



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN

CARRERA DE DERECHO

"INTERPRETACIÓN DEL NUMERAL 193 DEL  
CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO  
FEDERAL CONFORME A LOS NUMERALES  
14, 16 Y 20, APARTADO "C", FRACCIÓN  
IV, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL."

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

EDGARDO FRANCISCO CALDERÓN SÁNCHEZ

ASESOR: MTRO. CÉSAR AUGUSTO MENDOZA SALAZAR

SAN JUAN DE ARAGÓN, MÉXICO, NOVIEMBRE DE DOS MIL DOCE



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.

*A Dios, por prestarme vida y dicha,  
por poner en mi camino a todas esas personas  
que son tan importantes para mí, por  
permitirme dar un poco de lo mucho que recibo  
a diario, por tantas bendiciones.*

*A la Universidad Nacional  
Autónoma de México, por enseñarme que  
una mente abierta puede romper muros de  
piedra, por defender siempre con la  
pluralidad de su gente la entidad nacional  
que aún persiste en los corazones ardientes  
de los mexicanos, por hacer crecer la pasión  
de los jóvenes, por hacer de mí un  
profesionista digno al servicio de mi pueblo.*

*A mi Padre Don Hugo Calderón Casiano,  
por ser mi guía, mi ejemplo a seguir, por  
tanto y tanto apoyo que he recibido siempre  
de ti sin condiciones, por darme ánimo para  
ponerme de pie cuando he caído, por  
ayudarme a soñar siempre con mejores días.*

*A mi Madre Doña Italia Margarita Sánchez  
Saldaña, por todo el cariño, las bendiciones,  
preocupaciones, regaños, mimos, consuelo,  
cuidados y todo ese amor que siempre tienes  
disponible para mí, por esperar con tanta  
ilusión este día.*

*A mi Hermano y Mejor Amigo Hammurabi Hugo  
Calderón Sánchez, por tu fe en mí, por las aventuras  
que nos falta vivir juntos, por tu apoyo  
incondicional, por tu fuerza y gran corazón, porque  
eres mejor que yo y siempre me haces sentir bien,  
espero estés orgulloso de mí.*

*A mis Amigos y Hermanos Jorge Iván Narváez Murguía y Jonathan Omar Cornejo Castillo, por todas esas aventuras, por su apoyo y por brindarme su confianza, por compartir mis alegrías y tropiezos.*

*A la Familia Calderón Reina, Rosario, Humberto, Fernanda e Itzel, por su cariño y confianza, realmente aprecio los momentos en que nuestras familias se reúnen.*

*A mi Abuelita Margarita Saldaña Rosales, por enseñarme que la vida es bella.*

*A la Familia Escutia Calderón, por apoyarme siempre y darme ánimo.*

*A Paola y Karina Arellano Román, por todo su cariño.*

*A los que ya no están conmigo, Francisco Calderón Espinosa, Felisa Casiano Ortega y Enrique Sánchez Juárez, que estén en Santa Paz.*

*Al Maestro César Augusto Mendoza Salazar, por ser un gran maestro del derecho y compartir su conocimiento, pero también por ser un ser humano extraordinario. Siempre le estaré agradecido por enseñarme su mundo, porque cambio mi forma de pensar, gracias por enseñarme que no tenemos límites para alcanzar nuestros objetivos.*

INTERPRETACIÓN DEL NUMERAL 193 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL  
DISTRITO FEDERAL CONFORME A LOS ARTÍCULOS 14, 16 Y 20,  
APARTADO "C", FRACCIÓN IV, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

ÍNDICE

Introducción .....	Página I
--------------------	-------------

CAPÍTULO 1  
EL DELITO Y SU CLASIFICACIÓN

1.1 Teoría del Delito .....	1
1.1.1.- Escuela Clásica .....	4
1.1.2.- Escuela Positivista .....	6
1.1.3.- Escuela Ecléctica .....	8
1.2. De Acuerdo a sus Elementos.....	8
1.2.1.- Conducta .....	9
1.2.2.- El Aspecto Negativo de la Conducta o Ausencia de Conducta .....	10
1.2.3.- Tipicidad .....	11
1.2.4.- La Atipicidad o Falta de Tipo .....	12
1.2.5.- Antijuridicidad .....	15
1.2.6.- El Aspecto Negativo de la Antijuridicidad .....	16
1.2.7.- La Culpabilidad.....	20
1.2.8.- Causas de Inculpabilidad .....	23
1.3 Por la Forma de la Persecución del Delito .....	25
1.4 De Acuerdo a su Resultado .....	26
1.4.1.- Los Delitos de Resultado Formal .....	28
1.4.2.- Los Delitos de Resultado Material .....	29

CAPÍTULO 2  
LA CONSTITUCIONALIDAD EN LA LEGISLACIÓN PENAL

2.1 Artículo 14 de la Constitución Federal .....	30
2.1.1 La Irretroactividad de la ley .....	30
2.1.2 Audiencia .....	33
2.1.3 La Exacta Aplicación de la Ley en Materia Penal .....	40
2.1.4 Legalidad en Materia Jurisdiccional Civil .....	44
2.2 Artículo 16 de la Constitución Federal .....	45
2.2.1 Titularidad de los Derechos Consagrados en la Primera Parte del Artículo 16 Constitucional .....	45
2.2.2 Orden de Aprehesión .....	54

2.3 Artículo 20 Apartado “C”, Fracción IV De La Constitución Federal .....	56
2.3.1 La Reforma del Artículo 20 Constitucional del 18 de junio de 2008 .....	57

**CAPÍTULO 3**  
**EL ARTÍCULO 193 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL**

3.1 Análisis .....	60
3.2 Interpretación .....	69
3.3 Concepto de Peligro .....	69
3.4 El Juicio de Peligro .....	77
3.5 La Tentativa .....	81

**CAPÍTULO 4**  
**EL NUMERAL 193 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN  
RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 20, APARTADO “C”, FRACCIÓN IV, DE LA  
CONSTITUCIÓN FEDERAL**

4.1 Transgresión a la Exacta Aplicación de la Ley .....	84
4.2 Transgresión a la Fundamentación y Motivación .....	93
4.3 Transgresión a la Proporcionalidad de la Pena .....	95
4.3 Propuesta .....	97
CONCLUSIONES .....	99
BIBLIOGRAFÍA .....	101



## INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo lo constituye el análisis de la reparación del daño contemplada en el Código Penal para el Distrito Federal, en particular en su artículo 193, con relación a los preceptos constitucionales 14, 16 y 20 apartado "C", fracción IV. Dicha reparación del daño es parte de la condena impuesta por cometer el delito que atenta en contra de la obligación alimentaria, y consiste en dar las cantidades no pagadas al acreedor alimentario; lo que a nuestra consideración está en contra del resultado de la conducta del delito mencionado, ya que como se observa en el desarrollo de este trabajo, el delito en mención tiene como resultado la puesta en peligro del bien jurídico y no un daño; además de que, existe una vía legal para el efecto de exigir las pensiones no erogadas.

Nuestra hipótesis consiste en que el delito que atenta en contra de la obligación alimentaria previsto en el numeral 193 del Código Penal para el Distrito Federal, ha sido debidamente descrito en cuanto a la conducta, pero es incorrecto en cuanto a su resultado.

Bajo este aspecto, el orden jurídico puede válidamente imponer al autor de dicha conducta una condena, pero también es evidente que la imposición de la reparación del daño debe ser acorde al resultado de esta conducta.

Por lo anterior, es necesaria, una reforma a dicho artículo a fin de que se sienten las bases de aplicación a la debida condena en relación con la conducta sancionada, por lo cual, el reclamo de la pensiones alimenticias no pagadas deberán hacerse efectivas por la vía civil.

En el primer capítulo estudiamos la Teoría del Delito, desde el método deductivo; hacemos mención de las generalidades del delito y su clasificación, a efecto de entender al delito desde el punto de vista de su resultado.

Inmediatamente después, en el segundo capítulo hacemos referencia a los fundamentos constitucionales que debe considerar el legislador para crear las normas penales, concretamente para el Distrito Federal, las cuales consideramos son indispensables para el desarrollo del tema abordado.

El tercer capítulo consiste en el análisis del numeral en estudio, desde su creación hasta su última reforma, a fin de ahondar sobre la conducta descrita y su evolución, así como realizar un análisis lógico jurídico del texto del artículo 193 del Código Penal del Distrito Federal, a efecto de puntualizar cada aspecto de dicho numeral.

En el mismo sentido, en el cuarto capítulo, se emplea el método dialéctico, con lo que se trata de resolver los diferentes cuestionamientos nacidos del análisis jurídico constitucional durante el desarrollo de esta tesis, con lo cual creemos haber probado la hipótesis, y con la cual se da la pertinencia a la propuesta.

Las observaciones, así como las aportaciones que se presentan, están planteadas desde el punto de vista del que suscribe, quien trata el tema con especial interés y profunda inquietud académica, pretendiendo que signifique una aportación que constituya una parte de la evolución en la regulación y protección del orden constitucional.

# INTERPRETACIÓN DEL NUMERAL 193 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL CONFORME A LOS NUMERALES 14, 16 Y 20, APARTADO “C”, FRACCIÓN IV, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

## CAPÍTULO 1

### EL DELITO Y SU CLASIFICACIÓN

#### 1.1 Teoría del Delito

Para efecto de un buen entendimiento de lo que es el presente trabajo de investigación es necesario hacer mención de las generalidades sobre la definición del delito, partiendo en el análisis de sus diferentes acepciones, ya que no se tiene una definición del delito con validez universal y las características de época y costumbres de los pueblos dificultan la definición del delito desde la perspectiva filosófica, así bien, desde el punto de vista meramente jurídico es posible considerar características para determinar el acto u omisión que es considerado como delito de acuerdo a sus particularidades esenciales.

Fernando Castellanos señala que *“la palabra delito deriva del latinismo delinquere, lo cual significa abandonar o apartarse del buen camino; traducido a nuestros tiempos en: alejarse del sendero señalado por la ley.”*<sup>1</sup>

En consideración a lo anterior, es menester considerar las distintas acepciones que circundan al delito jurídicamente, el autor en cita menciona la del principal exponente de la Escuela Clásica, Francisco Carrara, quien lo definió como *“La infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad*

---

<sup>1</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 44a ed., Ed. Porrúa, México, 2003, pág. 125.

*de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”.*<sup>2</sup>

De esta definición hallamos elementos enfocados a las generalidades anteriormente mencionadas, como el hecho de que Carrara hablara del delito como una *infracción de la ley*, haciéndonos ver que un acto solo se convierte en delito cuando éste choca contra la ley; así como hace mención de la *ley del Estado* refiriéndose exclusivamente a normas jurídicas del propio Estado y no a las religiosas o morales; observamos también que al agregar que dicha ley tiene su origen para la protección del ciudadano nos hace referencia a que tiene carácter de obligatoria y que no es promulgada para proteger los intereses patrimoniales ni de otra materia, sino especialmente de leyes penales; al agregar a su definición *resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo*, nos habla de los actos u omisiones del individuo, más nunca de lo que pudiera pensar o desear, es decir, deja fuera la posibilidad de que un pensamiento o un deseo sea considerado como delito; y al referirse a lo *moralmente imputable y políticamente dañoso*, se reduce a que las leyes prohibitivas están íntimamente ligadas a su naturaleza moral y por ende es precedente indispensable al daño político.

Así mismo debemos considerar las definiciones que buscan explicar la propia naturaleza del delito, caso es el del gran jurista del positivismo Rafael Garófalo, quien definió al delito como *“La violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad”*.<sup>3</sup>

Debemos aclarar que se refiere a los sentimientos afectados por el delito, en un intento de explicar la variabilidad de los delitos traducidos a los sentimientos afectados por éstos; esta definición nos lleva a considerar una generalidad

---

<sup>2</sup> Ídem.

<sup>3</sup> Ibidem, pág. 126.

inducida a la naturaleza y que se desarrollara a definir al delito como un hecho natural, por lo que se asume que es un concepto básico, remontado a épocas anteriores a los códigos o leyes; el actuar de todo ser humano es de supuesta inclusión en la naturaleza a hechos del mismo origen, de lo anterior se concluye que el delito no existe en la naturaleza como tal, sino que la esencia del delito se podrá encontrar en la trasgresión de los códigos adoptados por la sociedad para catalogar la conducta del mismo hombre que la conforma y de acuerdo a los criterios de utilidad social adoptados por éste.<sup>4</sup>

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, se han creado nociones de carácter formal y de carácter sustancial; la primera alude a las leyes positivas que se caracterizan por la amenaza o condicionante de condena por cometer cierto acto descrito por la ley, a manera de ejemplo, el primer párrafo del artículo séptimo del Código Penal Federal dice: *“Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.”*

Se debe precisar que dicha definición puntualiza que el delito no existe sin pena, cual es tema de discusión entre diversos autores de la materia.

Para comentar sobre las nociones sustanciales del delito o, dicho de otra manera, realizar el estudio jurídico-esencial del delito, hay que mencionar la existencia de dos sistemas principales, el unitario o totalizador, que nos dice que el delito no puede dividirse ni para su estudio, por integrar un todo orgánico, es decir, el delito puede presentar aspectos diversos pero de ninguna manera podrá ser fraccionable; y el atomizador o analítico, el cual concibe el conocimiento cabal de sus partes a las cuales se denominan elementos constitutivos del delito, sin que esto implique la negación del delito como unidad, simplemente se estudia al delito por cada uno de sus elementos constitutivos para estar en condiciones de entender “el todo” del objeto de estudio.

---

<sup>4</sup> Cfr. Ibidem, págs. 126,127 y 128.

Así mismo el concepto puramente dicho del delito es de conformidad con el artículo séptimo del Código Penal Federal:

*Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.*

El delito desde la perspectiva del derecho positivo mexicano, nos atrae, como antes mencionamos, a lo señalado por el artículo séptimo del Código Penal Federal que establece en su primer párrafo: “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”, y como antes lo mencionamos, no todo delito está sancionado por la ley; existen acciones que contemplan la excusa absolutoria sin perder el carácter de delictuosas, así mismo el maestro Fernando Castellanos contempla las infracciones administrativas, disciplinarias o las que se revisten como meras faltas, que son sancionadas por la ley sin ser delitos; por lo tanto la sanción puede ser o no adherida al concepto mismo de delito, aunque surge la curiosidad de saber por qué hay sanción o cuál es la naturaleza de ese acto para merecer los castigos o las sanciones penales.

#### 1.1.1 Escuela Clásica.

Los más representativos pensadores de la Escuela Clásica, de acuerdo con Fernando Castellanos, como Francisco Carrara, Romagnosi, Hegel, Rossi y Carmignani toman una serie de elementos para explicar al delito desde esta filosofía.<sup>5</sup>

a) Libre albedrío.- Establece que todos los hombres nacen con igualdad para actuar conforme a derecho, de manera que quien lo contraría lo hace a su

---

<sup>5</sup> Cfr. Ibidem, págs. 51 a 59.

libre elección; además, se niega el determinismo, el fatalismo o la predisposición hacia el delito.

b) Igualdad de derechos.- Derivado de lo anterior, se colige que el hombre nace igual en cuanto a sus derechos; por ello, la ley debe aplicarse de la misma manera a todos los hombres, por provenir de la misma circunstancia de igualdad.

c) Responsabilidad moral.- Como el hombre nace con libre albedrío y puede escoger libremente entre el bien y el mal, la responsabilidad es de tipo moral.

d) El delito como eje y como entidad jurídica.- El punto de partida de los problemas penales lo constituye el delito, que es una entidad meramente jurídica; así, importa más lo objetivo que lo subjetivo. La manifestación externa constitutiva del delito es lo que interesa, independientemente de circunstancias internas y, con base en el delito, debe castigarse al delincuente.

e) Método empleado.- Como se sabe, el objeto determina el método en la investigación, de manera que esta escuela sigue el deductivo (de lo general a lo particular). También se conoce como método especulativo, lógico abstracto, teleológico o finalista.

Como el derecho penal es una ciencia normativa que pertenece al mundo del deber ser, no era posible, según los clásicos, emplear el método seguido por las ciencias naturales en el que las leyes son inflexibles, pues este terreno pertenece al mundo del ser (o sea, lo que es), independientemente de la voluntad del hombre.

f) Pena proporcional al delito.- La pena debe ser un castigo directamente proporcional al delito cometido y previamente señalada en la ley.

### 1.1.2 Escuela Positivista.

Enseguida enunciaremos las características del positivismo como corriente filosófica del delito y de acuerdo, a decir de Fernando Castellanos, a sus máximos representantes Enrico Ferri, Rafael Garófalo y César Lombroso, estas características se fundamentan en bases científicas que corresponden a las ciencias naturales.<sup>6</sup>

a) Negación del libre albedrío.- Esta escuela afirma que el hombre no escoge libremente y de manera consciente el mal sobre el bien; puesto que es un ente natural y, en algunos casos, con anormalidades que evitan su sano y libre discernimiento, no puede elegir. Al respecto Fernando Castellanos destaca la influencia de Cesar Lombroso, con sus estudios médicos y antropológicos que dieron origen a la teoría del criminal nato. Dicha escuela afirma que hay hombres que nacen con predisposición hacia su futura manera de comportamiento, de acuerdo con sus características biológicas, antropológicas y psicológicas.

b) Responsabilidad social.- A diferencia de la escuela clásica, la positivista manifiesta que la responsabilidad, lejos de ser moral, es de tipo social. La colectividad, al tener en cuenta la posible predisposición hacia el delito en determinados sujetos, debe tomar las medidas necesarias para prevenirlo y, en un momento dado, defenderse.

c) Delincuente, punto central.- El delito no es el centro de atención, sino la persona que lo comete; a su vez, el delincuente es el objeto de estudio, mientras que el delito es solo la consecuencia.

d) Método inductivo.- Los positivistas utilizaron el método inductivo (de lo particular a lo general), conocido también como experimental. A partir de estudios realizados acerca de un delincuente o sujeto antisocial concreto, llegan a

---

<sup>6</sup> Cfr. Ibídem. págs. 61 a 68.



determinadas conclusiones y desarrollan hipótesis, con lo que crean tesis relacionadas con el comportamiento criminal.

e) Pena proporcional al estado peligroso.- En esta corriente se niega que la pena tenga o deba tener proporcionalidad directa con el delito, y se asegura que debe ser proporcional al estado peligroso, independientemente del tipo y la gravedad del delito.

f) Prevención.- De los postulados anteriores se desprende la importancia de la prevención del delito, que debe darse en lugar de la represión. Los positivistas creen que, al igual que en la medicina, es más conveniente prevenir que curar.

g) La medida de seguridad es más importante que la pena.- En vez de castigar se debe prevenir y, por tanto, aplicar las medidas de seguridad para evitar las penas. Se hacen clasificaciones de las medidas de seguridad según diversos criterios, y se afirma que debe aplicarse la más adecuada al caso, en virtud de la peligrosidad y caracterología específicas del sujeto.

h) Clasificación de delincuentes.- A esta escuela no le preocupa tanto la clasificación de los delitos como la de los delincuentes, con fundamento en su peligrosidad y características sociales y psicológicas, de las cuales existen diversas clasificaciones.

i) Sustitutivos penales.- Se proponen los sustitutivos penales como medios para evitar la abundancia y crueldad de las penas. Los positivistas consideran ineficaces a las penas, y se plantean numerosos sustitutivos como los son religiosos, médicos, psicológicos, etc.

