación persistente de las reglas se manifiesta como vandalismo; crueldad con los animales; inicio precoz de una vida sexual promiscua, sin cuidado respecto al bienestar de la pareja; incorregibilidad; abuso de sustancias; falta de dirección e incapacidad de conservar

trabajos; etc. Salvo que tengan una gran inteligencia o que presenten formas menos graves del trastorno, fracasan en todo tipo de actividades, incluyendo las criminales, ya que carecen de disciplina, lealtad para con sus cómplices, proyección a futuro, y siempre están actuando en respuesta a sus necesidades del momento presente. El trastorno es cinco a diez veces más frecuente en hombres que en mujeres. Como estos sujetos están más representados en los estratos más pobres, hubo alguna discusión sobre si la pobreza induce o potencia estas alteraciones. Esto se ha descartado: los individuos con trastorno antisocial de la personalidad, por su incapacidad de lograr metas y conservar empleos, tienden a asentarse naturalmente en los estratos de menores ingresos.

Causas Sociales

La *desigualdad económica* es causa de que el individuo desarrolle desesperanza. No se trata de la simple pobreza: hay algunos países o comunidades muy pobres, como el caso de algunos ejidos en México, en los que virtualmente desconocen el robo y la violencia de otro tipo. Sin embargo, la gran diferencia entre ricos y pobres y sobre todo la imposibilidad de progresar socialmente sí causa violencia: la frustración se suma a la evidencia de que no hay otra alternativa para cambiar el destino personal.

Más importante como causa social es la llamada *subcultura delincuyente*. Aunque sus detractores dicen que esta hipótesis carece de evidencia experimental, hay comunidades, barrios y colonias en donde niños y jóvenes saben que para pertenecer al grupo y formar parte de su comunidad necesitan pasar algunos ritos de iniciación, entre los que se encuentran robar, asaltar o quizá cometer una violación. La falta de medición requiere de estudios, sí, mas no de desestimar lo que obviamente es un factor de formación de conductas y conceptos sociales.

Entorno Familiar

En la familia, los dos factores que con más frecuencia se asocian al desarrollo de violencia es *tener familiares directos que también sean violentos y/o que abusen de sustancias*. Un entorno familiar disruptivo potencia las predisposiciones congénitas que algunos individuos tienen frente a la violencia (síndrome de alcohol fetal) y por sí mismo produce individuos que perciben a la violencia como un recurso para hacer valer derechos dentro de la familia.

Un estudio con niños adoptados mostró que los actos que desembocaban en una pena de prisión correlacionaban mejor con el número de ingresos a la cárcel de sus padres biológicos que con la conducta de sus padres adoptivos.

El Individuo Violento

En los individuos violentos vemos la interacción de los trastornos descritos. Por ejemplo, en los delincuentes crónicos se encuentran varios o todos los siguientes rasgos:

1. Socialización pobre como niños: pocos amigos, no los conservaban, sin ligas afectivas profundas, etc.

2. Poco supervisados o maltratados por sus padres: los dejaban solos, a su libre albedrío, y cuando estaban presentes, los maltrataban.

3. Buscan sensaciones en forma continua: desde chicos son "niños problema," y los mecanismos de control social no tienen gran influencia sobre ellos.

4. Manejan prejuicios como base de su repertorio: "todos los blancos/negros/mujeres/hombres son así"

5. Abusan del alcohol.

6. Nunca han estado seriamente involucrados en una religión principal.

7. Carecen de remordimientos, o aprenden a elaborar la culpa y así evitarlos.

8. Evitan asumir la responsabilidad de sus actos: construyendo casi siempre una pantalla o justificación que suele ser exitosa para librarlos "es que cuando era niño me maltrataban").

Agresión, agresividad, hostilidad, violencia y delito.

Para un buen estudio de la agresión es importante tener en cuenta la diferencia de connotación positiva y negativa que atribuimos a dicho concepto. Es más frecuente atribuir a la palabra agresión su connotación negativa, así comprobamos que la Real Academia de la Lengua Española la define como: “acto de acometer a alguno para matarlo, herirlo o hacerle daño, especialmente sin justificación”⁵².

Sin embargo no toda agresión implica necesariamente el deseo de dañary es necesaria para la supervivencia.

Para comprender mejor el término de agresión es importante definir además el término de “hostilidad”, la cual proviene del latín “Hostis” que significa enemigo o contrario. La hostilidad carece de la ambigüedad implícita del término agresión, su finalidad es la destrucción.

Así el término violencia estaría relacionado con la agresión cuando ésta es utilizada en su parte biopositiva. Etimológicamente violencia es deseo de vivir. En palabras de Bergeret: “la violencia es instintiva, innata, destinada a ser progresivamente integrada en otras finalidades humanas durante la infancia y la adolescencia para, de adulto, acceder a un eficiente y libre ejercicio de las capacidades amorosas y creativas”.

⁵² INTERNET www.bibliojuridicas.com

Perls, Hefferline y Goodman consideran la agresión desde la elección personal de una de estas dos alternativas anteriores. De este modo afirman que es un “ir hacia el objeto del apetito o de la hostilidad. Del paso del apetito al paso siguiente es la iniciativa.

A partir de este punto nos referiremos a la agresión tal y como la define el Diccionario de la Real Academia Española indica que agresión proviene del latín *agressio* — *onis* y señala las siguientes acepciones: “Acto de acometer alguno para matarlo, herirlo o hacerle daño, especialmente sin justificación. Acto contrario al derecho de otro. Ataque armado de una nación contra otra, con violación del derecho. Ataque rápido y por sorpresa, realizado por el enemigo o considerado injusto o reprobable.”

Con respecto a agresivo: “Dícese de la persona o animal que obra, o tiende a obrar con agresividad. Propenso a faltar al respeto, a ofender o a provocar a los demás. Que implica provocación o ataque.”