### 1.1.3 Escuela Ecléctica.

De lo anterior surge la escuela ecléctica, de la cual sus representantes son entre otros Alimena y Carnevale. Aceptan y niegan postulados de la Escuela Clásica y de la Escuela Positivista y excepcionalmente aportan algo propio y significativo así que enumeraremos dichas características: Negación del libre albedrío, el delito es un hecho individual y social, se interesa por el delincuente más que por el delito, señala las ventajas del método inductivo, adopta la investigación jurídica del delincuente, considera la responsabilidad moral, distingue entre imputables e inimputables y, plantea la reforma social como deber del Estado.<sup>7</sup>

### 1.2 De Acuerdo a sus Elementos

Para el estudio de los elementos del delito Fernando Castellanos hace referencia a los señalados por Edmundo Mezger quien definió al delito como *una acción típicamente antijurídica y culpable*,<sup>8</sup> y para efectos ilustrativos seguiremos el siguiente modelo, contraponiendo dichos aspectos positivos con los que se denominan aspectos negativos:

Aspectos Positivos	Aspectos Negativos
Actividad o conducta	Falta de Acción
Tipicidad	Ausencia de tipo
Antijuricidad	Causas de justificación
Culpabilidad	Causas de inculpabilidad

De acuerdo a esta tabla, tenemos que definir cada aspecto, para su mayor comprensión:

---

<sup>7</sup> Cfr. Idímen, págs 69 a 72.

<sup>8</sup> Ibidem. pág. 128.

### 1.2.1 Conducta.

Primeramente desglosaremos los elementos de la actividad o conducta, consideramos que dichos elementos son la acción, la voluntad, el resultado y el nexo de causalidad entre voluntad y actividad, así como entre la actividad y el resultado.

a) La acción.- Consiste en realizar un hecho positivo o negativo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales para cometer la infracción a la ley por sí o por medio de cualquier otro elemento material o personal. Dentro de la concepción finalista, se llama acción a todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica siempre una finalidad. La acción es un acto humano determinante de una modificación del mundo exterior tenida en cuenta por el legislador para describirla y sancionarla con una pena y debe cumplir ciertas condiciones.

Que sea producto de la voluntad humana, sin que todavía haya de atenderse al contenido de esa voluntad. Lo importante para la teoría de la acción se trata, de un acto, cualquiera que sea su contenido, originado en el libre albedrío del sujeto, una manifestación de su voluntad conciente y espontánea.

La acción ha de producir un resultado en el mundo exterior, ya que de lo contrario puede entrar en el ámbito de la ética, pero nunca en el del derecho.

b) La voluntad.- Es el querer, por parte del sujeto activo, cometer el delito. Es propiamente la intención. Se excluye de la acción delictuosa cuando se ejerce, sobre el sujeto activo, una violencia insoportable o éste se encuentra inmerso en la inconciencia, sea definitiva o temporal. Además la manifestación de voluntad debe exteriorizarse, ya sea en actos positivos o negativos.

c) El resultado de acuerdo a la consecuencia de la conducta.- El fin deseado por el agente y previsto en la ley prohibitiva. El resultado debe tener como causa un hacer del agente, una conducta positiva. Es el nexo que existe entre un elemento de hecho (conducta y una consecuencia de la misma conducta, o sea, el resultado).

d) El nexo de causalidad.- Es el ligamento o nexo que une a la conducta con el resultado, el cual debe ser material; dicho nexo es lo que une a la causa con el efecto, sin el cual a este último no puede atribuirse la causa. En consideración a las diversas teorías de causalidad, haremos breve referencia a cada una de ellas.

Equivalencia de las condiciones.- Se conoce como teoría de la *conditio sine qua non*, la cual señala que todas las condiciones (conductas) productoras del resultado son equivalentes y, por tanto, causa de este.

Última condición.- También se le llama de la causa próxima o inmediata, considera que de todas las causas, la más cercana al resultado es la que lo origina.

Condición más eficaz.- Según esta teoría, la causa del resultado será la que tenga eficacia preponderante.

Adecuación o de la causalidad adecuada.- Consiste en afirmar que la causa del resultado será la más adecuada o idónea para producirlo.

### 1.2.2 El Aspecto Negativo de la Conducta o Ausencia de Conducta.

Quiere decir que la conducta no existe y da lugar a la inexistencia del delito. Si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito.

La ausencia de conducta es impeditiva de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito. La falta de acción es la falta de actividad del individuo en relación a un hecho delictuoso. Habrá ausencia de conducta en los casos siguientes:

a) *Vis absoluta*.- Consiste en que una fuerza humana exterior e irresistible se ejerce contra la voluntad de alguien, quien comete la conducta delictiva.<sup>9</sup> A manera de ejemplo, sería cuando una persona, bajo amenaza de muerte, lesione a un tercero.

b) *Vis mayor*.- Es la fuerza mayor que proviene de la naturaleza. No existe la voluntad de sujeto,<sup>10</sup> solo el resultado.

c) Actos reflejos.- son aquellos que obedecen a excitaciones no percibidas por la conciencia por transmisión nerviosa a un centro y de éste a un nervio periférico. En otras palabras, el sujeto está impedido.

d) La *actio libera in causa*, o dicho de otra manera, Sueño y sonambulismo.- Dado el estado de inconciencia temporal en que se encuentra la persona durante el sueño y el sonambulismo, o se entrega a aquél previendo las consecuencias.

e) Hipnosis.- Esta forma de inconciencia temporal también se considera un modo de incurrir en ausencia de conducta si en estado hipnótico se cometiere un delito.

### 1.2.3 La Tipicidad.

Es la adecuación de la conducta al tipo, es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley, la coincidencia del comportamiento

---

<sup>9</sup> CRUZ Y CRUZ, Elba. Teoría de la Ley Penal y del Delito. 1ª reimp., Ed. IURE, México, 2008, pág.143.

<sup>10</sup> *Ibidem*. pág. 144.

con lo previsto por el legislador, es en suma la adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa.

Sin este elemento exterior de conducta subjetiva es imposible su existencia, el tipo existe plasmado en la ley penal como medio descriptivo del delito, pero sin el elemento de tipicidad el tipo es obsoleto por lo que, por sí solo el mismo sería incapaz de definir al delito y por ende no sería posible aplicar una sanción del precepto legal en estudio, al no existir el elemento típico del sujeto y su conducta, para que por medio de la cual se encuadre con la descripción hecha por el legislador, no existe delito sin tipicidad.

Según Francisco Blasco Fernández y Moreda: *“La acción típica es solo aquella que se acomoda a la descripción objetiva, aunque saturada a veces de referencias a elementos normativos penalmente protegida”*.<sup>11</sup> Se debe tener cuidado de no confundir la tipicidad con el tipo, la primera se refiere a la conducta, y el segundo pertenece a la ley, a la descripción o hipótesis plasmada por el legislador sobre un hecho ilícito.

#### 1.2.4 La Atipicidad o Falta de Tipo.

Es la falta de adecuación de la conducta del tipo penal. Existe ausencia del tipo cuando no concurren en un hecho concreto todos los elementos del tipo descrito en el código penal. Cuando la legislación penal no ha descrito la conducta. Ranier, a decir de Francisco Blasco y Fernández, piensa que son causas de exclusión de la tipicidad la ausencia de una norma a la cual referir el hecho; en el caso que la norma existe, la falta de conformidad entre los elementos del hecho y los elementos que componen el tipo penal.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> BLASCO Y FERNÁNDEZ MOREDA, Francisco. La Atipicidad, la Antijuricidad y la Punibilidad como Caracteres del Delito en la Noción Técnica Jurídica. Ed. CRIMINALIA, IX, pág. 443.

<sup>12</sup> Cfr. *Ibidem*, pág 457.

Según Mezger, pueden concurrir circunstancias conforme a las cuales de antemano es imposible la realización del tipo de delito, cuando falte el sujeto que la ley exige, cuando falte el objeto que la ley exige, cuando falte el medio de ejecución especialmente exigido por la ley, cuando falte la referencia local o espacial exigida especialmente por la ley, cuando falte la referencia temporal especialmente exigida por la ley, cuando falte una referencia de otra índole, exigida especialmente por la ley.<sup>13</sup>

Para Luís Jiménez de Asúa, la atipicidad se dará cuando exista ausencia de adecuación típica por falta de sujeto activo, ausencia de adecuación típica por falta de sujeto pasivo o de objeto, ausencia de adecuación típica por falta del medio previsto por la ley, ausencia de adecuación típica por carencia de los elementos subjetivos, ausencia de adecuación típica por carencia de elementos normativos.<sup>14</sup>

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

Ausencia del presupuesto de la conducta o del hecho, ausencia de la calidad del sujeto activo exigido por el tipo, ausencia de la calidad del sujeto pasivo exigido en el tipo, ausencia del objeto jurídico, ausencia de las modalidades de conducta, ausencia del objeto material, ausencia de referencias temporales, ausencia de referencias espaciales, ausencia de referencia a otro hecho punible, ausencia de referencia de otra índole exigida por el tipo, ausencia de los medios empleados, ausencia del elemento normativo, ausencia del elemento subjetivo.

Como consecuencia de la atipicidad se pueden citar tres hipótesis de los efectos de la misma: La no integración del tipo, traslación de un tipo a otro, la existencia de una conducta, no delictuosa imposible.

---

<sup>13</sup> Ibidem, pág 454.

<sup>14</sup> Cfr. CRUZ Y CRUZ, Elba. Op, cit., pág.167.

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

Los juzgadores se ven obligados a manejar los conceptos de tipo y tipicidad, así como de sus aspectos negativos: la ausencia de tipo y atipicidad, cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa, suele distinguirse entre ausencia de tipo y de tipicidad.

La ausencia de tipo se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general debería ser incluida en el catálogo de los delitos.

La ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a la conducta dada. Como en el caso, a manera de ejemplo, del delito de estupro con persona mayor de 18 años, obteniendo su consentimiento con engaños, el hecho no es típico por falta de adecuación exacta a la descripción legislativa, para configurarse el delito de estupro, la ofendida debe ser menor de 18 años. Como se menciona en el artículo 180 del Código penal para el Distrito Federal que a la letra dice: *“Al que tenga cópula con persona mayor de doce y menor de dieciocho años, obteniendo su consentimiento por medio de cualquier tipo de engaño, se le impondrá de seis meses a cuatro años de prisión.”*

El análisis anterior nos muestra que la falta de tipicidad en el delito produce su inexistencia, ya que es esencial para lograr el encuadramiento de dicha conducta antijurídica y así estar en posibilidades de consignar y sancionar, resumiendo la atipicidad en la ausencia de la calidad o del número exigido por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo, la falta del objeto material o el objeto



jurídico o cuando no se dan las referencias temporales o especiales que requiera el tipo.

Las causas de atipicidad se distinguen si faltan los elementos subjetivos legalmente exigidos, por no darse la antijuricidad especial, en su caso, en sentido estricto la tipicidad sería un elemento esencial del delito, la descripción hecha por el legislador contiene la faz descriptiva del delito y esta descripción solo puede efectuarla el legislador.

#### 1.2.5 Antijuricidad.

La antijuricidad es lo contrario a derecho, el ámbito penal precisamente radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica; podemos identificar tres acepciones del concepto de lo que es antijurídico; una contrariedad del derecho, la violación de la norma jurídica y el deterioro, lesión o destrucción que sufre el bien jurídicamente tutelado por el derecho penal.

Si la ley penal tutela la vida humana mediante un tipo que consagra el delito de homicidio, quien comete éste, realiza una conducta típica antijurídica; la noción, aunque de fácil comprensión a primera vista, ofrece mayores complicaciones cuando se entra en el análisis particular de cómo precisar que criterio o quien está legitimado para determinar qué acto o en qué circunstancias es antijurídico un comportamiento humano.

Cualquier tipo penal que se encuentra previsto en un código o ley especial es considerado delito en atención a diversas consideraciones, pero fundamentalmente el criterio que indica que dicho actuar se aparta de lo establecido por el derecho, destruyendo o poniendo en peligro un bien jurídico, que previamente la norma legal tutela, se distinguen dos tipos o clases de antijuricidad; la material y la formal, la primera es propiamente lo contrario a

derecho, por cuanto hace a la afectación genérica hacia la colectividad; la formal es la violación de una norma emanada del Estado.

#### 1.2.6 El Aspecto Negativo de la Antijuricidad

Este aspecto lo constituyen las causas de justificación, que son las razones o circunstancias que el legislador consideró para anular la antijuricidad de la conducta típica realizada, al estimarla lícita, jurídica o justificativa. No resulta fácil precisar una noción de algo que es un aspecto positivo, pero lleva implícita una negación. Este aspecto se destaca por que es muy común la confusión para entender como la antijuricidad puede tener a su vez un aspecto negativo, cuando aquella es en sí una negación o contraposición al derecho. En ese orden de ideas, lo anterior debe entenderse como sigue: Que la antijuricidad es lo contrario a derecho; mientras que lo contrario a la antijuricidad es lo conforme a derecho, o sea, las causas de justificación. Éstas anulan lo antijurídico o contrario a derecho, de suerte que cuando hay alguna causa de justificación desaparece lo antijurídico; en consecuencia, se anula el delito por considerar que la conducta es lícita o justificada por el propio derecho.

En principio, la ley penal castiga a todo aquel que la contraría; pero excepcionalmente la propia ley establece casos en que justifica la conducta típica, con lo cual desaparece la antijuricidad, por existir una causa de justificación o licitud.

De manera genérica, el Código Penal Federal las maneja como causas de exclusión de delito, como se observa en el artículo 15 que mezcla distintas circunstancias, entre ellas, las de justificación; a su vez, la doctrina las separa y distingue.

a) Excluyentes del delito.- El delito se excluye cuando: El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente; se demuestre la inexistencia de alguno

de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate; se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que el bien jurídico sea disponible, que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo siendo el consentimiento expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo; se repele una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión; se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo; la acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico ó en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro; al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere preordenado ó provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le

fuere previsible; cuando la capacidad a que no referimos anteriormente sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 de la ley mencionada.

Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal, o respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta; si los errores a que nos referimos anteriormente son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 del Código citado; 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; el resultado típico se produce por caso fortuito, también suele denominárseles eximentes, causas de incriminación o causas de licitud.

El Código Penal para el Distrito Federal, por su parte, las contempla en su artículo 29 con el acierto de indicar su denominación como aspecto negativo del delito.

A pesar de las diversas tendencias y opiniones al respecto, la naturaleza de las causas de justificación es eminentemente objetiva, pues derivan de la conducta y no de algún elemento interno. De lo anterior se explica que dichas causas anulen el delito, más no la culpabilidad.

Los criterios que fundamentan las causas de justificación son el consentimiento y el interés preponderante; primeramente el consentimiento del lesionado (en el delito de lesiones, en sus primeras tres fracciones) no excluye el injusto en todos los hechos punibles. El consentimiento debe ser voluntario debiendo corresponder a la verdadera voluntad del que consiente. Para que el consentimiento sea eficaz requiere que el titular objeto de la acción y objeto de la protección sean una misma persona. El Interés preponderante surge cuando

existen dos bienes jurídicos y no se pueden salvar ambos por lo cual se tiene que sacrificar uno para salvar el otro. A manera de ejemplo, se justifica privar de la vida a otro para salvar la propia.

El Código Penal Federal, así como el Código Penal para el Distrito Federal contemplan las siguientes causas de justificación en particular.

b) Legítima defensa.- La legítima defensa consiste en repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad en los medios empleados y que no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. Artículos 29, fracción IV del Código Penal para el Distrito Federal y, 15, fracción IV del Código Penal Federal.

c) El estado de necesidad.- Es otra causa de justificación o licitud de vital importancia, establecida en el artículo 15, fracción V del Código Penal Federal y consiste en obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno respecto a un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

d) El ejercicio de un derecho.- Aparece junto con el cumplimiento de un deber tal y como lo dispone el artículo 15, fracción VI del Código Penal Federal, ejercer un derecho es causar algún daño cuando se obra de forma legítima, siempre que exista la necesidad racional del medio empleado. En esta eximente, el daño se causa en virtud de ejercer un derecho derivado de una norma jurídica o de otra situación, como el ejercicio de una profesión, de una relación familiar, etc.

e) Cumplimiento de un deber.- El cumplimiento de un deber consiste en causar un daño obrando en forma legítima en cumplimiento de un deber jurídico,

siempre que exista necesidad racional del medio empleado, el artículo 15, fracción VI del Código Penal Federal regula esta figura simultáneamente con el ejercicio de un derecho. El cumplimiento de un deber deriva del ejercicio de ciertas profesiones o actividades. En este orden de ideas, aquí se da por reproducido todo lo manifestado relativo al ejercicio de un derecho, pues la ley penal los iguala al definirlos en el mismo precepto. La única diferencia radica en que el primer caso consiste en cumplir un deber, mientras que el segundo en ejercitar un derecho y muchas veces ambas situaciones se encuentran unidas o una se desprende de la otra.

f) Consentimiento del titular de bien jurídico.- Una nueva circunstancia excluyente del delito, se trata de la prevista en el artículo 15, fracción III del Código Penal Federal, en específico lo que a la letra dice:

*Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:*

*a) Que el bien jurídico sea disponible;*

*b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y*

*c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.*

### 1.2.7 La Culpabilidad.

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

Para Porte Petit, la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto.<sup>15</sup>

Existen dos vertientes o teorías fundamentales que tratan de explicar la culpabilidad como elemento del delito; la primera una teoría normativa, y la segunda una teoría psicológica.

a) La teoría normativa: Concibe la culpabilidad como un hecho psicológico valuado con arreglo a una norma, mediante un juicio tendiente a decidir si ese comportamiento, que significa un apartamiento objetivo del Derecho, es subjetivamente reprochable al autor por implicar dentro de su posibilidad de actuar de otra manera, una infracción a su deber de actuar como el Derecho se lo exigía.<sup>16</sup>

No es el hecho psicológico como tal, sino su valoración, en relación a la exigencia de una norma, lo que da significado a la doctrina de la culpabilidad. Sus características principales pueden ser formuladas de un modo general.

El contenido de culpabilidad no se agota por los elementos psicológicos contenidos en el dolo y en la culpa.

La culpabilidad es un juicio formulado sobre una situación de hecho, generalmente psicológica, a consecuencia del cual la acción es reprochable.

Es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al agente, la reprochabilidad de la conducta antijurídica con lo cual la imputabilidad deja de ser un presupuesto de la culpabilidad para serlo la pena.

---

<sup>15</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit. pág. 233.

<sup>16</sup> Cfr. CRUZ Y CRUZ, Elba. Op. cit. págs. 210, 211 y 212.

Son objeto de estudio, dentro de la culpabilidad, todas las causas que la excluyen, como elemento de juicio para decidir si ha habido o no una motivación normal.

El dolo y la culpa son sus elementos. También lo son para la afirmación del juicio de reproche, las causas de exclusión de la culpabilidad.

Esta concepción estudia la culpabilidad dentro de los vastos campos de la reprochabilidad, la exigibilidad, las motivaciones y la caracterología, o personalidad del delincuente. Reprochabilidad es la cualidad de la acción que posibilita hacer un reproche personal al agente, porque no la ha omitido, para que una acción pueda ser legítimamente declarada imputable a su autor, se requiere que pueda echársela en cara como un acto reprobable. Para que una acción pueda ser reprochable su omisión debe ser exigible. Si el hacer contrario a la norma provoca un juicio de culpabilidad, esa norma desatendida debe tener un contenido de exigibilidad. La concepción normativa de la culpabilidad requiere presupuesto de hecho, sin los cuales no es posible construirla, y entre esos elementos apriorísticos, situados fuera de la culpabilidad, se halla la motivación normal; o dicho de otro modo que el sujeto actúe sin óbices que le impidan o tuerzan el razonamiento o la cabal comprensión del acto y de las consecuencias sobrevinientes. Cuando esa motivación es anormal, es decir, cuanto está fuera del razonamiento o de la cabal comprensión del acto, queda excluida la culpabilidad.<sup>17</sup>

b) La teoría psicológica: Este modo de concebir la culpabilidad situó el núcleo de ésta en el dolo y en la culpa, es decir, en la vinculación de índole fundamentalmente psicológica entre el agente y el hecho. En este caso la imputabilidad es un presupuesto de esas formas de ser culpable, y el error, la ignorancia y la coacción son causas que las excluyen. Es de observarse que esta teoría no puede explicar cómo la culpa inconsciente, en la que falta la relación psíquica directa del autor con el resultado delictivo, es una forma de culpabilidad;

---

<sup>17</sup> Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit. pág. 235 y 236.



que, además, no siendo dentro de él graduable la relación psíquica del autor con el resultado, no permite la gradualidad del dolo. En concreto, la imputabilidad sí es psicológica pero, la culpabilidad es valorativa.

Para Luís Fernández Doblado, la culpabilidad es considerada como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho punible, y como tal, su estudio supone el análisis del psiquismo del autor, con el objeto de investigar concretamente cual ha sido su conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al resultado objetivamente delictuoso.<sup>18</sup>

### 1.2.8 Causas de Inculpabilidad

Son hechos que absuelven al sujeto en el juicio de reproche porque destruyen el dolo o la culpa. Destruyen el vínculo ético y psicológico que se requiere para la existencia del delito.

a) Ignorancia y error.- Se ha considerado que ambos son actitudes psíquicas del sujeto, en la efectuación de alguna conducta. La ignorancia es el desconocimiento total de un hecho, por lo que es de esperarse que la conducta se realiza en sentido negativo. El error, por su parte, es una idea falsa o equivocada respecto a un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positivo.

Para Franz Von Liszt no tiene ninguna importancia para el valor jurídico del error, que la repulsa errónea de la presunción de que el autor está previsto por la ley descansa sobre una apreciación inexacta del hecho, o sobre una concepción equivocada de las reglas jurídicas aplicables al mismo.<sup>19</sup>

Las *causas de justificación* destruyen la antijuridicidad del acto típico. Las causas de inimputabilidad convierten a una persona en incapaz penal.

---

<sup>18</sup> Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit. págs. 234 y 235.

<sup>19</sup> Cfr. CRUZ Y CRUZ, Elba. Op. cit. pág. 212.

El dolo consiste en el actuar consciente y voluntario dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico, a lo que nos lleva a considerar los diferentes tipos de dolo:

En el dolo directo el resultado coincide con el propósito del agente, en este tipo de dolo se logra lo que se intenta.

En el dolo indirecto el agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos. En este tipo de dolo se logra el fin que se persigue, pero aparejado con éste se presentan otros resultados que afectarán a personas o bienes independientes de al que primariamente se quiere dañar.

El dolo intermedio es la intención genérica de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en especial.

En el dolo eventual es cuando el agente desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros no deseados directamente.

En el mismo orden de ideas, tenemos que tomar en cuenta los dos elementos que contiene el dolo, el elemento ético que esta constituido por la conciencia de que se quebrantó el deber y; el elemento volitivo o psicológico, consiste en la voluntad de realizar el acto; la culpa puede presentarse en dos formas: culpa consciente y culpa inconsciente.

La culpa consciente.- Se presenta cuando el sujeto activo prevé como posible la presentación de un resultado típico, el cual no solo no lo quiere, sino que espera que no ocurra.

La culpa inconsciente.- Se presenta cuando la gente no prevé la posibilidad de que se presente el resultado típico, a pesar de que debió de haberlo previsto.

Los delitos culposos encuentran el fundamento para su punibilidad en la obligación que impone el derecho al agente de actuar observando todas las precauciones necesarias para la conservación del orden jurídico, le impide alterar o resquebrajar dicho orden.

Ahora bien, para agotar el tema del delito de acuerdo a sus elementos, solo nos queda mencionar las circunstancias jurídicas o de hecho, cuya existencia debe ser previa a la realización del delito, Fernando Castellanos hace mención de que se clasifican como generales y especiales; la primera clasificación se refiere a los que necesariamente deben ocurrir para la configuración de cualquier delito, pues su ausencia implica la imposibilidad de integrarlo; menciona como tales a la norma penal, al sujeto activo, al pasivo, y al bien jurídico. Estima como presupuestos especiales a los condicionantes de la existencia de un delito en concreto, y cuya ausencia puede originar la no existencia del delito.

### 1.3 Por la Forma de la Persecución del Delito

Los delitos se pueden diferenciar entre:

a) Delitos perseguidos por oficio.- Se requiere la denuncia del hecho por parte de cualquiera que tenga conocimiento del delito. La autoridad deberá proceder contra el presunto responsable en cuanto se entere de la comisión del delito, de manera que no solo el ofendido puede denunciar la comisión del delito, no procede el perdón del ofendido.

b) Delitos perseguidos a petición de parte o querrela necesaria.- Éste solo puede perseguirse a petición de parte, o sea, por medio de querrela del pasivo o de sus legítimos representantes. Los delitos que se persiguen por petición de parte, el propio precepto legal lo indica, ya sea en el mismo artículo u otro. Los de

oficio no tienen señalamiento y al ser omisa esa percepción, se entiende que son perseguibles de oficio.

c) Clasificación en función de su materia. Se trata de seguir el criterio de la materia a que pertenece el Delito (ámbito de validez de la ley penal) y estos son:

Común.- Es el emanado de las legislaturas locales; cada Estado legisla sus propias normas.

Federal: Es el emanado del Congreso de la Unión, en el que se ve afectada la Federación.

Militar: Es el contemplado en la legislación militar, o sea, afecta solo a los miembros del Ejército Nacional.

Político: Es el que afecta al Estado, tanto por lo que hace a su organización, como en lo referente a sus representantes, como es el caso de sedición, rebelión, motín y la conspiración para cometerlos.

Contra el Derecho Internacional: Afecta bienes jurídicos de Derecho Internacional, como la piratería, violación de inmunidad, y violación de neutralidad.

#### 1.4 De Acuerdo a su Resultado

Para Jiménez de Asúa no existe delito sin resultado. El resultado no es solamente el daño cometido por el delito, tampoco el cambio material en el mundo exterior, sino también en mutaciones de orden moral.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Ibidem, pág. 104.

Los de acción se cometen mediante un comportamiento positivo; en ellos se viola una ley prohibitiva. Son aquellos en los cuales las condiciones de donde deriva su resultado, reconocen como causa determinante un hecho positivo del sujeto.

En los delitos de omisión el objeto prohibido es una abstención del agente, consiste en la no ejecución de algo ordenado por la ley. En los delitos de omisión, las condiciones de que deriva su resultado reconocen, como causa determinante, la falta de observancia de parte del sujeto de un precepto obligatorio. Los delitos de omisión violan una ley dispositiva, en tanto los de acción infringen una prohibitiva.

Los delitos de omisión se dividen en de simple omisión y de comisión por omisión, también llamados delitos de omisión impropia.

Los de simple omisión o de omisión propiamente dichos, consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con independencia del resultado material que produzcan; es decir, se sancionan por la omisión misma.

Los delitos de comisión por omisión o delitos de omisión impropia, son aquellos en los que el agente decide no actuar y por esa inacción se produce el resultado material. Para Cuello Calón, consisten los falsos delitos de omisión en la aparición de un resultado delictivo de carácter positivo, por inactividad, formula que se concreta en la producción de un cambio en el mundo exterior mediante la omisión de algo que el derecho ordenaba hacer. A manera de ejemplo, la madre que, con deliberado propósito de dar muerte a su hijo recién nacido, no lo amamanta, produciéndose el resultado letal. La madre no ejecuta acto alguno, antes bien, deja de realizar lo debido.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Ibidem, pág. 107.

En los delitos de simple omisión, hay una violación jurídica y un resultado puramente formal. Mientras en los de comisión por omisión, además de la violación jurídica se produce un resultado material. En los primeros se viola una ley dispositiva; en los de comisión por omisión se infringen una dispositiva y una prohibitiva.

Por los resultados se clasifican en formales, o delitos de simple actividad o acción y, materiales o delitos de resultado o de resultado material.

Por la lesión que causan con relación al efecto resentido en razón del bien jurídico, los delitos se dividen en delitos de daño y peligro los primeros causan un daño directo y efectivo en interés jurídicamente protegidos por la norma penal violada, a manera de ejemplo, el homicidio, el fraude, lesiones, robo. Los de peligro no causan un daño directo a tales intereses, pero los ponen en peligro, como el abandono de personas o la omisión de auxilio. El peligro es la situación en que se colocan los bienes jurídicos, de la cual deriva la posibilidad de causar un daño.

#### 1.4.1 Los Delitos de Resultado Formal.

Son aquellos en los que se agota el tipo penal en movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo necesario para su integración que se produzca alguna alteración en la estructura o funcionamiento del objeto material. Son delitos de mera conducta; se sanciona la acción (u omisión) en sí misma. Los autores ejemplifican el delito formal con el falso testimonio, la portación de arma prohibida, y la posesión ilícita de enervantes; nosotros añadiríamos el delito de incumplir con la obligación de dar alimentos a las personas que tengan derecho de recibirlos.

#### 1.4.2 Los Delitos de Resultado Material.

Son aquellos en los cuales para su integración se requiere la destrucción o alteración de la estructura o del funcionamiento del objeto material (homicidio, daño en propiedad ajena).

Por su duración los delitos se dividen en instantáneos, continuados y permanentes.

Instantáneo.- La acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento. El carácter de instantáneo, no se lo dan a un delito los efectos que el causa sino la naturaleza de la acción a la que la ley acuerda el carácter de consumatoria, puede realizarse mediante una acción compuesta de varios actos o movimientos.

Para la calificación se atiende a la unidad de la acción, si con ella se consuma el delito no importando que a su vez, esa acción se descomponga en actividades múltiples; el momento consumativo expresado en la ley da la nota al delito instantáneo. Existe una acción y una lesión jurídica. El evento consumativo típico se produce en un solo instante, como el homicidio y el robo.

## CAPÍTULO 2

### LA CONSTITUCIONALIDAD EN LA LEGISLACIÓN PENAL

#### 2.1 Artículo 14 de la Constitución Federal.

El artículo 14 constitucional contempla, entre otras, una de las condiciones indispensables para la verificación del cumplimiento de los derechos, la seguridad jurídica, ya que desde nuestro punto de vista, el Estado en ejercicio de sus facultades para gobernar origina una serie de actos que invaden las esferas jurídicas de los individuos como gobernados y como consecuencia provocan hechos que pudieran infringir los derechos que la Constitución Federal otorga a éstos. Por lo que el precepto en estudio dicta una serie de requisitos y formalismos que deben contener los actos que penetran el entorno jurídico de las personas.

##### 2.1.1 La Irretroactividad de la Ley.

El artículo en análisis contiene el derecho fundamental de irretroactividad de las leyes, a lo que nos referimos es a lo redactado en su primer párrafo que a la letra dice "*A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.*" en un intento por desentrañar dicha redacción tenemos que ventilar los supuestos que ésta nos marca, empezando por explicar lo que es la retroactividad de una ley.

Una ley se dice retroactiva cuando afecta la supervivencia temporal de una norma anterior, la nueva norma está confeccionada a regular todos los actos, hechos, situaciones y demás supuestos que contemplen las disposiciones, hablando en temporalidad, desde su entrada de vigencia y en el futuro hasta que sea derogada o abrogada explícita o tácitamente por una nueva norma; por lo que no esta destinada a regular las hipótesis y hechos realizados con anterioridad a la



vigencia de la nueva norma. El fenómeno que se produce durante el lapso limitado por estos dos instantes es a lo que llamamos retroactividad de las leyes.

Es claro que la no-retroactividad de una norma se entiende por lo general, por el omitir la regulación de acontecimientos que se produjeron con anterioridad al momento en que entra en vigor una nueva disposición; no obstante lo anterior, se debe estudiar la retroactividad de la norma de acuerdo a su naturaleza y del objeto de regulación de ésta, ya que hay diferentes hipótesis en las cuales debemos analizar minuciosamente si existe o no el vicio de la retroactividad de las leyes.

Ignacio Burgoa nos ilustra diciendo que

*Dentro de las diversas hipótesis que podemos ejemplificar para el mejor entendimiento del tema, pronunciaremos el de *facta praeterita* que es cuando se aplica una ley de forma retroactiva a un hecho simple y consumado el cual no genera ningún efecto ni consecuencia jurídica hasta antes de entrar en vigor dicha norma; dicho sea de paso que, este tipo de hechos no son frecuentes, ya que por lo regular, todo suceso aunque sea instantáneo, produce variados efectos jurídicos que pueden repercutir durante la vigencia de la nueva norma que aún no regía cuando se produjo la situación originaria a lo que se conoce como *facta pendencia*.<sup>22</sup>*

Así, Juventino Castro explica que “*el principio de irretroactividad en la aplicación de la ley aparece en el primer párrafo del artículo 14, cuando dispone: A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Pero además debe recordarse que el segundo párrafo del mismo artículo prohíbe la*

---

<sup>22</sup> BURGOA O. Ignacio. Las Garantías Individuales, Ed Porrúa, 30ª ed., México, 1998. pág. 506.

*privación de los derechos de los individuos, cuando ello no se haga conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.”<sup>23</sup>*

En el mismo tenor, en el supuesto anterior llevado a un ejemplo más entendible, tenemos que hay delitos que cuando se produjeron, la regulación de dicha conducta la regía una ley vigente en ese instante, pero tenemos que los efectos de dicho delito no son de culminación instantánea, sino al contrario, se prolongan en el tiempo, y en ese lapso entra en vigor una nueva norma para regular la misma conducta y se aplicará la penalidad que marca ésta última; bajo las condiciones expuestas y considerando que se aplique una norma a conductas producidas con anterioridad a su vigencia, pero que los efectos de dicha conducta se trasladan al tiempo en que rige la nueva ley, sería desde nuestra perspectiva una clara muestra de una ley aplicada retroactivamente.

La no retroactividad legal esta contemplada en el artículo 14 de nuestra Ley Suprema, así que la cuestión será cómo identificar que una ley adolece de ser retroactiva y así no infringir la prohibición del artículo en análisis, es decir, cuándo y en qué casos se afecta la supervivencia temporal de una norma anterior o se afecta dicho estado jurídico. Es bien entendible que toda disposición legal tiene una vigencia determinada en cuanto a la temporalidad de ésta, es decir, desde que se creó, de conformidad a las disposiciones legislativas, hasta que se deroga o abroga expresa o tácitamente al entrar en vigor una nueva disposición legal para esa conducta o supuesto. Por lo tanto, toda ley, desde su entrada en vigor, rige para el futuro y regirá todos aquellos hechos o circunstancias que tengan una temporalidad posterior a esa promulgación de ley. Por ende creemos que una norma no debe regir acontecimientos o hechos producidos con anterioridad a su entrada en vigor, quedando dichos acontecimientos sujetos a lo dispuesto con las normas anteriores. Coincidimos con Ignacio Burgoa al decir:

---

<sup>23</sup> CASTRO V. Juventino. Garantías y Amparo. Ed. Porrúa, 12ª ed., México, 2002, pág. 283.

*La retroactividad consiste, pues, en dar efectos reguladores a una norma jurídica sobre hechos, actos o situaciones producidas con antelación al momento en que entra en vigor, bien sea impidiendo la supervivencia reguladora de una ley anterior, o bien alterando o afectando un estado jurídico preexistente, a falta de ésta. Por el contrario, el principio de la irretroactividad estriba en que una ley no debe normar a los actos, hechos o situaciones que hayan tenido lugar antes de que adquiriera fuerza de regulación. Todos los autores están contestes en que toda ley rige para el futuro y no hacia el pasado.<sup>24</sup>*

### 2.1.2 Audiencia.

Ignacio Burgoa nos ilustra al respecto diciendo:

*El goce de audiencia, como derecho público fundamental, corresponde a todo sujeto como gobernado en los términos del artículo primero constitucional. No bajo otra acepción debe entenderse el vocablo “Nadie”, interpretándolo a contrario sensu. Por ende, los atributos accidentales de las personas, tales como nacionalidad, la raza, la religión, el sexo, etcétera; no excluyen a ningún sujeto de la tutela que imparte la garantía de audiencia, y esta circunstancia, acorde con los principios elementales de la justicia y del humanitarismo, hace de nuestro artículo 14 constitucional un precepto protector no solo del mexicano, sino de cualquier hombre, salvo las excepciones consignadas en la propia ley suprema.<sup>25</sup>*

A la lectura de la definición anterior es menester mencionar que de conformidad a los Derechos Humanos es correcta dicha aseveración legal.

El concepto *governado* es inseparable y correlativo, por modo necesario, de la idea de *autoridad*, de tal suerte que no es posible la existencia del primero sin la de la segunda. Por lo que se traduce a que el gobernado es aquel individuo que

---

<sup>24</sup> BURGOA O. Ignacio. Las Garantías. Op. cit. pág. 508.