De violento dice: “Que está fuera de su natural estado, situación o modo. Que obra con ímpetu y fuerza. Que se hace bruscamente, con ímpetu e intensidad extraordinarios. Dícese de lo que hace uno contra su gusto, por ciertos respetos y consideraciones. Aplicase al genio arrebatado e impetuoso y que se deja llevar fácilmente de la ira. Falso,

torcido, fuera de lo natural. Dícese del sentido o interpretación que se da a lo dicho o escrito. Que se ejecuta contra el modo regular o fuera de razón y justicia.”

Por las definiciones anteriores, podemos decir que la palabra agresión hace referencia a un acto efectivo. Luego derivado del término agresivo se introdujo el término agresividad que, aunque conserva el mismo significado se refiere no a un acto efectivo, sino, a una tendencia o disposición. Así, la agresividad puede manifestarse como una capacidad relacionada con la creatividad y la solución pacífica de los conflictos. Vista de éste modo la agresividad es un potencial que puede ser puesto al servicio de distintas funciones humanas y su fenómeno contrapuesto se hallaría en el rango de acciones de aislamiento, retroceso, incomunicación y falta de contacto.

Frente a esta agresividad que podríamos llamar benigna, existe una forma perversa o maligna: La violencia. Con esto queda claro que no se puede equiparar todo acto agresivo con la violencia. Ésta queda limitada a aquellos actos agresivos que se distinguen por su malignidad y tendencia ofensiva contra la integridad física, psíquica o moral de un ser humano. En otras palabras, desde nuestro punto de vista no constituye violencia la descarga de un cazador contra el animal que desea cazar con la finalidad de saciar el hambre o mantener el equilibrio ecológico. Por

otra parte, siempre constituirá violencia, como su nombre lo indica, el acto de violación sexual. Esto nos permite introducir otros elementos para reconocer al acto violento: su falta de justificación, su ilegitimidad y/o su ilegalidad. Ilegítimo por la ausencia de aprobación social, ilegal por estar sancionado por las leyes.

La agresividad puede ser detectada en toda la escala animal, no así la violencia, casi exclusiva del ser humano.

Como es sabido, es sumamente raro que un animal inferior, ataque a otro de especie diferente, si no es con el fin de alimentarse, o que luche contra otro de su misma especie si no es con el objeto de defender su territorio, la hembra, la cría o el alimento. Inclusive, cuando la lucha se presenta su mayor componente es ritual; rito que va en sentido de demostrar cuál es más grande o lucha de aquellos animales viejos o muy jóvenes, así como, animales de sexo diferente y/o ejemplares que se conocen entre sí.

Desde la niñez tenemos la experiencia de haber observado la lucha por territorio o alimento entre dos lagartos: cambian de color, aumentan a su tamaño extendiendo sus espículas cartilagosas, etc... Si ninguno abandona se llega al contacto físico en forma de mordida, una lucha

breve que termina con el abandono del más débil sin que el otro lo persiga para darle muerte.

Por otro lado, los elementos de ausencia de aprobación social e ilegalidad de la violencia vienen, en nuestro caso, de la óptica jurídica romano-germánica, el derecho francés, en el que se plantea una gran clasificación de la violencia moral y física.

De un modo general la "infracción es un hecho ordenado o prohibido por la ley anticipadamente, bajo la sanción de una pena propiamente dicha y que no se justifica por el ejercicio de un derecho".

Por su parte, Jiménez de Azúa refiere que "el delito es un acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal"⁵³.

En la vocación práctica la diferencia entre delito y crimen, es en última instancia de orden gradual, cuantitativo: el delito es de tipo correccional y el crimen, como su nombre lo indica, es criminal. La relación entre violencia y delito o crimen resulta obvia a partir de sus definiciones.

⁵³ JIMENEZ DE AZUA, LUIS. Citado por López Betancourt. Teoría del Delito. 6ª ed. Ed. Porrúa. Pág. 302.

En resumen: La agresión es un acto efectivo que implica acercarse a alguien en busca de consejo o con la intención de producir daño. No así la agresividad, que no se refiere a un acto efectivo, sino, a una tendencia o disposición que se halla bajo los designios de la creatividad y la solución pacífica de conflictos. Violencia es una forma perversa o maligna de agresividad que ejerce un individuo contra otro de su misma especie y que se caracteriza por su carencia de justificación, tendencia ofensiva, ilegitimidad y/o ilegalidad.

5.3. CONCEPTO DE DELINCUENCIA

Delincuencia, conjunto de infracciones de fuerte incidencia social cometidas contra el orden público. Esta definición permite distinguir entre delincuencia (cuyo estudio, a partir de una definición dada de legalidad, considera la frecuencia y la naturaleza de los delitos cometidos) y criminología (que considera la personalidad, las motivaciones y las capacidades de reinserción del delincuente).

Dicho en términos vulgares, carentes de rigor científico, infracción de cualquier obligación social. Término empleado en los tribunales de menores de Estados Unidos para definir los delitos de los menores

sometidos a su jurisdicción. En la Criminología norteamericana la distinción jurídicamente aceptada, entre “acto criminal” y “acto delictivo” va implícita en la teoría de que sobre los jóvenes delincuentes no pesan las mismas consideraciones responsabilistas que se supone actúan sobre los adultos. Jurídica y sociológicamente la distinción estaría fundada en el reconocimiento de la necesidad de un trato diferencial con respecto a los menores delincuentes.

En términos más precisos y generalmente recibidos, el término Delincuencia corresponde a la calidad de delincuente, a la capacidad de delinquir y por ende a la infracción de deberes jurídicamente establecidos, que dan lugar a la atribución de responsabilidad criminal y es sancionada penalmente o sinónimo de criminalidad. Sociológica y estadísticamente, conjunto de delitos, expresados en general o referidos a determinado criterio espacial, temporal o categorial.⁵⁴

Podremos decir en otras palabras que delincuencia es toda actividad de individuos que cometen conductas delictivas, o bien pueden ser organizaciones ilícitas que se dedican a la comisión sistemática de delitos.