<sup>25</sup> Ídem.

existe dentro de sociedad, la cual se rige de conformidad a sus leyes y por tanto es objeto de derechos y obligaciones inherentes al Estado.

Los elementos constitutivos del acto de privación y su diferencia con el acto de molestia condicionado por la seguridad jurídica implicadas en la primera parte del artículo 16 constitucional trataremos de explicarlas de la siguiente manera.

Así mismo coincidimos con la aseveración que dicta que *“la privación es la consecuencia o el resultado de un acto de autoridad y se traduce o puede consistir en una merma o menoscabo (disminución) de la esfera jurídica del gobernado, determinados por el egreso de algún bien material o inmaterial (derecho), constitutivo de la misma (desposesión o despojo), así como en la impedición de ejercer un derecho.”*<sup>26</sup>

a) Bienes jurídicos tutelados por la audiencia.- Tales son, conforme al segundo párrafo del artículo 14 constitucional, los siguientes: la vida, la libertad, la propiedad, la posesión, y los derechos del gobernado, los cuales a continuación trataremos de definir a efectos de explicación.<sup>27</sup>

El concepto “vida” es muy difícil de definir, a tal punto, que el pensamiento filosófico se ha concretarlo a considerarlo como una idea intuitiva contraria a la extinción o desaparición del ser humano en su ámbito terrenal. Nosotros creemos que la definición de vida encierra más que un aspecto más amplio que la simple existencia terrenal, como lo es la misma concepción del ser humano así como la dignificación de los despojos corporales después de la defunción.

Por ello, y principalmente para no desviar la atención de la investigación, no vamos a tratar acerca de él. Simplemente nos conformamos con afirmar que la

---

<sup>26</sup> Ibidem.

<sup>27</sup> Es menester mencionar que, si bien el artículo 14 constitucional en la actualidad no concibe la audiencia para la protección de la vida por ser ésta protegida por la misma Constitución, es también cierto que desde el reconocimiento de los Derechos Humanos y la obligatoriedad de cumplir con los tratados internacionales firmados por México en esta materia, se deben considerar todas las medidas a efectos de proteger de la vida como Derecho Humano.

vida humana se traduce en el estado existencial del sujeto, entendiendo por existencia la realización de la esencia desde el punto de vista aristotélico. Nos dice Juventino Castro que:

*A través del concepto “vida”, la audiencia tutela la existencia misma del gobernado frente a actos de autoridad que pretendan hacer de ella objeto de privación, en otras palabras, mediante él se protege al mismo ser humano en su substantividad psico-física y moral como persona, a su propia individualidad. Por lo que los derechos que emanan de la constitución que protegen la vida del ser humano, en realidad deben preceder a cualquier examen de derecho de la libertad, como presupuesto formal; el ser libre es un concepto y una realidad unitarios.<sup>28</sup>*

En cuanto a la libertad, ésta se preserva por la audiencia como facultad genérica natural del individuo consistente en la formación y realización de fines vitales y en la selección de medios tendientes a conseguirlos; y como tal facultad natural ostenta variados aspectos, constitutivos cada uno de ellos de facultades o libertades específicas, podemos concluir que la mencionada preservación constitucional se extiende a todas éstas, sin contraerse a la mera libertad física, con estricto apego al principio jurídico que reza: “donde la ley no distingue, no debemos distinguir”. Es por ello que todas las libertades públicas individuales, que como derechos subjetivos se consagran en nuestra Constitución, están protegidas, a través del derecho de audiencia, frente y contra cualquier acto de autoridad que importe su privación y específicamente la libertad personal, física o ambulatoria.

La propiedad, está protegida por la Constitución en cuanto a los tres derechos subjetivos fundamentales que de ella se derivan, y que son: el de uso, el de disfrute y el de disposición de la cosa, materia de la misma.

---

<sup>28</sup> CASTRO V. Juventino. Op. cit. pág. 48.

Por lo que se refiere a la posesión, el problema de su preservación mediante la audiencia ha sido solucionado de forma análoga que la cuestión precedente, atañe a la propiedad.

Para desmarcar con exactitud el alcance de dicho derecho respecto a la posesión, hay que precisar los elementos que componen este concepto y distinguirlo de la manera tenencia material que no está jurídica ni constitucionalmente protegida, para cuyo efecto es menester recurrir al Derecho Civil.

Moviéndonos dentro de un terreno positivista, para el solo efecto de explicar el alcance protector de la audiencia frente a los derechos del gobernado en los términos del segundo párrafo del artículo 14 constitucional, nos concretamos a aceptar la tesis de que el derecho subjetivo es una facultad concebida o preservada por la norma jurídica objetiva.

Nos dicta Ignacio Burgoa que:

*Si estamos aplicados al tema que estamos abordando, la doctrina de Bonnacasse, para quien existen dos tipos de situaciones jurídicas, podemos explicar los derechos subjetivos como el cúmulo o summum de facultades o pretensiones que adquiere una persona dentro de la situación jurídica concreta en que se coloca, lo que equivale a considerar a la norma objetiva como la fuente de los mismos.<sup>29</sup>*

En efecto, la situación jurídica concreta no es sino la actualización particular o individual de la situación jurídica abstracta, es decir, de la hipótesis general establecida en la norma de derecho objetivo, Ahora bien, con vista en su abstracción e impersonalidad, instituye obligaciones y derechos entre los sujetos, también abstractos, de las relaciones que consigna.

---

<sup>29</sup> BURGOA O. Ignacio. Op. cit. pág. 527.

b) Seguridad jurídica integrante de la audiencia. La audiencia se compone, en los términos del artículo 14 constitucional, de cuatro derechos específicos, necesariamente concurrentes, y que son: el juicio previo a la privación; que dicho juicio se siga ante tribunales establecidos con antelación; que en el mismo se observen las formalidades procesales esenciales y; que el hecho que diere origen al citado juicio se regule por leyes vigentes con anterioridad.

El juicio previo a la privación se comprende en la expresión “*mediante juicio*” insertada en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional. El concepto de “juicio”, que es de capital importancia para fijar el sentido mismo de dicho derecho específico de seguridad, equivale a la idea de procedimiento, es decir, de una secuela de actos concatenados entre sí afectos a un fin común que les proporciona unidad. Este fin estriba en la realización de un acto jurisprudencial por excelencia, o sea, en una resolución que establezca la dicción del derecho en un conflicto jurídico que origina el procedimiento al cual recae. Por ende, el concepto de “juicio” empleado en el artículo 14 constitucional, segundo párrafo, es denotativo de función jurisprudencial, desarrollada mediante una serie de actos articulados entre sí, convergentes todos ellos, según se dijo, a la decisión del conflicto o controversia jurídicos. En conclusión, para que la privación de cualquier bien tutelado por el Artículo 14 de la Constitución sea jurídicamente válida, es menester que dicho acto este precedido de la función jurisdiccional, ejercida a través de un procedimiento, en el que el afectado tenga plena injerencia a efecto de producir su defensa.

A través del segundo derecho especificado de seguridad jurídica que concurre en la integración de la audiencia, debe seguirse ante tribunales previamente establecidos. Esta exigencia corrobora el derecho implicado en el artículo 13 constitucional, en el sentido de que nadie puede ser juzgado por tribunales especiales (o por omisión), entendiéndose por tales los que no tienen una competencia genérica, sino casuística, o sea, que su actuación se contraiga a

conocer de un determinado negocio para el que se hubieren creado expresamente. Por tanto, el adverbio “previamente”, empleado en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional, no debe conceptuarse como significativo de mera antelación cronológica, sino como denotativo de la preexistencia de los tribunales al caso que pudiese provocar la privación, dotados de capacidad genérica para dirimir conflictos en número indeterminado.

Ahora bien, la idea de tribunales no debe entenderse en su acepción meramente formal, o sea, considerarse únicamente como tales de los órganos del Estado que estén constitucional o legalmente adscritos al Poder Judicial Federal o a los Tribunales Superiores de Justicia local, sino que dentro de dicho concepto se comprende a cualquiera de las autoridades judiciales mencionadas ante las que debe seguirse el “juicio” de que habla el segundo párrafo del artículo 14 de la constitución, en las distintas hipótesis que al respecto apuntamos.

En cualquier procedimiento en que el juicio previo al acto de privación debe observarse o cumplirse *las formalidades procesales esenciales* lo cual específica de la audiencia.

Las formalidades mencionadas encuentran su razón de ser en la propia naturaleza de todo procedimiento en el que se desarrolle una función jurisprudencial, esto es, en el que se pretenda resolver un conflicto jurídico, bien sea que éste surja positivamente por haberse ejercitado la defensa respectiva por el presunto afectado, o bien en el caso de que se haya otorgado la oportunidad de que se suscite sin haberse formulado oposición alguna, en la inteligencia de que, dicha función es de realización necesaria cuando se trate de un acto privativo en los términos que expusimos este concepto con antelación.

c) Algunas excepciones de la audiencia.- Como todo derecho fundamental, la audiencia no opera por modo absoluto; ello quiere decir que por regla general, todo gobernado, frente a cualquier acto de autoridad que importe privación de



alguno de sus bienes jurídicos tutelados por el artículo 14 constitucional goza del derecho público subjetivo de que se le brinden las oportunidades defensiva y probatorias antes de que se realice en su perjuicio el acto privativo. Sin embargo, con vista a diversas razones de interés general, la Constitución consigna algunas excepciones al goce del derecho de audiencia, establecidas sobre la base de la naturaleza de determinados actos de autoridad, excepciones que, dentro de un terreno estrictamente jurídico, sólo es posible calificarlas, desde el punto de vista de su justificación, con un criterio axiológico o estrictamente sociológico (económico y político) y no a través de un ángulo jurídico- positivo, en virtud del principio de la supremacía constitucional, que convierte a la Ley Fundamental en el ordenamiento sobre el cual existe todo en orden de la formación por el Derecho.

La Suprema Corte ha establecido otra excepción o salvedad al derecho de audiencia en materia tributaria, en cuanto que antes del acto que fije un impuesto, la autoridad fiscal respectiva no tiene la obligación de escuchar al causante. También ha estimado, en congruencia con esta idea, que las leyes fiscales no deben necesariamente consignar ningún procedimiento para que, conforme a él, se brinde oportunidad a los sujetos tributarios para discutir los impuestos, derechos o aprovechamientos antes de que estas prestaciones se señalen en cada caso. El fundamento que se aduce a esta excepción o salvedad consiste en consideraciones de política fiscal, basadas en la naturaleza misma de las prestaciones mencionadas.

Tampoco es observable la audiencia tratándose de *órdenes judiciales de aprehensión*, salvedad que se deriva del mismo artículo 16 constitucional, cuyo precepto, al establecer los requisitos que al libramiento de aquéllas debe satisfacer, no exige que previamente a él se oiga al presunto indiciado en defensa, pues únicamente determina que dichas órdenes estén precedidas por alguna denuncia, acusación o querrela respecto de un hecho que legalmente se castigue con pena corporal, apoyada en declaración bajo protesta “de persona digna de fe” o en otros datos “que haga probable la responsabilidad del inculpado.”

d) La audiencia frente a las leyes. El criterio sustentado por la Suprema Corte respecto a esta cuestión ha sido en el sentido de considerar que la audiencia es efectiva aún frente a las leyes, de tal suerte que el Poder Legislativo debe acatarla, instituyendo en las mismas los procedimientos en los que se conceda al gobernado la oportunidad de ser escuchado en defensa por las autoridades encargadas de su aplicación, antes de que, a virtud de ésta, se realice un acto de privación autorizado normativamente.

### 2.1.3 La Exacta Aplicación de la Ley en Materia Penal.

Menciona Juventino Castro que el tercer párrafo del artículo 14 se refiere en lo que toca a los juicios penales –enunciados como juicios del “*orden criminal*”-, en los cuales no se puede decretar una pena que no sea la *exactamente* aplicable en los términos de una ley que así lo disponga, prohibiéndose por lo tanto el uso de la analogía y la mayoría de razón como métodos interpretativos utilizados para decretar una pena que legalmente no está decretada.<sup>30</sup>

Lo anterior nos recuerda al principio etimológico “*nullum crimen nulla poena sine lege*” el cual abordaremos insistentemente.

Tiene como campo de vigencia la materia procesal penal e implica el tradicional principio de legalidad que se enuncia *nulla poena, nullum delictum sine lege*. Ignacio Burgoa dice al respecto “*Este postulado establece la bifurcación de la legalidad sobre dos elementos: los delitos y las penas. A virtud de él, por consiguiente, un hecho cualquiera, que no éste reputado por la ley en su sentido material como delito, no será delictuoso, o sea, susceptible de engendrar una penalidad para el que lo comente*”,<sup>31</sup> en el párrafo tercero del artículo 14 constitucional, dicho principio de legalidad, en la estimación delictiva de un hecho

---

<sup>30</sup> CASTRO V. Juventino. Op., cit. pág. 281.

<sup>31</sup> BURGOA O. Ignacio. Op. cit. pág. 527.

humano, no se contiene expresa y directamente. Sin embargo, por inferencia jurídica, a través de la interpretación del concepto legal *delito*, podemos considerarlo involucrado en la mencionada disposición constitucional. En efecto, de acuerdo con el artículo 7 del Código Penal Federal, que tiene el carácter de ordenamiento federal para los delitos de este orden, “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”. Por ende, para que un hecho *lato sensu* (acto positivo u omisión) constituya un delito, es menester que exista una disposición legal que establezca una pena para su autor, por lo que cuando no exista aquélla, el acto u omisión no tiene carácter delictivo. El artículo 14 constitucional en su tercer párrafo, remite, a través del término delito, al concepto legal de hecho delictivo contenido en el artículo 7 del Código Penal Federal, así como a los ordenamientos penales materiales de índole local, según el caso. En consecuencia, para que un hecho determinado sea considerado como delito y como motivo de aplicación de una pena a la luz de dicho precepto de la Constitución, es necesario que exista una ley que repunte a aquél que como tal, o sea, que haya una disposición legal para que le atribuya una penalidad correspondiente.<sup>32</sup> Se violará entonces, el mencionado artículo de la Ley Suprema en su tercer párrafo, cuando se pretenda aplicar una sanción penal a un hecho que no esté legalmente considerado como delito en los términos del artículo 7 del ordenamiento penal sustantivo o de los códigos penales de los Estados (principio de *nullum crimen, nulla pena sine lege*).

Juventino V. Castro comenta que:

*Por otra parte, no debe caerse en el fácil error en que algunos autores incurren, cuando se afirma que en el derecho penal está prohibido el uso de analogía, de la mayoría de razón, de la interpretación extensiva, y de otros medios de interpretación similares, ya que lo único que se prohíbe es la creación de delitos y penas por medio de la interpretación o de la extensión, pero en tratándose*

---

<sup>32</sup> BAZDRESCH, Luís. Garantías Constitucionales Curso Introductorio. Ed. Trillas., 5ª ed. 1ª reimp., México, 2000, pág. 155.

*de situaciones diversas a éstas se pueden perfectamente usar los sistemas interpretativos que son comunes en todo derecho.*<sup>33</sup>

Y sigue explicando:

*Éste es el caso, por ejemplo, del uso del método interpretativo para las normas del derecho penal procesal, y también otros casos resueltos por los tribunales –cuando no se producen perjuicios, sino, beneficios-, como puede ser aquel fallo de la Suprema Corte en que ese Alto Tribunal usó la analogía para disminuir la penalidad impuesta a un reo, condenado por el delito de homicidio simple perpetrado en la persona de su concubina, a la cual sorprendió en acto de infidelidad. El condenado interpuso juicio de amparo alegando que su caso era similar o análogo al previsto por el Código Penal, según el cual merece pena inferior al homicidio simple, el que delinca sorprendiendo a su cónyuge en un acto de infidelidad, o en alguno próximo anterior o posterior, tomando en cuenta la disposición penal la gran conmoción interior que una persona sufre cuando toma conocimiento de tales hechos –llevados a cabo por su pareja-, sin que tenga por qué diferenciarse ese estado de ánimo por el simple hecho de no haberse realizado un formalismo legal –como lo es el matrimonio-, que sí aparece en caso distinto.*<sup>34</sup>

En ese sentido es necesario pronunciarnos, en lo particular, en desacuerdo con lo anterior, ya que si bien, en ese caso específico, pudiera haber una reducción de la pena por considerar la analogía expuesta, es también cierto que se tomó en cuenta las atenuantes del delito de homicidio, como lo es la *emoción violenta*. A lo que desde nuestro punto de vista, la acción delictuosa se encuadró a otro tipo legal alternativo al homicidio simple, quedando intacto el derecho fundamental en mención.

Toda ley tiene un determinado objeto de regulación, el cual está constituido por el hecho, acto o situación jurídica que norma. Por virtud del carácter de

---

<sup>33</sup> CASTRO V. Juventino. Op., cit., pág. 281.

<sup>34</sup> *Ibidem*. pág. 282.

generalidad de una regla de derecho en sentido material, la formación que ésta establece se extiende a todos aquéllos casos concretos entre los cuales exista una relación de identidad, o mejor dicho, de semejanza absoluta, Una ley se aplica, pues, a dos o más hechos, actos, relaciones o situaciones exactamente iguales en substancia, sin que en esta aplicación pueda hablarse de analogía.

El fundamento lógico de la aplicación legal por analogía es la *ratio legis*; ésta no es sino el conjunto de motivos y causas que se contienen en la norma para establecer un determinado sentido de regulación en el hecho, acto o situación abstractamente previstos. También se conceptualiza como “*la razón de la ley*” para hacer referencia a los fundamentos que legitiman lo preceptuado.<sup>35</sup>

Toda ley está motivada por muy diversos factores de variada índole que en su conjunto constituyen su *causa final*, puesto que los elementos de su misma motivación implican su objetivo. Si mediante una ley pretende resolverse un problema económico, social o político, éste sería la causa de su expedición, a la vez que su finalidad, ya que la tendencia normativa propendería a su solución.

La aplicación de una ley por mayoría de razón se finca en elementos trascendentes o externos a la misma, los cuales concurren en la integración de su causa final, de tal manera que la existencia de ellos con mayores proporciones en un caso concreto origina la referencia normativa a éste. En cambio, la aplicación analógica se basa en elementos internos de la norma, como son el antecedente y el consecuente abstractos a que se aludió, significando la proyección del consecuente legal al caso concreto que presente semejanza substancial o esencial con el caso abstracto implicado en la norma. En otras palabras, mientras la aplicación por analogía exige la coincidencia de la hipótesis legal general con el caso individual desde el punto de vista de su esencia o substancia, pues de no ser así habría aplicación indebida, como ya se dijo, tratándose de la aplicación por mayoría de razón tal coincidencia no debe existir, siendo el hecho abstracto y el

---

<sup>35</sup> DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho, 31ª ed., Ed. Porrúa, México, 2003, pág. 430.

concreto totalmente diferentes en sí mismos considerados, tanto por lo que se ve al elemento substancial como a las notas o calidades accidentales principales. Por ende, basta que haya una concordancia esencial entre el antecedente normativo y el caso individual, con naturales discrepancias accidentales, para que no se trate de aplicación por mayoría de razón, sino por analogía. Ignacio Burgoa concluye que al prohibir el artículo 14 constitucional en su tercer párrafo la imposición de penas por mayoría de razón, impide que la ley que contenga la sanción penal se haga extensiva a hechos que, aunque de mayor gravedad, peligrosidad o antisocialidad, etcétera; que el delito previsto, no estén comprendidos en ella y sean esencialmente diferentes de su antecedente abstracto, asegurándose mediante tal prohibición la efectividad del principio nulla poena sine lege.<sup>36</sup>

Por tanto, si bien el principio nulla poena sine lege rige este derecho fundamental de exacta aplicación de la ley, se debe aplicar así mismo la consideración conceptual de la reparación del daño.

#### 2.1.4 Legalidad en Materia Jurisdiccional Civil.

A diferencia de los juicios de orden penal, en los civiles previstos en el último párrafo del artículo 14 se está a la naturaleza diversa de los juicios criminales, ya que en una controversia de orden privado, en que aparece el enfrentamiento de intereses encontrados, el juez debe fallar aun en el caso de que no existiera norma aplicable exactamente al caso.<sup>37</sup>

El acto condicionado por la legalidad en la sentencia definitiva, o sea, la resolución jurisdiccional que dirima el conflicto jurídico substancial o fundamental en un juicio. Sin embargo, por extensión jurisdiccional, revelada en multitud de casos concretos cuyas ejecutorias no sería propicio mencionar, la Suprema Corte ha reputado como actos procesales condicionados por el citado derecho no solo a

---

<sup>36</sup> Cfr. BURGOA O. Ignacio. Op. cit. pág. 560.

<sup>37</sup> CASTRO V. Juventino. Op., cit., pág. 282.

los fallos de fondo, sino a las decisiones interlocutorias y demás autos y proveídos en un juicio. Es más, tal extensividad se deriva del principio de legalidad genérico, en el sentido de que todo acto de autoridad y, por tanto, toda resolución judicial, aunque no sea sentencia definitiva, deben fundarse en la norma jurídica aplicable.

## 2.2 Artículo 16 de la Constitución Federal.

### 2.2.1 Titularidad de los Derechos Consagrados en la Primera Parte del Artículo 16 Constitucional.

El término nadie, los desmarca desde el punto de vista subjetivo la extensión de tales derechos fundamentales, es equivalente a ninguna persona, ningún gobernado, por ende, interpretado *contrario sensu*, la disposición constitucional en que se contienen los derechos invocados en el artículo 16 constitucional, el titular de las mismas es todo gobernado, es decir, todo sujeto cuya esfera jurídica sea susceptible de ser objeto de algún acto de autoridad, abstracción hecha de sus atributos personales, tales como la nacionalidad, la religión, la situación económica, etcétera. A través del concepto nadie consiguientemente, y corroborando la extensión tutelar que respecto a todos los derechos fundamentales del artículo primero de la constitución al referir el goce de ellos a toda persona, el precepto que comentamos protege a toda persona, a diferencia de los que sucede en algunos sistemas constitucionales extranjeros, en que las disposiciones equivalentes sólo alcanzan a los nacionales.

De esta afirmación, la pretendida universalización de los derechos fundamentales de la persona frente al Estado y a sus autoridades por la que pugna la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de diciembre de 1948.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> BURGOA O. Ignacio. Op. cit. pág. 590.

a) Acto de autoridad condicionado por los derechos fundamentales consignados en la primera parte del artículo 16 constitucional.

El acto de autoridad que debe supeditarse a tales derechos consiste en una simple molestia, o sea, en una mera perturbación o afectación a cualquiera de los bienes jurídicos mencionados en dicho precepto, cuyo alcance protector, a través de ese elemento, es mucho más amplio que la tutela que imparte al gobernado el artículo 14 constitucional mediante la audiencia y de legalidad consagrada en sus párrafos segundo, tercero y cuarto. En efecto, si la audiencia sólo es operante frente a actos de privación, es decir, respecto a actos de autoridad que importen una merma o menoscabo a la esfera de la persona (disminución de la misma) o una impedición para el ejercicio de un derecho, resulta ineficaz para condicionar la actividad de las autoridades que no produzcan las aludidas consecuencias. Por ello, cuando no se trate de actos de privación en sentido estricto ni de actos jurisdiccionales penales o civiles (a los cuales se refieren respectivamente los párrafos segundo, tercero y cuarto del artículo 14 constitucional), sino de actos de mera afectación de índole materialmente administrativo, los derechos fundamentales consagrados en la primera parte del artículo 16 de la Constitución.<sup>39</sup>

Los actos de autoridad que necesariamente deben supeditarse a las exigencias que establecen los derechos consagrados en la primera parte del artículo 16 constitucional, son todos los posibles imaginables, pudiendo traducirse específicamente en los siguientes tipos:

En actos materialmente administrativos que causen al gobernado una simple afectación o perturbación a cualquiera de sus bienes jurídicos, sin importar un menoscabo, merma o disminución de su esfera subjetiva de derecho ni una impedición para el ejercicio de un derecho (actos de molestia en sentido estricto);

---

<sup>39</sup> Ídem.



En actos materialmente jurisdiccionales penales o civiles, comprendiendo dentro de este último genero a los mercantiles, administrativos y del trabajo (actos de molestia en sentido lato).

Luis Bazdresch comenta que en actos estrictos de privación, independientemente de su índole formal o material, es decir, en aquellos que produzcan una merma o menoscabo en la esfera jurídica subjetiva de la persona o la aludida impedición (acto de molestia en sentido lato).<sup>40</sup>

b) Bienes jurídicos preservados por los derechos fundamentales consignados en la primera parte del artículo 16 constitucional. El acto de molestia puede afectar no solamente la individualidad psico-física del sujeto con todas sus potestades naturales inherentes, sino su personalidad jurídica propiamente dicha.

En efecto, el concepto de “persona” desde el punto de vista jurídico, se establece en atención a la capacidad imputable al individuo, consistente en adquirir derechos y contraer obligaciones, teniendo la personalidad jurídica así expresada, como supuesto, la misma individualidad psico-física. En consecuencia, no todo individuo es una persona desde el punto de vista del derecho, puesto que para adquirir esa calidad, se requiere que jurídicamente se le repute dotado de la citada capacidad.

Conforme al artículo 16 constitucional, el acto de molestia, afecta a la persona jurídica en caso de que le restrinja la mencionada capacidad, imponiéndole adquirir los derechos que se atribuyan a la personalidad genérica por modo abstracto o que sean inherentes a una determinada categoría general de sujetos, dentro de la que el particular se encuentre comprendido. Burgoa comenta al respecto que esta hipótesis de afectación se patentiza tratándose de las personas morales y se traduce en la circunstancia de que, por un acto de

---

<sup>40</sup> BAZDRESCH, Luis. Op., cit., pág 163.

autoridad, se le reduzcan las potestades inherentes a su ser jurídico, impidiéndole al ejercicio de las facultades correspondientes.<sup>41</sup>

El gobernado, a través de su persona es susceptible de afectarse por un acto de molestia en sentido lato, en los siguientes casos:

Cuando se le restringe o perturba su actividad o individualidad psico-física propiamente dichas e inclusive su libertad personal.

Cuando tal restricción o perturbación concierne a su capacidad jurídica de adquirir derechos y contraer obligaciones (libertad de contratación).

Tratándose de personas morales, al reducirse o disminuirse las facultades inherentes a su entidad jurídica, impidiendo o limitando el ejercicio de su actividad social.

No implica que la perturbación consiguiente se realice precisamente en alguno o algunos de los miembros pertenecientes a dicho grupo, sino que opera en los derechos familiares del individuo. En efecto, atendiendo a la índole del juicio de amparo y a la naturaleza misma de los derechos fundamentales, cualquier acto de autoridad que lesione a una persona sólo puede ser impugnado en la vía constitucional por el sujeto a quien directa e inmediatamente le perjudique. Es por ello que la hipótesis de que el acto de molestia pudiese afectarse a alguno o algunos de los miembros de la familia del gobernado, para considerar que a éste se le viola la seguridad jurídica consagrada en el artículo 16 de la Constitución debe terminantemente rechazarse. Por ende, tal como lo hemos afirmado, el perjuicio que una persona puede experimentar por un acto de molestia a través del elemento "familia", debe necesariamente recaer en los derechos familiares del gobernado, entendiéndose por tales todos los que conciernan a su estado civil, así como a su situación de padre, etcétera.

---

<sup>41</sup> Cfr. BURGOA O. Ignacio. Op. cit. pág. 594.

Ignacio Burgoa opina que es uno de los bienes que en las diversas instituciones jurídicas de distintos pueblos históricamente dados ha merecido la mayor protección. Así, en el derecho anglosajón, el “home” del inglés se consideraba desde tiempos remotos con un “tabu” frente a las autoridades del Estado, a tal punto que el mismo rey estaba impedido para afectarlo de cualquier manera, si el acto correspondiente no se ceñía a las exigencias de la ley de la tierra, es decir, el *common law*. En este sentido está concebido el artículo XLVI de la Carta Magna inglesa, que proscribía todo acto que lesionara los bienes del *freeman* sin ajustarse a lo previsto por la *lex tērrēa*.<sup>42</sup>

Podemos decir que la connotación de dicho bien jurídico se refiere igualmente a los diversos lugares a que aluden los artículos 29 y 33 del Código Civil para el Distrito Federal, por lo que la afectación que a través de dicho elemento puede experimentar el gobernado, es factible que se realice en las distintas hipótesis que a continuación mencionamos:

En el sitio o lugar en que la persona tenga establecido su hogar, esto es, su casa-habitación donde conviva con sus familiares, comprendiéndose en él todos los bienes que se encuentren dentro de ella, los cuales, por tal motivo, pueden constituir el acto de molestia.

En cuanto a las personas morales, el sitio o lugar donde se encuentre establecida su administración, conforme a lo dispuesto por el artículo 33 del Código Civil para el Distrito Federal.

Se comprenden todos los documentos de una persona, es decir, todas las constancias escritas de algún hecho o acto jurídico. La razón de ser de la tutela que a dicho elemento imparte la seguridad jurídica contenida en el mencionado precepto en estudio, estriba en poner a salvo de cualquier acto de molestia,

---

<sup>42</sup> Ibidem. pág. 593.

especialmente de los cateos arbitrarios, la documentación del gobernado y que pueda servir de base a propósitos bastardos e inconfesables para comprometerlo en cualquier sentido. Es por ello por lo que los “papeles” de una persona gozan de un régimen propio de preservación constitucional, al permitirse los cateos sólo en los casos y en los términos consignados por el artículo 16 de la Ley Suprema.

Análogamente a lo que acontece tratándose de la contravención a la audiencia implicada en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional, la violación a la seguridad jurídica consagrada en el artículo 16 de la Ley Fundamental, cuando el acto de molestia afecta la “posesiones” del gobernado, sólo debe suscitar la cuestión de determinar si dicho acto de autoridad se ajustó o no a las exigencias en que tales derechos se traducen, sin poderse discutir ni dirimir controversias que versen sobre la legitimidad o ilegitimidad, perfección o imperfección, realidad o apariencia de una determinada posesión originaria o derivada, ya que el juicio de amparo, que por infracción del mencionado artículo 16 se promueva, no es el conducto idóneo para resolver conflictos posesorios, como tampoco lo es cuando se entabla por la inobservancia del derecho de audiencia, salvo que, el acto violatorio consista en una decisión jurisdiccional culminatoria de un procedimiento en que el presunto afectado haya tenido la debida injerencia y que se hubiera emitido por una autoridad constitucionalmente incompetente o contrariado a la ley que deba determinar su sentido.

c) Competencia constitucional.- La constitución Política contiene diversas normas que establecen lo que se ha denominado la *competencia constitucional*, o sea aquella que se refiere a la órbita de atribuciones de los diversos Poderes de la Unión y la de los Estados.<sup>43</sup>

La seguridad jurídica que condiciona al acto de molestia consiste en que éste debe emanar de autoridad competente. El estudio de la misma suscita, pues

---

<sup>43</sup> Cfr. CASTRO V. Juventino. Op. cit. pág. 209.

la cuestión consistente en determinar qué se entiende por “competencia” desde el punto de vista del artículo 16 de la Constitución.

Por la que concierne a la llamada incompetencia de origen, de que no hace procedente el juicio de amparo, el criterio de que la autoridad judicial no debe intervenir para resolver cuestiones políticas, que incumben constitucionalmente a otros poderes; en el amparo no debe juzgarse sobre la ilegalidad de la autoridad sino simplemente sobre su competencia; pues si es señalada como responsable, propiamente no era autoridad, el amparo resultaría notoriamente improcedente. Sostener que el artículo 16 de la constitución prejuzga la cuestión de ilegalidad de las autoridades, llevaría a atacar la soberanía de los Estados, sin fundamento constitucional y por medio de decisiones de un poder que, como el judicial, carece de facultad para ello, convirtiéndose en árbitro de la exigencia de poderes que deben ser independientes de él.

La competencia autoritaria a que se refiere el artículo 16 constitucional, concierne al conjunto de facultades con que la propia Ley Suprema inviste a determinado órgano del Estado, de tal suerte que si el acto de molestia emana de una autoridad que al dictarlo o ejecutarlo se excede de la órbita integrada por tales facultades, viola dicho derecho, así como en el caso de que, sin estar habilitada constitucionalmente para ello, causa una perturbación al gobernado en cualesquiera de los bienes jurídicos señalados en dicho precepto. La competencia constitucional excluye, la legitimidad o competencia de origen de las autoridades, haciendo improcedente el amparo que contra actos realizados por órganos o funcionarios ilegalmente integrados, nombrados o electos, se pretenda promover. Ahora bien, por cuanto a la llamada competencia ordinaria y especialmente a la jurisdiccional, que se revela como el conjunto de facultades con que la ley secundaria inviste a una determinada autoridad, conforme a la jurisprudencia ya invocada de la Suprema Corte, no puede reputarse la seguridad jurídica en los

términos del artículo 16 constitucional.<sup>44</sup> Sin embargo, tal circunstancia no elimina totalmente la posibilidad de que por actos contraventores de las normas concernientes a la competencia común de los jueces, proceda el juicio de amparo, lo que ha sido admitido por nuestro máximo tribunal.

d) Legalidad. La causa legal del procedimiento, acto o serie de actos que provocan la molestia en la persona, familia, domicilio, papeles o posesiones de un gobernado, realizados por la autoridad competente, deben no sólo tener una causa o elemento determinante, sino que éste sea legal, es decir, que sea fundado y motivado en una ley en su aspecto material, esto es, en una disposición normativa general e impersonal, creadora y reguladora de situaciones abstractas.

La fundamentación legal de la causa del procedimiento autoritario, de acuerdo con el espíritu del legislador de 1857, que permanece imbíbido en la Constitución actual, consiste en que los actos que originen la molestia de que hable el artículo 16 constitucional, debe basarse en una disposición normativa general, es decir, que ésta prevea la situación concreta para la cual sea procedente realizar el acto de autoridad, que exista una ley que lo autorice. La fundamentación legal de todo acto autoritario que cause al gobernado una molestia en los bienes jurídicos a que se refiere el artículo 16 constitucional, no es sino una consecuencia directa del principio de legalidad que consiste en que las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite. Las autoridades deben gozar de facultades expresas para actuar, o sea, que la permisión legal para desempeñar determinado acto de su incumbencia no debe derivarse o presumirse mediante la inferencia de una atribución clara y precisa.

La motivación de la causa legal del procedimiento implica que, existiendo una norma jurídica, el caso o situación concretos respecto de los que se pretende cometer el acto autoritario de molestia, sean aquellos a que alude la disposición legal fundatoria, esto es, el concepto de motivación empleado en el artículo 16

---

<sup>44</sup> BURGOA O. Ignacio. Op. cit. pág. 596.

constitucional indica que las circunstancias y modalidades del caso particular encuadren dentro del marco legal correspondiente establecido por la ley.

La motivación legal no siempre exige que la referida adecuación sea exacta, pues las leyes otorgan a las autoridades administrativas y judiciales lo que se llama facultad discrecional para determinar si el caso concreto que vaya a decidir encuadra dentro del supuesto abstracto previsto normativamente. Ignacio Burgoa comenta al respecto que:

*La mencionada facultad, dentro de un régimen de derecho donde impera el principio de legalidad, debe consignarse en un disposición legal, pues sin ésta aquella sería arbitraria, es decir, francamente calculadora del artículo 16 constitucional. La discrecionalidad entraña una potestad decisoria que se mueve dentro de supuestos generales consagrados en la norma jurídica. Por tanto, la facultad discrecional se ostenta como el poder de apreciación que tiene la autoridad respecto de un caso concreto para encuadrarlo dentro de la hipótesis normativa preexistente, cuyos elementos integrantes debe necesariamente observar.<sup>45</sup>*

En otras palabras, la facultad discrecional maneja estos elementos para referirnos a la situación específica de que se trate, pero jamás importa la potestad para alterarlos. La sola idea de que una autoridad pueda, a pretexto de ejercitar dicha facultad, actuar sin ley o contra la ley, equivaldría a subvertir todo el régimen de derecho mediante la vulneración al principio de legalidad que lo ostenta.

Para Luís Bazdresch ambas condiciones de validez constitucional del acto de molestia deben ser necesariamente concurrir en el caso concreto para que aquél no implique una violación a la legalidad consagrada por el artículo 16 constitucional, es decir, que no basta para que haya una ley que autorice la orden o ejecución del o de los actos autoritarios de perturbación, sino que es preciso inaplazablemente que el caso concreto hacia el cual éstos vayan a surtir sus

---

<sup>45</sup> Ibidem. pág 605.

efectos estén comprendidos dentro de las disposiciones relativas a la norma, invocadas por la autoridad.<sup>46</sup> Por consiguiente razonando contrario sensu, se configurará la contravención al artículo 16 constitucional a través del derecho mencionado, cuando el acto de molestia no se apoye en ninguna ley (falta de fundamentación) o en el caso de que, existiendo ésta, la situación concreta respecto a la que realice dicho acto de autoridad, no éste comprendida dentro de la disposición general invocada (falta de motivación).

e) Mandamiento escrito. Equivale a la forma del acto autoritario de molestia, el cual debe derivarse siempre de un mandamiento u orden escritos. Consiguientemente cualquier mandamiento u orden verbales que originen el acto perturbador o que en sí mismos contengan la molestia en los bienes jurídicos a que se refiere dicho precepto de la Constitución, son violatorias del mismo.