⁵⁴Diccionario de Sociología, Henry Pratt Fairchild. Fondo de cultura económica, México, 1966. Pàg.89

Visto el concepto de delincuencia, resulta necesario delimitar el adjetivo juvenil, es decir, ¿cuándo la delincuencia es juvenil? Vaya por delante que no podemos emplear al objeto de este trabajo el significado etimológico de tal adjetivo, pues desde este punto de vista, quiere decir lo relacionado con la juventud. Y no es aplicable, decimos, este concepto etimológico, porque dentro del campo de las ciencias penales viene entendiéndose por delincuencia juvenil la llevada a cabo por personas que no han alcanzado aún la mayoría de edad, mayoría de edad evidentemente penal.

5.3.1. LA DELINCUENCIA JUVENIL

Se refiere a los delitos realizados por jóvenes o menores de edad. Un delincuente es aquel que reincide y comete crímenes repetidas veces. La mayoría de los sistemas legales consideran procedimientos específicos para tratar con este problema, como son los centros juveniles de detención. Hay multitud de teorías diferentes sobre las causas de la criminalidad, la mayoría de las cuáles si no todas pueden ser aplicadas a las causas de los crímenes juveniles. Los delitos juveniles suelen recibir gran atención de los medios de comunicación y políticos. Esto es así porque el nivel y los tipos de crímenes juveniles pueden ser utilizados por los analistas y los medios como un indicador del estado general de la

moral y el orden público en un país, y como consecuencia pueden ser fuente de alarma y de pánico moral.

Como la mayoría de los tipos de delitos, los crímenes cometidos por jóvenes se han incrementado desde mediados del siglo XX. Existen múltiples teorías sobre las causas de los crímenes juveniles, considerados especialmente importantes dentro de la criminología. Esto es así, porque el número de crímenes cometidos crece enormemente entre los quince y los veinticinco años. En segundo lugar, cualquier teoría sobre las causas de la delincuencia deberá considerar los crímenes juveniles, ya que los criminales adultos probablemente habrán tenido un comienzo en la delincuencia cuando eran jóvenes.

Por otra parte, otro posible origen de la delincuencia juvenil son problemas como la esquizofrenia, trastornos conductistas/mentales, estrés postraumático, trastorno de conducta o trastorno bipolar.

Apuntábamos en páginas anteriores que el término delincuencia juvenil no tiene el mismo significado para todos los criminólogos. Difieren básicamente en dos puntos:

- 1.- El primero en determinar la edad a partir de la cual se puede hablar de delincuente juvenil y
- 2.- El segundo, que radica en determinar cuáles deben ser las conductas que dan lugar a calificar a un joven como delincuente.

Por cuanto hace a la edad en que podemos referirnos a la delincuencia juvenil, participamos del criterio de estimar como tales a los que cuentan con más de 14 años de edad.

El menor infractor lo podrá ser hasta los 14 años de edad, a partir de este límite, deberá ser considerado como delincuente juvenil con los grados de responsabilidad ya apuntados, los que desde luego no tienen pretensión de definitividad, pues dependerá de los estudios que en lo futuro se realicen y que permitan conocer los fenómenos físicos y psíquicos del adolescente que puedan obligar a variar los límites de edad ya señalados, los que están apoyados en los estudios más aceptados hasta la fecha.

El anterior punto de vista, no es actualmente el que aceptan la mayoría de los Códigos penales de la República, pues por ejemplo el Código del Distrito Federal y el Estado de México, fijan como límite para la responsabilidad penal la edad de 18 años, el Código Penal de Durango se inclina por el límite de 16 años y en igual sentido el de Tamaulipas y otros Estados.

La delincuencia juvenil y entorno social.

El estudio de la criminalidad juvenil constituye un tema de actualidad, no sólo del derecho penal, sino también de la criminología y

de las ciencias conexas. El constante aumento de los conflictos sociales, y con ellos el de la delincuencia, ha incrementado el interés por el tema, tanto en los países industrializados o centrales, como también en los llamados países periféricos, como son los de América Latina.

Para comprender el interés por el análisis y la búsqueda de soluciones para la delincuencia juvenil, es necesario ubicar este fenómeno dentro de la problemática de la sociedad actual. La estructura social en que les ha tocado vivir a los niños y jóvenes de hoy, está caracterizada por una complejidad cada vez mayor, donde la búsqueda de soluciones no depende ni de fórmulas tradicionales, ni de líderes carismáticos.

La delincuencia juvenil se ubica, por lo menos en América Latina, dentro de un contexto social caracterizado por grupos de niños y adolescentes ubicados dentro de niveles de miseria o pobreza, desempleo, narcotráfico, concentración urbana, baja escolaridad o analfabetismo, agresiones sexuales y desintegración familiar. A estos grupos sociales se les ha negado todos los derechos humanos, tales como el derecho a la vida, la salud, la educación, la vivienda, en fin, el derecho al desarrollo.

Sumado a este contexto, hay que agregar que la sociedad actual se caracteriza por un debilitamiento de los sistemas tradicionales de apoyo para el desarrollo de la niñez y de la adolescencia. Quisiera mencionar, por lo menos, tres medios de apoyo que con los cambios sociales, se han debilitado como para dar una respuesta efectiva al desarrollo de la niñez y de los adolescentes. En primer lugar tenemos que mencionar a La Familia. Los medios de comunicación, sobre todo la televisión, han suprimido la jerarquía y hegemonía que la familia tenía como formadora de costumbres sociales.