Conforme al derecho fundamental al que aludimos, todo funcionario subalterno o todo agente de autoridad debe de obrar siempre con base en una orden escrita expedida por el superior jerárquico, so pena de violar la disposición relativa de nuestra ley fundamental a través de la seguridad jurídica, que por otra parte, ha sido constantemente reiterada por la Suprema Corte en numerosas tesis que sería infructuoso mencionar.

### 2.2.2 Orden de Aprehensión.

El artículo 16 constitucional en su tercer y cuarto párrafo establece:

*No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participo en su comisión.*

---

<sup>46</sup> BAZDRESCH, Luís. Op. cit. pág 157.



*La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal”.*

De la lectura de lo anterior, es de llamar la atención lo referente a “orden de aprehensión o detención librada en contra de un individuo que emane de autoridad judicial”. Para Ignacio Burgoa este concepto está contenido en el mencionado precepto en su sentido formal, este es, que por “autoridad judicial” debe entenderse aquel órgano estatal que forme parte del poder judicial, bien sea local o federal, según el caso.<sup>47</sup>

El párrafo sexto del invocado precepto constitucional establece que:

*Solo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.*

Esta facultad está sometida a varias condiciones, sin cuya colmación no debe operar. Así sólo es ejercitable tratándose de delitos graves calificados por la ley, gravedad que puede determinarse por la penalidad con que estén sancionados. Además el Ministerio Público debe fundar y expresar los motivos indiciarios que demuestren la urgencia o flagrancia. Estos motivos se traducen en las exigencias que toda orden judicial de aprehensión debe satisfacer o sea, de las

---

<sup>47</sup> BURGOA O. Ignacio. Op. cit. pág. 615.

que existan datos que acrediten los elementos que integren el tipo penal, y que revelen la probable responsabilidad del indiciado.

En el mismo sentido, la parte que dice “*y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito*”. Esta aseveración exige que dicha acusación, sea por denuncia o querrela tenga como contenido un hecho intrínsecamente delictivo.

Tal hecho, que debe ser reputado como delito por la ley, debe además, estar sancionado con pena corporal en los términos que establezcan las normas penales generales o especiales de que se trate. Por consiguiente, la autoridad judicial esta impedida para dictar una orden de aprehensión o detención cuando tenga como antecedente una denuncia, acusación o querrela cuyo contenido sea un hecho delictivo que no sea punible con sanción corporal.

### 2.3 Artículo 20 Apartado “C”, Fracción IV de la Constitución Federal.

Para el estudio del precepto indicado es menester transcribirlo:

*Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. (Reformado en su integridad mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 18 de junio de 2008).*

*C. De los derechos de la víctima o del ofendido:*

*IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el ministerio publico estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. La ley fijara procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;*

Los derechos que están invocados en este precepto de nuestra Ley Fundamental se refieren al procedimiento penal comprendido desde el auto judicial hasta la sentencia definitiva que recaiga en el proceso respectivo. Dichos derechos de seguridad jurídica se imputan, evidentemente al gobernado en su calidad de indiciario o procesado e imponen a la autoridad judicial que conozca del juicio correspondiente diversas obligaciones y prohibiciones a título de requisitos constitucionales que deberá llenar todo procedimiento criminal.

Los derechos contenidos en el artículo 20 de nuestra Ley Fundamental son a su vez, objeto de formación de los ordenamientos adjetivos en materia penal; en otras palabras, tanto el Código Federal de Procedimientos Penales como las diversas legislaciones locales referentes al proceso penal, deberán reglamentar los mencionados preceptos.

### 2.3.1 La Reforma del Artículo 20 Constitucional del 18 de junio de 2008.

En este apartado se comentan los puntos, a nuestra consideración, más relevantes de dicha reforma, relacionados con los preceptos reseñados en el presente capítulo en materia del nuevo sistema acusatorio.

En primer lugar lo referente a los nuevos mecanismos para resolver conflictos; ya que antes de la reforma, el Poder Judicial invierte demasiados recursos materiales y humanos para la solución de conflictos de los cuales la mayoría de los casos a las personas que intervienen en dichos procesos, solo les interesa que se les reparare el daño o menoscabo realizado en contra de su bienes jurídicos, por lo que están sometidos a largos procesos para dicho fin.

Con la reforma en estudio se observa que uno de sus principales propósitos es garantizar que dichos conflictos se resuelvan apegados a derecho pero de la manera más rápidamente posible. Por lo que se incorpora la figura de justicia

alternativa que busca desahogar la mayoría de los problemas mediante el dialogo y conciliación entre las partes antes de llegar a juicio, además de garantizar la reparación del daño o indemnización a las víctimas, la justicia alternativa evitara que un buen número de asuntos se prolongue indefinidamente en las ya saturadas agencias del ministerio público y juzgados. Es menester mencionar que este tipo de mecanismos es para la solución de asuntos menores.

El siguiente punto a estudio es referente a “suspender un proceso bajo condición”, esto significa que el inculpado podrá solicitar al Juez de conocimiento, antes de dictar sentencia, la suspensión del proceso de conformidad a la legislación secundaria, cuando pueda llegar a una solución justa sin agotar los larguísimos procedimientos que suponen algunos casos; se podría recurrir a estas salidas anticipadas siempre y cuando exista la reparación del daño, no corran peligro los derechos de las víctimas y el inculpado acepte someterse a las restricciones que el Juez imponga, so pena de reactivar el juicio en caso de incumplimiento.

La creación de un Juez de control el cual, entre otras, tendrá la función de verificar la legalidad de las actuaciones de todos lo que intervengan en el proceso penal hasta antes del juicio; autorizar de manera inmediata a petición del Ministerio Público medidas que puedan restringir los derechos del inculpado con motivo de la investigación, utilizando las vías de comunicación a la mano, como celular y correo electrónico, buscando la agilidad de los trámites burocráticos y así cercar las trucuelas de la delincuencia. Así mismo podrá realizar la supervisión judicial de los convenios que den solución a conflictos y ante las partes. Y en casos de procedimientos abreviados serán los que dicten sentencia.

Proporcionalidad de la pena de conformidad a la conducta que sanciona las diversas legislaciones locales, y a los bienes afectados, con esta figura elevada constitucionalmente se busca la homologación de penas a conductas delictivas,

obligando a las asambleas estatales la revisión de los códigos penales de su entidad, impulsando dicho principio.

## CAPÍTULO 3

### EL ARTÍCULO 193 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

#### 3.1 Análisis.

El artículo 193 del Código Penal para el Distrito Federal señala textualmente lo siguiente:

*Delitos que atentan contra el cumplimiento de la obligación  
alimentaria  
Capítulo único*

*Artículo 193.- Al que incumpla con su obligación de dar alimentos a las personas que tienen derecho a recibirlos, se le impondrá de tres a cinco años de prisión y de cien a cuatrocientos días multa, suspensión o pérdida de los derechos de familia, y pago como reparación del daño a las cantidades no suministradas oportunamente. Si el adeudo excede de noventa días, el juez ordenara al registro civil el ingreso de los datos del sentenciado en el registro de deudores alimentarios morosos.*

*Para los efectos de este artículo, se tendrá por consumado el delito aun cuando el o los acreedores alimentarios se dejen al cuidado o reciban ayuda de un tercero.*

*Cuando no sean comprobables el salario o los ingresos del deudor alimentario, para efectos de cubrir los alimentos o la reparación del daño, se determinaran con base en la capacidad económica y nivel de vida que el deudor y sus acreedores alimentarios hayan llevado en los dos últimos años.*

*Una vez que el sentenciado cumpla con la reparación del daño, el juez a petición de parte deberá ordenar al registro civil la cancelación de la inscripción.*

Es necesario mencionar que por Decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 18 de agosto de 2011, el artículo 193 de la Legislación Penal para el Distrito Federal, fue modificado respecto de las sanciones para la conducta descrita en dicho numeral; por lo cual se hace aclaración de que dicha modificación, en el texto descrito, no desvía el objetivo de la presente investigación; se inserta el texto, anterior a la reforma, para analizar la constante reflejada en el pago de las cantidades no suministradas como pago del daño.

*ARTÍCULO 193. Al que incumpla con su obligación de dar alimentos a las personas que tienen derecho a recibirlos, se le impondrá de seis meses a cuatro años de prisión o de noventa a trescientos sesenta días multa, suspensión o pérdida de los derechos de familia, y pago como reparación del daño de las cantidades no suministradas oportunamente.*

*Para los efectos de éste Artículo, se tendrá por consumado el delito aun cuando el o los acreedores alimentarios se dejen al cuidado o reciban ayuda de un tercero.*

*Cuando no sean comprobables el salario o los ingresos del deudor alimentario, para efectos de cubrir los alimentos o la reparación del daño, se determinarán con base en la capacidad económica y nivel de vida que el deudor y sus acreedores alimentarios hayan llevado en los dos últimos años.*

De la lectura de ambos textos podemos apreciar que la sanción respecto a la reparación del daño se fija exactamente de la misma manera que antes de su última reforma.

Ahora bien, consideramos necesario realizar una reseña de la evolución del contenido del precepto en estudio, por lo que es necesario remontarnos al Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común, y para toda la República en materia federal, decretado el dos de enero de 1931; en el cual se advierte que la conducta delictuosa de abandono de personas se presentaba en su Título Decimonoveno, Capítulo VII, Artículos 335 al 343; los cuales se reproducen a continuación para fines explicativos.

## CAPITULO VII (sic)

### *Abandono de Personas.*

*ARTÍCULO 335.- Al que abandone a un niño, incapaz de cuidarse a si mismo o a persona enferma, teniendo la obligación de cuidarlo, se le aplicará de un mes a cuatro años de prisión, si no resultare daño alguno, privándolo, además de la patria potestad o de la tutela, si el delincuente fuere ascendiente o tutor del ofendido.*

*ARTÍCULO 336.- Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se la aplicará de uno a seis meses de prisión y a privación de los derechos de familia.*

*ARTÍCULO 337.- El delito de abandono de hogar, solo se perseguirá a petición del cónyuge ofendido o de los legítimos representantes de los hijos; a falta de representantes de los menores la acción se iniciará por el Ministerio Público, a reserva de que el juez de la causa designe un tutor especial para los efectos de éste artículo.*

*ARTÍCULO 338.- Para que el perdón concedido por el cónyuge ofendido pueda producir la libertad del acusado, deberá éste pagar todas las cantidades que hubiese dejado de ministrar por concepto de alimentos y dar fianza u otra caución de ue en lo sucesivo, pagará la cantidad que le corresponda.*

*ARTÍCULO 339.- Si del abandono a que se refieren los artículos anteriores resultare una lesión o la muerte, se presumirán éstas como predeterminadas para los efectos de aplicar las sancione que a estos delitos corresponda.*

*ARTÍCULO 340.- Al que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a si mismo o a una persona herida o amenaza de un peligro cualquiera, se le aplicará de un a dos meses de prisión o multa de diez a cincuenta pesos si no diere aviso a autoridad u omite prestarle el auxilio necesario, cuando pudiere hacerlo sin riesgo alguno.*

Es de notarse que en el artículo 336 habla del abandono injustificado a hijos o cónyuge, sin recursos para subsanar sus necesidades de subsistencia, se le



aplicará pena corporal y se le destituirán sus derechos de familia al detractor de dicha ley; éste es el antecedente histórico evolutivo del delito en estudio, ya que los sujetos pasivos, las circunstancias, el sujeto activo y la conducta son genéricos al precepto.

La primera parte del mencionado precepto, al refiere a que “*sin causa justificada abandone*” alude a que debe haber un antecedente de la falta de esa justificación, es decir, que el autor de dicha conducta no pueda acreditar causa excluyente de dicha obligación; el legislador se refirió a la persona que da sustento a la familia conformada tradicionalmente, es decir, padre, madre e hijos; como el sujeto activo de esa conducta delictiva, poniendo de manifiesto que para estar en el supuesto descrito, deberá acreditarse el vínculo que existiere con la o las víctimas de dicha acción, por lo que al referirse a su cónyuge, no hay cavidad para insertar la posibilidad de exigir derechos de familia o de subsistencia si fuere el caso de estar en concubinato.

En el mismo sentido, al referirse el legislador a los “*recursos para la atención de las necesidades de subsistencia*”, se refiere a las obligaciones alimentarias de las que son inherentes los derechos de familia, lo que nos lleva a aseverar que dichos derechos de familia son regulados por la legislación correspondiente, y por tanto, son exigibles por otra vía que no es precisamente la penal.

En el mismo tenor, y sujeto a lo anteriormente mencionado, el legislador, al establecer la pena para quién cometa dicha conducta, dispone solamente de pena corporal y la privación de sus derechos de familia, dejando, a nuestra consideración, intocado el derecho de la víctima de exigir el cumplimiento de la obligación de cubrir las necesidades de subsistencia por otra vía.

Así mismo, el artículo 339 señala que si de esta acción por omisión, deviniera una lesión o la muerte, se agravará dicho delito por predeterminado,

para la aplicación de las sanciones a esa acción. A nuestra consideración, el legislador, *contrario sensu* define la conducta de abandono de persona como un delito de riesgo y no de daño.

Continuando el análisis del precepto en cuanto a su evolución en el derecho penal vigente, invocamos lo preceptuado al respecto por el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal que entró en vigor el 16 de julio de 2002, que en un principio se refirió a esta conducta de la siguiente manera:

### *Título Séptimo*

#### *Delitos contra la seguridad de la subsistencia familiar*

#### *Capítulo único*

*Artículo 193. Al que abandone a cualquier persona respecto de quien tenga la obligación de suministrar alimentos, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, aun cuando cuente con el apoyo de familiares o terceros, se le impondrá de tres meses a tres años de prisión o de noventa a trescientos sesenta días multa; privación de los derechos de familia y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente.*

*Se equipara al abandono de personas y se impondrá la misma sanción al que, aún viviendo en el mismo domicilio, no proporcione los recursos necesarios para la subsistencia de quien se tenga la obligación de suministrar alimentos.*

*Para los efectos del presente artículo, se tendrá por consumado el abandono aún cuando el o los acreedores alimentarios se dejen al cuidado de un pariente, o de una casa de asistencia.*

*La misma pena se impondrá a aquél que teniendo la obligación de dar alimentos, no los proporcione sin causa justificada.*

Este precepto, en su primera parte, hace mención de que el autor de esta conducta debe ser el obligado alimenticio, quién de acuerdo a la legislación civil,

pueden ser no solo el o la cónyuge e hijos, sino también reconoce el concubinato, los familiares en línea directa ascendente y descendente sin restricción de grado, o los de línea colateral hasta el cuarto grado, por filiación y todo aquel que acredite mediante resolución judicial derecho de recibir alimentos.

El legislador, a nuestro criterio, no considera la conceptualización de alimentos, ya que de acuerdo al artículo 308 del Código Civil para el Distrito Federal, los alimentos se comprenden de:

*I. La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto;*

*II. Respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales;*

*III. Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo; y*

*IV. Por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se les proporcionen, integrándolos a la familia.*

Y así, por lo consiguiente, sigue la lectura de lo que el legislativo plasmó en este numeral, enunciando “*sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia*”, por lo que pareciera redundante o contradictorio a la clasificación de alimentos, dando la impresión de haber pasado por alto la diferencia substancial entre un concepto y otro.

El hecho de aludir un supuesto, plasmando la posibilidad de que la víctima pueda recibir apoyo de familiares o terceros, se traduce en que la afectación por la omisión de dar alimentos no causa precisamente un menoscabo, mucho menos un daño al afectado por dicha conducta.

La pena por este delito es corporal, pecuniaria, con pérdida de los derechos de familia y pago de las cantidades no suministradas oportunamente para cubrir los alimentos, como reparación del daño. Esto último, aún cuando el legislador no motiva esa reparación del daño.

El segundo párrafo de este numeral hace referencia que para la acreditación de dicha conducta delictiva no es necesario el abandono corporal por parte del autor, ya que si incumple con la obligación alimentaria aún viviendo en el mismo domicilio, se sancionará con la misma pena señalada en el primer párrafo de dicho precepto.

El tercer párrafo del citado numeral, indica que la conducta delictiva será acreditada aún cuando los afectados o las víctimas de dicha acción se dejen al cuidado de un pariente o de una casa de asistencia; esta descripción es presumiblemente un reconocimiento de que el delito descrito es un delito clasificado por su resultado de peligro y no de daño.

Por último, la parte final del precepto enunciado nos indica que debe haber un antecedente de la falta de esa justificación, es decir, que el autor de dicha conducta no pueda acreditar causa excluyente de dicha obligación.

Ahora bien, el 18 de agosto de 2011, fue publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal una nueva reforma en el numeral en estudio, en la cual, es menester mencionar que si bien, dicha reforma se enfocó a la medida sancionadora de la conducta descrita en él mismo, la cual no significa una alteración al objetivo de esta investigación, ya que como podremos analizar, la reparación de daño sigue estando presente así como la manera de cuantificarlo para quedar de la siguiente manera.

*Artículo 193. Al que incumpla con su obligación de dar alimentos a las personas que tienen derecho a recibirlos,*

*se le impondrá de tres a cinco años de prisión y de cien a cuatrocientos días multa, suspensión o pérdida de los derechos de familia, y pago como reparación del daño a las cantidades no suministradas oportunamente. Si el adeudo excede de noventa días, el juez ordenará al registro civil el ingreso de los datos del sentenciado en el registro de deudores alimentarios morosos.*

*Para los efectos de este artículo, se tendrá por consumado el delito aun cuando el o los acreedores alimentarios se dejen al cuidado o reciban ayuda de un tercero.*

*Cuando no sean comprobables el salario o los ingresos del deudor alimentario, para efectos de cubrir los alimentos o la reparación del daño, se determinarán con base en la capacidad económica y nivel de vida que el deudor y sus acreedores alimentarios hayan llevado en los dos últimos años.*

*Una vez que el sentenciado cumpla con la reparación del daño, el juez a petición de parte deberá ordenar al registro civil la cancelación de la inscripción.*

Al analizar este precepto, se advierte que en la primera parte que el legislador hace una marcada diferenciación entre el acto de abandono y la omisión de dar alimentos, ya que antes de la reforma mencionada, se mezclaban ambos conceptos y al mismo tiempo se trataba de explicar y detallar supuestos inherentes a cada individualidad. Y se establece con claridad que aquel que este obligado a dar alimentos y no los dé, será sancionado por la ley penal; en el entendido de que la o las personas que tengan el derecho de recibirlos, acrediten mediante resolución de autoridad competente dicho derecho, así mismo, se entiende que este delito es perseguido a petición de parte.

La sanción impuesta en este párrafo es pena corporal, multa, la suspensión o pérdida de los derechos de familia, y pago como reparación del daño de las cantidades no suministradas oportunamente. La primera de éstas porque se trata, a consideración del legislador local, de una conducta trasgresora del orden social, suficientemente grave para privar de la libertad al agente, que no es un delito

grave. La segunda de las sanciones es la multa, que establece el legislador en pago a la sociedad por la conducta delictuosa y; la tercera es claramente una oportunidad para el inculpaado de recuperar su status ante sus acreedores alimenticios, ya que a diferencia del texto que regía antes de la multicitada reforma, existe la posibilidad de recuperar en el futuro sus derechos de familia, al sancionarse con la suspensión y en determinado caso, la pérdida de los derechos de familia. Y la última de las sanciones, el pago de daño cuantificado en el equivalente de las cantidades no suministradas oportunamente; a lo que nos pronunciamos en desacuerdo, ya que como se refleja en el texto del numeral mencionado, el propio legislador considera este acto, que por su resultado, es un acto delictivo que pone en peligro a los afectados o víctimas del mismo.

En apoyo a lo antes aseverado, el segundo párrafo del artículo en estudio señala que la conducta delictiva se dará por consumada o completada aun cuando la o las víctimas se dejen al cuidado o reciban ayuda de un tercero. Por lo que se confirma que el criterio expuesto por considerarse que este delito pone en peligro los bienes jurídicos tutelados y su resultado no es dañoso.

De la lectura del último párrafo del numeral estudiado, se aprecia al mencionar un supuesto, que por experiencia social, desea combatir la evasión de las sanciones ya comentadas, es decir, antes los inculpaados que eran condenados a cumplir con la obligación alimenticia o que eran condenados a la reparación del daño, con tal de no cumplir, dejaban sus empleos o simplemente se las arreglaban para que no se pudiera comprobar ingreso alguno de su parte, por lo que ahora será base de cuantificación la capacidad económica y el nivel de vida de la o las víctimas durante los últimos dos años; por presunción, el legislador se refiere a los dos años antes de que la víctima dejara de recibir alimentos.

### 3.2 Interpretación

De acuerdo con nuestra interpretación, el aludido delito no es de resultado material o de daño, y para sustentar dicho criterio invocamos diversas teorías y razonamientos que hacen referencia a los delitos de peligro, que desde nuestro punto de vista es el resultado de la aludida conducta en estudio.

Los delitos de daño, en cuanto figuras que suponen precisamente una lesión al bien jurídico, es decir, su afectación por cualquier vía, no ofrece más dificultad que la determinación del inicio del daño, problema que corresponde al *iter criminis* y a la relación causalidad y, por otra parte, entender que el tratamiento del tema solo puede ser atendido adecuadamente en relación con el bien jurídico que es el eje sobre el que oscila todo el Derecho Penal.

Su alternativa, el delito de peligro, consiste en la puesta de peligro del bien jurídico protegido, que lleva a la necesidad de conceptualizar el peligro como base de identificación de los delitos de esta especie y, por tanto, también punto de diferencia de la clasificación planteada.

### 3.3 Concepto de Peligro

Al parecer fue Stübel quien primero establece la diferencia entre delitos de lesión y delitos de peligro, Carrara después se ocuparía de ellos en relación con los delitos de resultado y después sería Bindina quien concebiría por primera vez en el sistema del Derecho Penal la noción de peligro como elemento subjetivo de un grupo de delitos, interesándose por el delito de lesión y por el delito de peligro.

Jiménez de Asua, resumiendo la opinión de diversos autores, recuerda que el derecho Penal hace referencia a situaciones donde el elemento es lesivo y otras en donde el elemento es peligro; lesión actual y lesión potencial de un interés

tutelado; delito de daño y delitos de peligro, para agregar que el peligro es un concepto normativo de fondo emocional.<sup>48</sup>

El concepto de peligro desempeña en el Derecho Penal, un papel que trasciende en muchos a los propios delitos de peligro, para agregar que se clasifica de peligro a un estado irregular, en que dadas las circunstancias concretas, se considera probable, según una previsión posterior objetiva, la producción de un daño; después referirá que la frontera entre los delitos de daño y peligro es fluida, existiendo numerosas infracciones que representan a la vez, un delito de peligro y de lesión.

Welzel recuerda que las leyes más modernas se conforman cada vez más con un peligro en lugar de la expresa lesión al bien jurídico, y en relación a los tipos culposos,<sup>49</sup> hace notar que en éstos el tipo aparece complicado por la duplicidad del concepto de peligro, ya que la acción que infringe el cuidado debido es una acción que plantea un peligro para los bienes jurídicos, y al exigirse dicha acción en los casos en que se plantea una puesta en peligro, surge un nuevo concepto de peligro.

En México, Olga Islas refiere que lesión del bien jurídico es la destrucción o disminución o compresión del bien jurídico, y peligro de lesión es la medida de probabilidad asociada a la destrucción o compresión del bien jurídico, para agregar después que la lesión del bien jurídico es el elemento del tipo de consumación y la puesta en peligro es el elemento del tipo de la tentativa.<sup>50</sup>

Jiménez Huerta refiriéndose a los delitos contra la vida, expresa que el bien jurídico es tutelado penalistamente no solo del ataque que se produce con su

---

<sup>48</sup> Cfr. MALO CAMACHO, Gustavo. Primer congreso mexicano de derecho penal sobre bases del derecho penal sustantivo. Tema "Delitos de lesión y delitos de peligro". Ponencia presentada por el Dr. Gustavo Malo Camacho. Instituto Nacional de Ciencias Penales. págs. 5, 6 y 7.

<sup>49</sup> Cfr. Ídem.

<sup>50</sup> Cfr. Ídem.



efectiva lesión, sino también de aquel que lo pone en peligro, lo que explica la creación de sendos tipos penales protectores de la sola puesta en peligro.<sup>51</sup>

Se han distinguido los delitos de daño de los delitos de peligro, y mientras que en los primeros se produce la destrucción o la disminución del bien jurídico, con la consiguiente lesión del interés, en los segundos, los legisladores al estructurar el tipo, han tomado en cuenta únicamente la probabilidad de que el bien jurídico pueda resultar dañado, es decir que se plantea la sola amenaza de destrucción o disminución del bien; para señalar después la diferencia entre el delito de peligro concreto o efectivo y el delito de peligro presunto o abstracto, y referirse también a los delitos de resultado material y resultado jurídico de cuya diferencia intenta ocuparse.

Refiriéndose al Código Penal Español, Escrivá Gregori indica en el amplio estudio que realiza sobre el tema, que un análisis de la noción de peligro en aquel ordenamiento permite observar que no existe una definición legal de peligro, a pesar de la importancia que el concepto tiene en campos diversos del derecho penal.<sup>52</sup>

Acaso esto encuentra explicación porque el concepto de peligro no es una noción autónoma, sino que, es un concepto de referencia que afecta a diversas instituciones jurídico penales. En igual sentido el concepto trasciende a los propios delitos de peligro e interesa al derecho penal en la determinación de la causalidad, según la teoría de la adecuación, para la graduación de la pena.

En síntesis, tanto en las diferentes doctrinas europeas, latinoamericana y en México, el concepto de peligro ha sido objeto de tratamiento de diversos autores, algunos, desarrollándolo específicamente en relación con los delitos de peligro;

---

<sup>51</sup> Cfr. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa, Tomo II, 3ª ed., México, 1975, pág. 205.

<sup>52</sup> Cfr. MALO CAMACHO, Mariano. *Op. cit.* págs 11.

otros con la tentativa, otros analizando el peligro mismo, y otros estudiándolo en relación con otras instituciones de la teoría penal.

De su conocimiento es interesante observar la diversidad de aspectos y opiniones, entre las que vale señalar la frecuente identificación del concepto de lesión con la de daño, cuya connotación conceptual no es necesariamente la misma; su relación y confusión con el resultado material y con el resultado jurídico, e incluso con el objeto material, y con los delitos formales y su tratamiento más regular como una forma de clasificación de los tipos delictivos.

El interés por el tema, en fin, fue el motivo de su inclusión en la agenda del Congreso Internacional de Derecho Penal, realizado en Roma, en 1969, evento durante el cual se puso de manifiesto la diversidad de opiniones existentes al respecto y la confusión en relación con los delitos de peligro, uno de los cuyos aspectos, el concepto de peligro mismo.<sup>53</sup>

En relación con el peligro fundamentalmente han sido tres las posiciones doctrinales para explicarlo: la teoría subjetiva, la teoría objetiva, y la teoría subjetiva objetiva (mixta).

Para los subjetivistas, el peligro no constituye algo real, algo objetivamente existente, sino que supone una representación de la mente humana, es solo un *ens imaginationis*,<sup>54</sup> toda vez que en la realidad no hay peligro para la posibilidad o la probabilidad del acontecimiento. Si el resultado lesivo no se produce es porque no podía acontecer; si no ocurre es porque no tenía que ocurrir; o lo que es lo mismo, que las consideraciones para señalar como peligrosa una situación son causales de un acontecimiento dañoso, y si no se producen es porque no lo eran y jamás hubo riesgo objetivo de que dicho daño se produjese.

---

<sup>53</sup> *Ibidem.* pág 13.

<sup>54</sup> *Ídem.*

El contenido medular de la postura causalista, entre los más decididos subjetivistas se sitúa Von Buri al afirmar la teoría de la equivalencia de las condiciones en la causalidad, ya que faltando la condición, en efecto no se produce, lo que constituye precisamente el punto de partida de la posición subjetiva del peligro.<sup>55</sup> Sin embargo, entre la peligrosidad de la acción y la producción de un peligro determinado y con esto da origen al orden de ideas que sustenta a la teoría de los delitos de peligro abstracto.

La orientación objetivista, en cambio, afirma que la acción de peligro es aquella que en el plano de la realidad tiene la probabilidad de producir un resultado lesivo, y así Von Rohland defendería esta concepción al hablar del peligro como la mayor o menor probabilidad de un acontecimiento lesivo.<sup>56</sup>

La acción al producir un cambio físico material que representa objetivamente un peligro, que en esencia es una idea de ser el peligro un acontecimiento de la realidad donde el resultado puede estar constituido por un peligro y por esto mismo la causa adecuada en relación con la causalidad, habrá de perfilarse en este sentido.

De esto deriva que la base de quienes sostienen esta posición lo esencial en el delito de peligro es la acción y no el resultado, estando fijado el interés en un punto más allá de la lesión producida a un bien jurídico que es precisamente la existencia del peligro a que aquél queda sometido.

La teoría objetiva-subjetiva o teoría mixta se explica que a partir de las anteriores se ha confirmado que en ambas teorías existen aspectos que deben ser atendidos y que a pesar de sus diferencias existen aspectos que son comunes.

---

<sup>55</sup> Cfr. *Ibidem*. pág. 16.

<sup>56</sup> Cfr. *Ibidem*. pág. 18.

El peligro supone un juicio fundamentado en la experiencia general, por el que se expresa el temor fundado e inmediato de la lesión de un bien jurídico, y no puede ser un criterio exclusivamente subjetivo, que lo sería si fuera el del autor, porque siendo el juez quien formula el juicio, tiene que ser objetivo.

Agrega que el concepto de peligro no es un puro concepto normativo, y que lleva en si un elemento de experiencia relativa a un curso causal posible. En el mismo sentido, el conocimiento de la probabilidad constituye algo subjetivo, en tanto que la situación misma es objetiva, el peligro resulta constituido por un elemento objetivo y un elemento subjetivo, uno es el factor causal existente como tal en el mundo exterior, y el otro es el juicio que relaciona al factor con el resultado, estableciendo la posibilidad de su producción.

En el coloquio del Décimo Congreso de Derecho Penal se destacó el predominio del concepto de peligro en sentido objetivo, según refiere en su informe general. En el mismo, Lernell se pregunta por el carácter de la categoría ontológica de la noción de peligro, después de distinguir las categorías ontológica y epistemológica siguiendo a Cierlak, y habla del peligro como un fenómeno de situación, como una categoría ontológica de estado, conectada con el problema de la relación de causalidad.<sup>57</sup>

A partir de la concepción objetiva, puede expresarse que en relación con el peligro, son dos los problemas a determinarse: la posibilidad o probabilidad de producción del resultado y; el carácter dañoso o lesivo del mismo.

Sobre la probabilidad, básicamente son mencionadas dos orientaciones:

La concepción gnoseológica, que considera que probable es la que según las apariencias puede ser declarado verdadera o cierto, admitiendo diversas graduaciones de probabilidad según su mayor o menor acercamiento a la

---

<sup>57</sup> Cfr. Ibidem. pág 20.

certidumbre. En esta postura es que se apoya el “probabilismo” que afirma que las cosas solo pueden conocerse de manera aproximada, quedando excluido el conocimiento absoluto.<sup>58</sup>

La concepción ontológica de la probabilidad, por su parte, afirma que ésta es un concepto aplicable a las cosas mismas.<sup>59</sup> En este orden de ideas, se distinguen entre probabilidad de un acontecimiento, que admite su medición y probabilidad de una hipótesis, que no puede ser medida numéricamente; y se distingue también entre probabilidad inductiva, que trata de establecer la mayor o menor admisibilidad de la hipótesis en base a los datos poseídos, y la probabilidad estadística en la que han trabajado particularmente, en la creación de una lógica con escala sostenida de valores lógicos. “Escriva Gregori recuerda que Klug, siguiendo los trabajos de Hilbert y Ackerman, establece en relación con los enunciados (proposición de la que tenga sentido observar que es cierta o falsa) un cálculo lógico bivalente y que en lógica puede admitirse supuestos trivalentes o “N” valentes, ya que entre los polos de verdadero y falso se dan posibilidades intermedias diversas, y así es que Reichenbach habla de la lógica plurivalente.”<sup>60</sup>

El término probable tiene una triple aceptación: como un concepto clasificatorio que es usualmente aprovechado en la división clásica; como un concepto cuantitativo, que es numérico; y como concepto comparativo, que es un concepto de orden, sin uso de valores numéricos. Se admite incluso una noción basada en creencias de orden personal a la que califica de probabilidad empírica al lado de otras.

De lo expuesto, vale afirmar que es posible entender la expresión terminológica de probabilidad en sentido no numérico y sí gradual, que es aplicable a la noción de peligro, el cual así, puede ser entendido como el mayor

---

<sup>58</sup> Cfr. Ibidem. pág. 27.

<sup>59</sup> Ibidem. pág. 29.

<sup>60</sup> Ídem.

grado o menor de la producción de un acontecimiento dañoso o lesivo, admitiendo grados diversos de peligro.

En resumen, con referencia, a la noción de peligro, es válido admitir que el concepto de peligro que maneja el Derecho Penal, puede ser singularizado en sentido objetivo como una probabilidad de lesión o de daño, en un concepto que admite graduaciones de mayor o menor peligro, atendiendo a un concepto comparativo de la probabilidad, que no es numérico, sin que sea necesario acudir al concepto de la probabilidad empírica.

Esta aseveración es congruente con el sentir medio de las personas que, en efecto, entienden que una situación puede ser más o menos peligrosas, independientemente del acontecer del resultado dañoso o lesivo. Se manifiesta un cambio y una mutación en el mundo físico que obliga a reconocer que en tales circunstancias no existe una destrucción, sino que objetivamente existe un cambio. Es congruente con la afirmación de que son tan ciertas tales situaciones de peligro y que es factible valorarlas como cosa en sí misma, que en sí generan en quienes las resienten, vivencias psicológicas diversas de emoción, sentimiento, temor o alarma, observación ésta, que no debe llevar a una confusión psicológica del concepto de peligro, porque tales sensaciones y percepciones psicológicas del encontrarse en peligro, tales situaciones son relevantes solo en tanto que constituyen manifestaciones físicamente perceptibles en un número no determinado de individuos, que se presentan como útiles para reconocer un aspecto del peligro, a lo que es lo mismo, que aquellas que no son obstáculo para reconocer que la situación misma ha sido o no peligrosa, y en todo caso se demuestra una evidencia de peligro.

El concepto de peligro en consecuencia, es planteado equivocadamente por quienes afirman que lo que no ocurre es porque no podía ocurrir, pues si dicha afirmación dentro de un contexto causal, implica una verdad ontológica, no corresponde, en cambio, a la vivencia de peligro que es lo que intenta evitar el

derecho por la vía de los delitos de peligro. Por esto, cuando se señala la necesidad de precisar el manejo de aquellas que, como cualquier vocablo, resulta bivalente en tanto que tiene varios significados que implican una determinada situación ontológica y por otra parte significa también solo una expresión gramatical, que es el sentido en que evidentemente se utiliza en relación con el concepto de peligro; entonces consideramos, que resulta más preciso expresar acerca de una determinada situación, que la misma es una situación peligrosa.

Finalmente debemos señalar que, en tanto que el juicio acerca del peligro debe ser emitido por una tercera persona, la del legislador, lleva en esto, dicho juicio, un rasgo incuestionable de tamiz psicológico que es insuperable, en tanto que supone una valoración, como lo es también el hecho de que quien vive la situación de peligro, también reciente el impacto y la vivencia psicológica, aspectos éstos que son también subjetivos en tanto que implican valoración, acertada o errónea pero al fin valoración, pero es evidente que tales fenómenos y características no eliminan la naturaleza objetiva del peligro, en cuanto fenómeno considerado en sí mismo y que precisamente se constituye en el objeto de la valoración, sino que por el contrario son observaciones que confirman la factibilidad de su naturaleza de objetiva.

Estas apreciaciones conducen a la necesidad de conceptuar el juicio de peligro.

### 3.4 El Juicio de Peligro.

El Derecho Penal hace referencia al peligro bajo circunstancias diversas; esto unido a la posibilidad ya admitida de que puede presentarse grados diversos del peligro, dificulta el conceptuarlo como un noción única, con validez general, y contemplar, en cambio, la necesidad de valorarlo en concreto.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> Ibidem pág 39.

El peligro, en efecto, es un concepto previsto en la ley en formas diversas, a veces aparece referido en los tipos con funciones distintas, en ocasiones, formando parte de la conducta prevista en el tipo; otras, observando como un elemento independiente de la conducta; y otras suponiendo una clasificación del resultado. En ocasiones, el legislador se refiere específicamente al término peligroso, pero en otras hace uso de expresiones como riesgo o alguna otra; e incluso, también a veces las califica con otras palabras como grave, inminente u otra; y en otras se utilizan expresiones que sin hacer referencia expresa al peligro, éste resulta contenido en el precepto.

Por otra parte, el peligro se constituye también en el contenido de otras figuras con una función distinta, como ocurre en el caso de la tentativa; o bien cuando se plantea como concepto a valorarse en las causas de justificación.

Es un nivel de lenguaje distinto, el concepto de peligro sirve también para los efectos de la concreción de la punibilidad por parte del juzgador, al momento de la imposición penal, e incluso después es un concepto presente durante la ejecución.