Además, la incorporación de la mujer al sistema laboral, por necesidad u oportunidades de desarrollo, y otros cambios en la estructura familiar, como la ausencia generalizada del padre, replantean las relaciones del niño y del joven. La Escuela, por su parte, se caracteriza por un marcado énfasis academicista y por la competitividad feroz, borrando el sentido comunitario y la promoción del desarrollo integral de los jóvenes. Además, los Sistemas de Asistencia y Recreación, como apoyos alternativos, son mínimos y siempre insuficientes para la satisfacción de las necesidades de la población juvenil.

Por último, quisiera manifestar que *la delincuencia juvenil es el resultado de la combinación de diversos factores de riesgo y respuesta social. Se presenta en toda sociedad, en donde los antivalores de*

violencia, agresividad, competencia salvaje, consumo, se imponen a los valores supremos de la sociedad, como la tolerancia, la solidaridad y la justicia.

Panorama Actual de la delincuencia juvenil.

La delincuencia juvenil ha aumentado de forma alarmante en los últimos tiempos, pasando a ser un problema que cada vez genera mayor preocupación social, tanto por su incremento cuantitativo, como por su progresiva peligrosidad cualitativa. La delincuencia juvenil es además una característica de sociedades que han alcanzado un cierto nivel de prosperidad y, según análisis autorizados, más habitual en los países anglosajones y nórdicos que en los euro mediterráneos y en las naciones en vías de desarrollo. Es decir, *en las sociedades menos desarrolladas la incidencia de la delincuencia juvenil en el conjunto del mundo del delito es menor que en las comunidades más avanzadas en el plano económico.* En las grandes ciudades latinoamericanas, la delincuencia juvenil está ligada a la obtención —delictiva— de bienes suntuarios de consumo y por lo general no practican la violencia por la violencia misma sino como medio de obtener sus objetivos materiales.

Los estudios criminológicos sobre la delincuencia juvenil señalan el carácter multicausal del fenómeno, pero a pesar de ello, se pueden señalar algunos factores que parecen decisivos en el aumento de la

delincuencia juvenil desde la *II Guerra Mundial*. Así, son factores que se encuentran en la base de la delincuencia juvenil la imposibilidad de grandes capas de la juventud de integrarse en el sistema y en los valores que éste promociona como únicos y verdaderos (en el orden material y social, por ejemplo) y la propia *subcultura que genera la delincuencia* que se transmite de pandilla en pandilla, de modo que cada nuevo adepto trata de emular, y si es posible superar, las acciones violentas realizadas por los miembros anteriores del grupo.

5.4. LAS PANDILLAS Y SU REGULARIZACIÓN ANTE LA LEY

¿Qué es una pandilla?

Una pandilla es un grupo de adolescentes y/o jóvenes que se juntan para participar en actividades violentas y delictivas. Las pandillas están constituidas comúnmente entre niños y/o jóvenes de 13 a 20 años.

A través del tiempo este fenómeno social ha ido evolucionando y creciendo cada día más, por eso, los legisladores se vieron en la necesidad de agregar esta figura como agravante en nuestro Código Penal, las pandillas hoy en día están constituidas por la mayoría de jóvenes que llegan a delinquir en algún momento, la pandilla puede ser un

causante para que los jóvenes delinquen y vayan contra las buenas costumbres establecidas y aceptadas por la sociedad. A continuación analizaremos el concepto de pandilla y la diferencia con la delincuencia organizada.

Los problemas del pandillismo o pandillerismo juvenil urbano dieron lugar a la reforma del Código Penal que introdujo dicha figura como agravante en la comisión de cualquier delito: hasta una mitad más de la pena aplicable a éste. Por pandilla se entiende "la reunión habitual, ocasional o transitoria de tres o más personas que sin estar organizadas como fines delictuosos, cometen en común algún delito". Existe una agravante de la agravante, a saber, el caso en que algún miembro de la pandilla sea o haya sido servidor público de cualquier corporación policíaca.

La jurisprudencia se ha ocupado en distinguir la pandilla de otras figuras penales y establecer el carácter heterónimo de aquella. En cuanto al primer asunto, se afirma:

Hay notas distintivas entre el llamado pandillerismo y la asociación delictuosa. En el primero se trata de una reunión habitual, ocasional o transitoria de tres o más personas, que sin estar organizadas con fines delictuosos cometen comunitariamente algún ilícito; en cambio, la

asociación delictuosa se integra también al tomar participación en una banda, tres o más personas pero precisa que aquella – la banda y los "cierra" está organizada para delinquir. Aquí se advierte la primera distinción entre una y otra de las figuras analizadas: la consistente en que el pandillerismo, no hay organización con fines delictuosos, y en la asociación sí la hay. Pero todavía más. En esta segunda figura se requiere un régimen determinado con el propósito de estar delinquir, aceptado previamente por los componentes del grupo o banda; es decir, que debe haber jerarquía entre los miembros que la forman, con el reconocimiento de la autoridad sobre de ello el que manda, quién tiene medio o manera de imponer su voluntad.

Por lo que toca el segundo tema mencionado, la jurisprudencia ha manifestado reiteradamente que la pandilla no constituye un delito autónomo, sino que sólo una circunstancia agravante del delito o los delitos acreditado en el proceso; se trata, pues de una calificativa heterónoma, según ha dicho – por ejemplo – El segundo Tribunal del Sexto Circuito:

El artículo 174º bis del Código Unitivo del Distrito Federal, así como los demás ordenamientos de las entidades de la república que contienen la misma disposición, no establece el pandillerismo como delito autónomo, sino como una circunstancia agravante de las infracciones que

por naturaleza la admiten, pues su texto establece que se aplicara a los que intervengan "además de las penas que les correspondan por él o por los delitos cometidos..."⁵⁵

Lo que sólo incrementan la sanción en relación directa con los ilícitos cometidos "en pandillas"

La figura penal de la pandilla fue más lejos de lo que se quiso originalmente. Se trató entonces de agravar la sanción aplicable a los miembros de grupos reunidos, con fines diferentes de la comisión de delito. Como señalé, estos grupos se constituían a menudo con personas jóvenes, que aprovechaban su número y la circunstancia de la reunión para incurrir en conductas ilícitas.

Por supuesto, en estos agrupamientos, también intervenían e intervienen maleantes, vagabundos, individuos que se reúnen "sin oficio ni beneficio", como se suele decir.

A despecho de lo anterior que exigía una precisa formulación de la figura de pandilla, la extensa descripción de ésta en el artículo 164^o-bis permite que bajo este concepto queden abarcados prácticamente todos los casos de coautoría y participación delictuosas, cuando los coautores o

⁵⁵INTERNET. www.scjn.gob.mx

participantes son tres o más. Por ejemplo, si un sujeto comete un fraude mediante operaciones con títulos de crédito y para este efecto cuenta con el auxilio de dos individuos, será aplicable la agravante de pandilla. Obviamente este caso no corresponde en lo absoluto al problema que tuvieron a la vista los legisladores que incorporaron la agravante de pandilla en el Código punitivo.

Los excesos que pudieran ocurrir en este ámbito se modera bajo la referencia que contiene el artículo 164-bis la circunstancia en que operan los infractores: para que haya pandilla se requiere que exista una "reunión habitual, ocasional o transitoria", no una mera reunión o concertación. La reunión impone una idea de espacio, lugar, ámbito en el que se hayan y actúan quienes están reunidos; no podría tratarse por ende, de individuos unidos en un fin delictuoso – habitual, ocasional o transitoriamente", pero distantes uno de otros. El Diccionario de la Real Academia señala que reunión es "acción y efecto de reunir o reunirse", o bien "conjunto de personas reunidas"; y reunir es "volver a unir", o bien, "juntar, congregar, amontonar"⁵⁶.

Resulta lógica la precisión que intentó el segundo tribunal Colegiado de Sexto Circuito, que antes mencioné, invocando la aplicación de la calificativa con respecto a los delitos que por su

⁵⁶ www.bibliojuridicas.com

naturaleza (...) admite" aquella. Sin embargo, esa acotación tiene que ver más bien con el propósito del legislador en función de los requerimientos que movieron a establecer la calificativa, que con la naturaleza misma de las infracciones. Difícilmente se podría rechazar la aplicación de la calificativa en virtud de la naturaleza del delito, aún cuando el derecho punible se aleje considerablemente de la preocupación del legislador.

Si éste "pensó" en el homicidio, lesiones, robo, violación, atentados al pudor o abusos deshonestos privación de libertad y otros semejantes, no fue eso lo que "dijo". Tomando en cuenta la fórmula legal, no resulta imposible aplicar la calificativa a delitos tales como difamación o calumnia, violación de correspondencia, quebrantamiento de sellos, peligro de contagio, ultrajes a la moral, rebelión de secretos, variación del nombre o del domicilio y varios otros que pudieran hallarse a gran distancia del origen y el propósito de la norma.

La primera expresión de la delincuencia organizada, a la que adelante me refiere, se aproximó apreciablemente a la idea de pandilla, en cuanto no se consideró que dicha organización constituyese por sí misma un delito, no así en los efectos jurídicos inmediatos del agrupamiento. Sustantivo en el caso de la pandilla y sólo adjetivos – de carácter precautorio o cautelar, asociados con la retención—en el supuesto de delincuencia organizada.

5.5. MENORES INFRACTORES

Determinar la minoría de edad para los efectos de la responsabilidad ante la Ley penal, es un tema debatido, y existe una gran variedad de criterios para fijar la edad límite en que una persona pueda considerarse como menor.

En términos generales se considera menor de edad a quien por su desarrollo físico y psíquico no tiene "La capacidad de autodeterminación del hombre, para actuar conforme con el sentido, teniendo la facultad, reconocida normativamente, de comprender la antijuricidad de su conducta".

En el ámbito jurídico-penal la capacidad de autodeterminación recibe el nombre de imputabilidad de ahí que quien no satisfaga el límite de edad que señala la ley, se le considerara un inimputable.

De acuerdo a la dogmática del delito, éste sólo se puede cometer, si los elementos del mismo se integran en su totalidad en cada caso concreto.

"No es posible en este trabajo ahondar en el estudio jurídico del delito, y sus elementos, tema cuya profundidad indiscutible y sobre el cual

se está muy lejos de llegar a conclusiones definitivas; para Edmundo Mezger: "El delito es la acción típicamente antijurídica y culpable".

La definición del tratadista alemán no hace referencia alguna a la imputabilidad, concepto que la opinión más generalizada la estima como un presupuesto del elemento culpabilidad

La imputabilidad ha sido definida por el Código Penal italiano como la capacidad de entender y de querer, capacidad que requiere satisfacer un límite físico, o sea la mayoría de edad que señala la propia ley, y un límite psíquico que consiste en la posibilidad de valorar la propia conducta en relación a la norma jurídica.

En otras palabras, el menor de edad, no tiene de acuerdo a la ley la suficiente capacidad de entender y querer, por una evidente falta de madurez física, que también, lo es psíquica.

El menor de edad podrá llevar a cabo actos u omisiones típicos, pero no culpables, pues para que se le pueda reprochar su conducta, a título doloso o culposo el menor deberá tener la capacidad de entender y querer su conducta, de tal suerte que no se puede formular el reproche que entraña la culpabilidad por falta de base o sustentación mencionada.

Lo anterior nos lleva a concluir que el menor no es, no puede ser delincuente, simple y sencillamente porque su conducta no puede llegar a integrar todos los elementos del delito, pues es un sujeto inimputable y ésta es condición esencial para que pueda integrarse el elemento de la culpabilidad.

5.5.1. MENORES INFRACTORES EN LA FRONTERA SUR

Dentro de la conferencia magistral pronunciada por el Lic. Marco Antonio Díaz de León hace referencia que al menor que realiza una conducta delictiva no debe llamársele delincuente, sino más bien, menor infractor de reglamentos administrativos.

Debemos hacer mención de la definición del concepto Infractor a lo cual se dice que es aquella persona menor de edad, la cual realiza una conducta que es tipificada en un tipo penal, entendiéndose esto, como el encuadramiento de una conducta en algún delito establecido en el Código sustantivo.

En las grandes urbes cada día son más los niños y jóvenes que, al verse imposibilitados para satisfacer sus necesidades en forma adecuada y socialmente aceptada, asumen comportamientos irregulares que les

llevan a transgredir las leyes promulgadas para proteger el bien común de la sociedad, convirtiéndose así en menores infractores.

El consejo de menores es competente para conocer de la conducta tipificada por las leyes penales del estado, de las personas mayores de 11 años y menores de 18 años de edad.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos detectó casos graves de violaciones a las garantías básicas en la mayoría de los Centros para Menores Infractores del país, sobre todo respecto a sobrepoblación, abusos –golpes y malos tratos-, hacinamiento, pues en lugar de dormitorios se les envía a celdas que tienen como paredes mallas metálicas que semejan "jaulas para animales". Además, se mantiene en los mismos lugares a niños de 7 años con jóvenes de 16 y 17 años, y niñas embarazadas.

La CNDH aseguró que el peor centro para menores se ubica en Chiapas, donde se constató "la estancia de dos menores infractoras con sus hijos, quienes se encontraban en condiciones precarias. En Veracruz se ubica el segundo peor centro para la atención de los menores. Ahí se encontraron recluidos a dos menores de 7 años, uno de ellos acusado de allanamiento de morada y otro de robo, quienes conviven con jóvenes de 18 años".

En la mayoría de esos centros las condiciones de vida son deplorables, pues hay fugas de agua, corrosión en instalaciones sanitarias, eléctricas, puertas y ventanas; duermen en planchas de concreto sin colchón, y otros en el piso; no se les clasifica y separa. En el caso de los niños reclusos en Tijuana, se les levanta a las 4 de la mañana para elaborar diariamente mil 500 kilos de tortillas para el penal Jorge Duarte Castillo"⁵⁷.

Otras de las irregularidades constatadas durante 2002 en las visitas a los centros para menores del país son "la escasez de medicamentos; ausencia de médicos, sicólogos y especialistas que los atiendan, y que las niñas y adolescentes no cuenten con espacios construidos exclusivamente para albergarlas. Esta situación ha obligado a que cocinas sean transformadas en dormitorios", destacó ayer el presidente de la CNDH, José Luis Soberanes Fernández, al presentar el Informe especial sobre la situación de los derechos humanos de los internos en los centros de menores de la República Mexicana.

"La situación en que viven los menores infractores del país podría mejorarse muchísimo si hubiera voluntad política del Ejecutivo y de los gobiernos estatales. Si ellos quisieran, en 3 años les aseguro que

⁵⁷INTERNET www.comunidad.derecho.org

cambiaría mucho la situación, pues no es una gran inversión la que se requiere"⁵⁸, subrayó Soberanes Fernández.

En el país, dijo el titular de la CNDH, existen 54 centros de internamiento para menores. En 2002, fecha en que se elaboró el informe, albergaban una población de 4 mil 753 internos. De ellos, 4 mil 496 eran varones y 257 mujeres; 123 indígenas, 20 extranjeros; 13 niñas se encontraban en estado de gravidez; "4 internas tenían a sus hijos viviendo con ellas en el establecimiento correspondiente. La edad promedio de los varones internos era de 17 años y la de mujeres de 15"⁵⁹.

Durante los recorridos por esos centros, los visitantes realizaron una encuesta respecto a la utilización de sustancias tóxicas. Se detectó que 55 por ciento de ellos -2 mil 620- han utilizado sustancias tóxicas en algún momento. Ha consumido alcohol 48.7 por ciento, marihuana 35.7 por ciento, cocaína 22 por ciento, solventes 17 por ciento, pastillas psicotrópicas 8.8 por ciento, narcóticos conocidos como cristal 6 por ciento y piedra 4.5 por ciento.

La mayoría de los internos cometieron infracciones del fuero común: robo en todas sus modalidades, 2 mil 646 varones y 100 mujeres;

⁵⁸ www.comunidad.derecho.org

⁵⁹ www.onu.org

violación, 506 varones y 2 mujeres; homicidio, 457 varones y 29 mujeres; y lesiones, 206 varones y 11 mujeres.

De acuerdo con las entrevistas realizadas por los visitantes de la CNDH, la mayoría de los directores de esos centros refirieron que el robo está directamente relacionado con el consumo de sustancias psicotrópicas; inclusive algunos niños adictos al narcótico conocido como piedra manifestaron que cuando empezaban a usarlo ya no podían parar, por lo que tenían que robar para seguir drogándose.

También se advirtió que en 71 por ciento de los casos los padres de los menores eran adictos a sustancias tóxicas, 36 por ciento tenía familiares presos, 37 por ciento se habían fugado de sus casas, 25 por ciento formaban parte de pandillas, y 18 por ciento fue víctima de violencia intrafamiliar.

5.6. LAS DIFERENTES LEGISLACIONES.

Dentro de nuestro sistema jurídico que regula estas cuestiones de, infracciones de los menores podemos citar, lo que corresponde el marco jurídico, en el cual encontramos:

* CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

* CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

* LEY PARA EL TRATAMIENTO DE LOS MENORES INFRACTORES

* LEY SOBRE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, LOS NIÑOS Y LOS ADOLESCENTES

* CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

* LEY DE TUTELA Y ASISTENCIA SOCIAL PARA MENORES INFRACTORES DEL ESTADO DE GUERRERO.

La Ley Para La Protección Y El Tratamiento De Menores Infractores Para El Estado De Chiapas en su artículo 1° dice: La presente ley tiene por objeto reglamentar la función del Estado en la protección de los derechos e integridad de los menores, así como en la adaptación social de aquellos cuya conducta se encuentra tipificada en las leyes penales del Estado.

Los menores que cometan infracciones a las normas administrativas o bandos de policía o buen gobierno sólo les será exigible la reparación del daño y/o la sanción que corresponda, con excepción del arresto, a través de las personas que ejerzan la patria potestad o de quien los tenga bajo su guarda o custodia de conformidad con la ley civil. Esta

disposición se hará efectiva directamente por la autoridad administrativa que corresponda, sin que se instruya procedimiento ante los órganos del consejo de menores.

En nuestro país no hay uniformidad en las leyes que fijan la edad mínima para considerar a un niño menor infractor y tampoco para establecer la edad penal. En Tamaulipas un niño es menor infractor a los 6 años; en Aguascalientes a los 7; en San Luis Potosí y Tabasco a los 8; en Coahuila a los 10; en Baja California, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Distrito Federal, Estado de México, Guanajuato, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Querétaro, Sonora, Tlaxcala y Yucatán, a los 11 años, y en Baja California Sur, Durango, Hidalgo y Nuevo León a los 12 años.

Mencionaba el Lic. Marco Antonio Díaz de León que en nuestra legislación, se considera menor hasta los 17 años 11 meses. En tanto, la edad penal es considerado a partir de los 16 años en 14 entidades, a los 17 años en Tabasco, y a los 18 años en 17 Estados.

Soberanes Fernández destacó que el término menor infractor "sólo debe aplicarse a aquellos que han infringido las normas penales, por lo que los niños que se encuentren en otros supuestos, y que necesiten de

la intervención preventiva del Estado, deben ser atendidos por instituciones de asistencia social⁶⁰.

El informe señala que la mayoría de los Estados no cumple con lo estipulado en la Constitución respecto a la protección y respeto a los derechos humanos de los menores infractores, y tampoco se respetan los ordenamientos internacionales.

Asimismo expresa la conveniencia de que se homologuen las legislaciones estatales en cuanto a edad penal y al uso del término menor infractor, aplicando la jurisdicción internacional y la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en la que se precisa que menor es todo el que no ha cumplido los 18 años.

La justicia de menores infractores en México, se integra de una ley federal y 31 leyes locales. De acuerdo con dichos textos normativos, se destaca los siguientes aspectos:

* En relación a la edad mínima y máxima, en 14 Estados se establece como mínima la de 9 a 11 años, lo que representa un 43.7 %; en 7 entidades de 12 a 14 años, lo que hace un 22.9 %; y los restantes se encuentran en un rango de 6 a 8 años.

⁶⁰ www.comunidad.derecho.org

Respecto de la edad máxima, en 18 entidades se fija a los 18 años, en otras 12 a los 16 años; Tabasco señala a los 17 años y Michoacán no especifica.

5.7. RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES DE LOS MENORES INFRACTORES.

En diversos Estado de la República Mexicana y en especial en el estado de Chihuahua, no se descarta la posibilidad de que padres de “niños” que cometan delitos de alto impacto como el menor de 14 años en ciudad Juárez acusado de posible sicario, lleguen hacer sancionados por las leyes, al ser responsables de los actos y educación de los infantes bajo su tutela.

Debido a que el índice de delincuencia ha aumentado en menores de edad y sobre todo la comisión de delitos de alto impacto han aumentado en los mismos, se analiza en diversos Estados de la República Mexicana la posibilidad de trabajar en una ley reglamentaria en materia penal y de prevención para que los padres de los “niños” que sean objeto de la delincuencia organizada como el de ciudad Juárez y los menores de 9 a 12 años, puedan ser quienes carguen con una sanción al no poder ser ejercida en los infantes de dicha edad.

El estudio de esta propuesta, deberá alcanzar eco en la sociedad, debido a la dificultad que genera el entrar en análisis el sancionar a los menores directamente, ya que hay tratados internacionales que defienden sus derechos y prohíben ello dando posibilidad sólo a la rehabilitación, misma que en ocasiones se torna ineficiente al encontrarse el menor infractor envuelto en un problema de violencia intrafamiliar, que en la mayoría de los casos es el detonante para que los menores delincan, así las cosas dicha rehabilitación es deficiente si no se toma de manera familiar.

Por lo que debemos puntualizar el hecho de que padres o tutores de menores de edad denominados como “niños” sean quienes carguen con la sanción de los delitos que ellos cometan, “que nos permita de alguna manera responsabilizar a quienes tienen la responsabilidad de la educación de los menores”, atacando principalmente la rehabilitación y el fortalecimiento de los valores en la familia.

Por otra parte se debe considerar por lo menos que los padres reciban sanciones civiles por los actos que cometen sus hijos, cuando éstos son inimputables, máxime si son reincidentes. La idea es buscar alternativas que permitan hacer responsables en forma efectiva a los padres frente a los actos ilegales o imprudentes de los hijos menores de edad.

La idea es que en nuestra legislación penal o en su defecto civil, se establezca la determinación de que las personas a cuyo cargo se encuentren los menores infractores, serán responsables de los daños causados por estos, imputándoles negligencia. Así mismo se debe establecer que los padres serán siempre responsables de los delitos cometidos por sus hijos menores, y que conocidamente provengan de mala educación, o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir, es decir que tal vez se les imponga una pena como servicio a la comunidad así como a una rehabilitación pues la mayoría de los menores infractores provienen de familias disfuncionales y pobres, razón por la cual los padres de familia también requieren ciertamente de ayuda psicológica que en su mayoría no pueden solicitar por falta de economía o por su propia ignorancia, pues de nada serviría que los menores se rehabiliten si regresarían al mismo ambiente que los orilló a delinquir y por parte de los responsables de los menores no tendrían ningún tipo de preocupación de que sus hijos delincan una y otra vez.

Esto con la finalidad de fortalecer el sistema penal de adolescentes que esta pesimamente implementado y que tiene grandes deficiencias estructurales.

Conclusiones

Las principales conclusiones que podemos derivar de este trabajo de investigación son las siguientes:

1) El perfil del menor infractor que pasa por los sistemas de justicia penal en la región latinoamericana, pertenece a los sectores pobres de la población.

2) Cualquier programa para la prevención del delito en América Latina (países en desarrollo) estará condicionado directa o indirectamente, en buena medida con el aumento o disminución del sector poblacional pobre y con las políticas sociales programadas por los Estados para estos sectores.

3) Es necesario separar las situaciones de naturaleza jurídico-penal, que ameritan la intervención judicial, de las patologías sociales, que deben solucionarse por otros medios de política social del Estado.

4) Es necesario limitar la competencia del juez tutelar a la resolución exclusiva de conflictos penales.

5) La intervención jurídico-penal debe estar apoyada en el principio de legalidad penal y el proceso debe desarrollarse respetando los principios procesales universalmente aceptados para adultos, con mayores atenuantes para el caso de los jóvenes, principalmente: El derecho a la defensa legal y los recursos legales ordinarios y extraordinarios.

6) La utilización de medidas privativas de libertad, sea detención provisional o el internamiento, sólo debe usarse en casos graves y como "última ratio".

La historia del derecho penal de menores en América Latina está plagada de toda clase de injusticias. Problemas sociales como son el abandono, la mendicidad y el desempleo, han sido convertidos en problemas legales de tipo penal. La ideología del peligro social y de las "medidas" ha atentado contra los Derechos Humanos de los niños y de los jóvenes, ha servido para estigmatizarlos como niños enfermos, niños problema o niños peligrosos. Pero a la misma vez ha servido para ocultar o negar la incapacidad de los Estados para solucionar los conflictos sociales, económicos y políticos de la sociedad.

Sin embargo, algo se ha avanzado, y el proceso de reforma iniciado luego de la Convención no debe quedarse sólo en el campo legislativo. Debe

convertirse en un factor desencadenante para las transformaciones de las condiciones reales en las que vive nuestra infancia latinoamericana.

Si bien es cierto toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado. Así el padre, y a falta de éste la madre, es responsable del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa. Así el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado. Así los jefes de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos, mientras están bajo su cuidado; y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso. Pero cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho.

Muchas veces los padres se olvidan de sus hijos y de su formación. Los padres son los responsables de la educación que éstos reciben, los valores que se deben inculcar y el deber de fiscalizar lo que hacen, porque eso sea así. Los padres nunca deben desentenderse. (...) Hay conciencia en que no podemos relativizar el rol de los padres al hacerse cargo. Tenemos que levantar estos temas que son relevantes.

Es por ello que es importante responsabilizar a los padres de una manera real y concreta de los delitos que cometan sus hijos, pues de lo contrario el hijo no cambiaría su actividad delictiva en tanto sus padres no se responsabilicen por su educación y su real rehabilitación con el objeto de tener una mejor sociedad organizada y responsable, sin perder de vista que el Estado tiene un trabajo muy difícil, pues hay que empezar por erradicar la pobreza y la falta de empleo, pues éstos son los principales factores de que la sociedad se potencialmente delictiva.

BIBLIOGRAFÍA

- ARILLA BAS FERNANDO. EL PROCEDIMIENTO PENAL EN MEXICO, 23ª ed. Ed. Porrúa, México 2004, pp. 519.
- AZUARA PEREZ LEANDRO. SOCIOLOGIA, 20ª ed. Ed. Porrúa, México 2002, pp. 354.
- BAQUEIRO ROJAS EDGAR, BUENOSTRO BAEZ ROSALIA. DERECHO DE FAMILIA Y SUCECIONES, 7ª ed. Ed. Oxford, México, 1999, pp. 493.
- CASTELLANOS FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, 43ª ed. Ed. Porrúa, México 2001, pp. 363.
- GUITRON FUENTEVILLA JULIAN. DERECHO FAMILIAR, 7ª ed. Ed. UNACH, México, 2005, pp. 255.
- LOPEZ BETANCOURT EDUARDO. TEORIA DEL DELITO, 10ª ed. Ed. Porrúa. México, 2002, pp. 297.
- LOPEZ BETANCOURT EDUARDO. DELITOS EN PARTICULAR T.I., 9ª ed. Ed. Porrúa, México 2003, pp. 405.
- MORINEAU IDUARTE MARTA. DERECHO ROMANO, 4ª ed. Ed. Oxford, México, 2001, pp. 297.
- MUÑOZ FRANCISCO CONDE. TEORIA GENERAL DEL DELITO, 2ª ed. Ed. Temis, Santa FE de Bogotá Colombia, 199, pp. 189.
- RIVERA SILVA MANUEL. EL PROCEDIMIENTO PENAL, 34ª ed. Ed. Porrúa, México 2005, pp.397.
- ROJINA VILLEGAS RAFAEL. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL, 17ª ed. Ed. Porrúa, México, 2001, pp. 510.
- ROJINA VILLEGAS RAFAEL. DERECHO CIVIL MEXICANO.T.II. 6ª ed. Ed. Porrúa. México, 1983, pp. 803.
- SOSA ORTIZ ALEJANDRO. LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL, 2ª ed. Ed. Porrúa, México, 1999, pp. 803.

LEGISLACIÓN

GUISA ALDAY JAVIER. CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE
GUANAJUATO COMENTADO. 6ª ed.
Ed. Yussim, Leon, Gto, 2002, pp. 304.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. CONSTITUCIÓN POLITICA.

OTRAS FUENTES

INTERNET.

www.bibliojuridicas.com.

www.comunidad.derecho.org

www.onu.org

www.universidadabierta.edu.mx

www.wikipedia.org