En fin, el peligro, en tanto que previsto por el Derecho es también un concepto normativo que requiere de valoración, lo que no elimina su condición objetiva, y no supone un concepto pre-jurídico ya que su existencia surge concomitante con la del Derecho que lo regula. Todo esto hace reiterar la dificultad de apreciarlo bajo una noción única, y de afirmar la necesidad de atender su valoración concreta en cada caso.

Para que pueda estimarse la existencia del peligro es indispensable que la situación generada por la conducta del autor, pueda tener por consecuencia la lesión de un bien jurídico, de aquí que el juicio de peligro tenga siempre que ser emitido con posterioridad a la acción o hecho de que se trate, si bien, retrotrayendo el análisis al momento en que el mismo se hubiese manifestado.



Esto plantea, como consecuencia, una relación estrecha entre la noción de peligro y el nexo de causalidad, porque para que exista peligro, es necesario que se pueda afirmar la existencia de incierto grado de posibilidad o probabilidad de lesión del bien, es decir, que exista siempre una factible relación causal. Es en este aspecto, sin embargo, donde se plantea uno de los mayores problemas para su definición, toda vez que si el universo de los acontecimientos regulados por la causalidad, que son los que norman a los delitos de lesión, ya éstos es genero de problemas de no fácil solución, para su concreción; en los delitos de peligro, ante la falta del recurso causal pleno, esto no ocurre así y para configurar el juicio de peligro, es necesario acudir a otros elementos que permita definirlo.

La noción de peligro, en síntesis, atendiendo al conocimiento natural de estar basado en la probabilidad objetiva, la cual, para poder ser determinada, toda vez que no se cuenta con un saber absoluto, es necesario recurrir a la experiencia adquirida por la observación regular de los fenómenos, de manera que, sobre la base de la experiencia de haber observado que determinadas condiciones o causas producen como efecto un resultado, sea posible predecir que dadas ciertas condiciones o causas, sea factible que pueda producirse un resultado similar. A la vez, el conocimiento ontológico, que en principio debe abarcar todas las circunstancias reales del fenómeno, lo que no puede ocurrir ante las limitaciones del conocimiento humano que solo es capaz de comprender una parte de esa realidad, le lleva al concepto de la probabilidad.

El grado exigible de posibilidad o probabilidad de lesión ha sido discutido por la doctrina, intentando establecer las exigencias mínimas para poder reconocer la existencia del peligro. Bassenge, ante esta dificultad e intentando superarla, señala ciertos puntos en relación con los grados de posibilidad de la acción para que se de peligro, y así expresa que: peligro es simplemente la posibilidad de lesión; se da cuando las posibilidades de producción sobrepasan a las que lo excluyen; se da cuando la exclusión de un resultado depende del azar;

se da cuando una persona prudente y consiente del deber tomaría medidas precautorias, y toma como base de diferenciación el criterio del buen padre de familia.<sup>62</sup>

Por otra parte, habría que plantear también el criterio que afirma la necesidad de hacer acopio del conocimiento total de la humanidad, no como total del hombre medio, sino como total de la experiencia lograda por la humanidad.

En relación con el conocimiento ontológico, es decir el relativo a las circunstancias concretas que deben ser tomadas en cuenta para el juicio de peligro, se han señalado básicamente como criterio los siguientes: Los conocimientos de que se apoya en la idea de que son los hechos conocidos por el autor y que no sería justo afectar al autor por hechos que no conocía; el orden de ideas, sin embargo, encierra el riesgo de favorecer a quienes actúan con falta de atención, y además no parece concluir a un juicio válido de peligro ya que en todo caso manifiesta su preocupación por el conocimiento de los hechos del agente pero no se refiere a los hechos objetivamente considerados que pueden configurar el peligro en éste último sentido.

En una postura distinta, se afirma que debe ser tomado en cuenta como base los hechos reconocidos por el hombre medio y de aquí que su conducta definida sobre las bases del criterio del buen padre de familia. La misma orientación aparece rectificada por algunos seguidores, manifestando la necesidad de incorporar el conocimiento de expertos, cuando el del hombre medio pudiera resultar insuficiente. Y finalmente una última opinión señala que debe ser tomado en cuenta todos los hechos accesibles al conocimiento humano en el momento del hecho, aunque se hayan puesto de relieve con posterioridad al momento del hecho.

---

<sup>62</sup> Cfr. *Ibidem* pág 42.

### 3.5 La Tentativa

La tentativa del delito es una figura jurídica que se presenta en el marco del *iter criminis*, a la que se refieren y se han referido los autores en diferentes épocas. Ya la escuela clásica, desde sus primeros análisis sobre el delito, al hacer referencia a los elementos objetivo y subjetivo, la observó, señalando que la tentativa, desde el punto de vista subjetivo, es decir del elemento subjetivo, es idéntica a la situación observada por quien ha llegado a la plena comisión de un delito, ya que no difiere y es la misma situación psicológica la que se presenta en éste último caso, respecto de la manifestada en quien después de haber iniciado la situación de un intento criminoso, no lo lleva a término por causas a él independientes. En ambos casos, e incluso en del sólo pensamiento criminoso, y en el caso del delito imposible, parece darse una similar configuración subjetiva del sujeto, que no por ello es igualmente punible.

En relación a la tentativa, Welzel la define como la concreción de la decisión de realizar un crimen o un delito a través de acciones. Maurach recuerda que la tentativa es la manifestación de la resolución a cometer un hecho punible por acciones que si bien representan un comienzo de la ejecución, no llegan a realizarse el tipo prescrito; estima el propio autor que la tentativa representa una falta de tipo, donde si bien se conserva el tipo subjetivo, es manifiesto que está incompleto el objetivo, y recuerda, respecto al fundamento de la figura y a su delimitación, que éstos aparecen planteados en relación con el concepto de la peligrosidad. Córdoba Roda, a su vez refiriéndose a la tentativa apunta que dicha figura es piedra de toque en la comprobación de la teoría finalista. Von Liszt define la tentativa como la manifestación de la voluntad dirigida a la ejecución de un hecho, y estima que la tentativa existe a partir de la tendencia hacia la manifestación de la voluntad, que significa la presencia subjetiva del dolo del

autor, pero al mismo tiempo con la posibilidad objetiva de producción del resultado y por lo mismo, con el carácter peligroso de los actos.<sup>63</sup>

Recordemos que la lesión del bien jurídico o daño es el elemento del tipo de consumación y la puesta en peligro es el elemento del tipo de la puesta en peligro.

Nos atrevemos a sintetizar, que la tentativa no es una fracción del delito consumado sino que es un ente jurídico autónomo integrado por una norma compuesta por su respectivo precepto y sanción específica, donde la protección al bien jurídico aparece extendido con un contenido que consiste en la evitación de peligro de un resultado dañoso o lesivo.

El análisis del *iter criminis* permite observar que en la realización del delito, como en la acción cualquiera, en primer término se conforma el aspecto subjetivo que al ser exteriorizado integrará el objetivo. En este sentido, dentro de la esfera de la subjetividad o psicológica, se manifestará primero la generación de la idea o ideación; enseguida la deliberación en que habrá de actuar los móviles de la situación criminal y los detractores psicosociales de la voluntad; y finalmente habrá de operarse al momento de la resolución que tiene como consecuencia el inicio de la exteriorización de la voluntad. En éste brevísimo análisis del proceso psicológico invariablemente habrán de presentarse los dos elementos a que se refiere la doctrina en relación con el estudio del dolo, el elemento cognoscitivo dado por la representación psicológica del evento, y el momento volitivo determinado por la voluntad de su realización.

En general, al respecto, debe entenderse que son los actos ejecutivos los que han de ser punidos y los actos preparatorios los que deben ser considerados impunes; y como criterio definitorio acerca de éstos, dentro de las diferentes posturas, acaso la posición que mejor satisface o por decir. Que menos inconvenientes ofrecen a las soluciones, consiste estimar como acto ejecutivo el

---

<sup>63</sup> Cfr. *Ibidem* pág 43.

que puede ser observado como inicio de la actividad típica, es decir, aquél que se identifica como núcleo del verbo típico que implica la lesión al bien jurídico.

Acerca del fundamento general de la tentativa, se señala que la protección ofrecida por el estado a partir de la punibilidad a la lesión de bienes garantizados por el derecho, resulta suficiente, ya que deja fuera de esa protección situaciones que también son de indudable interés para el Estado, en su necesidad teleológica de establecer y mantener el orden dentro del núcleo social en el que se manifiesta; estas situaciones, que sin suponer la lesión a los bienes jurídicos, implica en cambio conductas ejecutorias de un intento criminoso, que suponen en sí mismas una situación real de peligro, que no puede pasar desapercibido el derecho.

Se observa que el fundamento de la tentativa es coincidente con el de los delitos de peligro, la protección del derecho se manifiesta con una mayor extensión que en los de los tipos regulares que exigen la lesión. El bien jurídico protegido sigue siendo básicamente el mismo, cuando ocurre es que el derecho no se limita a la lesión, sino que impide también su puesta en peligro, y en este sentido, el concepto de peligro aparece como el contenido tanto de los delitos de peligro cuanto el delito tentado, y por ello, las consideraciones planteadas durante el desarrollo en torno a la noción de peligro, son igualmente válidas respecto a la figura de la tentativa.

Queda señalar que del análisis de los temas anteriores, la conducta tipificada en el numeral 193 del Código Penal para el Distrito Federal, se apega a la clasificación del delito por su resultado, como un delito de peligro y no de resultado dañoso. Por lo que enseguida trataremos el tema con mayor agudeza y comprobar la hipótesis planteada en esta tesis.

## CAPÍTULO 4

### EL NUMERAL 193 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 20, APARTADO “C”, FRACCIÓN IV, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL

#### 4.1 Transgresión a la Exacta Aplicación de la Ley.

De acuerdo con la exposición de motivos del Código Penal para el Distrito y territorios federales en materia de fuero común, y para toda la República en materia federal, decretado el dos de enero de 1931 encontramos que no existe una justificación válida para soportar la aplicación de una pena pública (reparación del daño) en un delito que, como en el capítulo anterior se analizó, que en su configuración sea dañoso.

Sobre el particular, la exposición de motivos para el decreto del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal que entró en vigor el 16 de julio de 2002, no hace mención alguna al respecto del por qué los asambleístas consideraron al delito en estudio, como de resultado lesivo o dañoso de bienes jurídicos protegidos; trasgrediendo el derecho protegido por el artículo 16 constitucional, al no motivar su mandato. Por lo que consideramos que la sanción de reparación del daño impuesta por el legislativo a la conducta mencionada en este trabajo es transgresora de la Constitución mexicana.

Así mismo, al realizar el análisis de la reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 22 de Julio de 2002; encontramos que en la exposición de motivos se contempla con relación a dicho delito, la justificación de cambios en cuanto a la sanción aumentada de pena corporal, así como el aumento de la multa, lo relacionado con la pena de suspensión de los derechos de familia, y en su última parte se refiere a cómo calcular el pago de reparación del daño en caso de ser imposible la comprobación de ingresos; pero en ningún

momento se especifica el por qué esta conducta delictuosa es considerada de resultado dañoso, cuando del análisis realizado en el capítulo tercero del presente trabajo, se vislumbra que los propios legisladores plasman en el texto del Código, el criterio de que se trata de un delito de peligro, y por lo mismo, es imposible determinar el daño. Ya que de conformidad a las diferentes teorías mencionadas con antelación capitular, el resultado del delito en estudio sería de simple amenaza a un bien jurídico protegido, quedando solo en el estado cognoscitivo dicho riesgo, sin que se materialice, ya que si llegare a pasar esa situación, se tendría que inculpar al presunto, por un delito diferente al de estudio, como pudiera ser el de lesiones, homicidio o cualquier otro, pero no el de atentar contra el cumplimiento de la obligación alimenticia.

Es claro que el legislador pasó por alto los razonamientos derivados del juicio de riesgo, que bajo un sistema ajeno al mexicano, podrían hacerlos valer los impartidores de justicia; en nuestra opinión, es labor y facultad de los asambleístas el considerar la experiencia social para plasmar las leyes que consigan su fin, en este caso en particular, la satisfacción de la víctima y la prevención de esa conducta delictuosa. Lo que lejanamente se pretende con una sanción de reparación de daño.

La misma suerte corre la reforma que con Decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 18 de agosto de 2011, del artículo 193 de la Legislación Penal para el Distrito Federal aumenta la pena corporal, la multa, y la pérdida de derechos de familia.

Pablo Galian se refiere a que en el Derecho Penal moderno la satisfacción de los intereses del ofendido es relegada por la función del efectivo cumplimiento de la amenaza penal. Desde el punto de vista material el Estado ocupa el lugar del ofendido por el delito y, la reparación del daño deja de ser un medio adecuado para la resolución del conflicto causado por el delito. Desde el punto de vista formal el Estado se convierte en Juez imparcial en la resolución del conflicto y la

función intimidatoria del *ius puniendi* se antepone a los intereses de la víctima. En los tiempos que corren, si bien desde un punto de vista político-criminal la víctima empieza a ser considerada como un actor relevante del conflicto, para la mayoría de la doctrina ella todavía ocupa un lugar marginal en el sistema penal. Por ello al día de hoy no podemos afirmar que la víctima ha recuperado el lugar de la parte ofendida por el delito, que sigue en manos del Estado como titular del ordenamiento jurídico lesionado (aspecto material) que, castiga en nombre del pueblo, y no en representación de la víctima (aspecto formal).<sup>64</sup>

Respecto a esta aseveración, podemos retomar algunas ideas importantes como la que menciona al referirse al Estado como “juez imparcial” que representa a la víctima, utilizando la reparación del daño como una amenaza y no como una verdadera solución del conflicto.

Como consecuencia de esa falta de motivación, por no ejercer realmente la representatividad, por parte del poder legislativo; los juzgadores han sentenciado y condenado a la reparación del daño de manera incorrecta, máxime que los tribunales de circuito han confirmado el criterio de acuerdo con algunas tesis, como “*Reparación del daño. Resulta improcedente en delitos de peligro y no de daño*”,<sup>65</sup> que es alrededor de que la medida sancionadora impuesta para condenar el delito preceptuado es incorrecta por la inexistencia de hipótesis que conlleve a la conducta con resultado dañoso.

En ese sentido la medida sancionadora para esta conducta resulta contraventora al derecho consagrado en el artículo 14 constitucional referente a la exacta aplicación de la ley, por la razón de que la misma Ley Fundamental dicta en el artículo 20, inciso C, fracción IV el derecho de las víctimas para que se les repare el daño causado por hecho delictivo cuando existiera tal daño, lo que significa el reconocimiento de derechos adquiridos por las víctimas.

---

<sup>64</sup> GALIAN PALERMO, Pablo. La Reparación del Daño a la Víctima del Delito. Ed Tirant Lo Blanch, Valencia España, 2010, pgs 87 a 98.

<sup>65</sup> Vid. *Infra* pág. 90.



En fin, en la sanción para esta conducta delictiva se debe considerar que el daño es inexistente ya que si las personas (acreedores alimentarios) no sufren un menoscabo en su salud o en su integridad no puede considerarse que exista un daño, máxime si cuando se presenta ese daño (alteración en su salud o la muerte) se tipifica diverso injusto penal.

A nuestra consideración la pena impuesta para satisfacer las necesidades de las víctimas de este delito, debe desahogarse en otra vía, específicamente la vía civil, ya que si bien, el legislador pretende subsanar el daño social que la conducta en cuestión lesiona por transgredir al propio sistema legal, condenar a la reparación del daño no es el medio adecuado, ya que como hemos insistido en capítulos anteriores, la conducta delictuosa estudiada no representa un daño directo al sujeto pasivo.

Sobre el particular, el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito; se pronunció por unanimidad de votos de la siguiente manera:

*Registro No. 161203*

*Localización:*

*Novena Época*

*Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito*

*Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta  
XXXIV, Agosto de 2011*

*Página: 1427*

*Tesis: XX.2o.102 P*

*Tesis Aislada*

*Materia(s): Penal*

*REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE ASISTENCIA FAMILIAR. NO PROCEDE LA CONDENA AL PAGO DE LAS DEUDAS CONTRAÍDAS, AUNQUE HAYAN SIDO POR ESE CONCEPTO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS).*

*El artículo 192 del Código Penal para el Estado de Chiapas, vigente a partir del catorce de mayo de dos mil siete,*

*establece que al responsable del delito de incumplimiento de obligaciones de asistencia familiar, con independencia de la pena de prisión que señala, se le impondrá, como reparación del daño, el pago de las cantidades no suministradas oportunamente; por tanto, si de conformidad con el artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuanto al régimen penal, la ley debe ser exactamente aplicable al delito de que se trata y se prohíbe la interpretación analógica, y aun por mayoría de razón, la imposición de pena alguna que no se encuentra legalmente establecida; por ende, si la disposición invocada determina claramente en qué caso procede la reparación del daño y cuál es el concepto que debe tomarse en consideración como tal, es inconcuso que no es posible sancionar, bajo ese rubro, el pago de las deudas contraídas, aun cuando hayan sido por concepto de alimentos; pues de considerar lo contrario, es decir, que en dicho rubro sí se contemplan, podría desvirtuarse la naturaleza de tal condena, debido a que existiría la posibilidad de que se contrajeran deudas por un monto exorbitante o desproporcionado a las cantidades no suministradas que llegue a determinar el Juez de la causa; además, con la condena al pago de la retribución de las sumas que se dejaron de suministrar, se podrán liquidar los adeudos contraídos por tal motivo.*

**SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO.**

*Amparo directo 840/2010. 23 de junio de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arteaga Álvarez. Secretario: José Martín Lázaro Vázquez.*

Aunado a lo anterior, debemos insistir que el legislador no se tomó la molestia de hacer una valoración de la consecuencia que se obtiene de la conducta del autor del delito en estudio, a efecto de hacer la distinción pertinente de su resultado, que fuere de daño o de peligro.

De igual modo, sobre el particular la Suprema Corte se pronuncia en cuanto al tema de reparación del daño en delitos que son de peligro, más no de daño de la siguiente manera.

*Registro No. 168042*

*Localización:*

*Novena Época*

*Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta  
XXIX, Enero de 2009  
Página: 2826  
Tesis: XXIII.31 P  
Tesis Aislada  
Materia(s): Penal*

**REPARACIÓN DEL DAÑO. RESULTA IMPROCEDENTE EN DELITOS DE PELIGRO Y NO DE DAÑO.**

*Aun cuando la reparación del daño está considerada como pena pública, por lo que el juzgador no puede absolver al sentenciado si ha emitido una sentencia condenatoria, sin embargo, tal deber sólo opera para los delitos de resultado y no de mero peligro, en virtud de que éstos no producen un resultado material o daño que deba ser reparado.*

Así mismo, al parecer el legislador no considero la naturaleza jurídica de la reparación del daño siendo que la reparación penal no tiene naturaleza jurídica civil ni debe entenderse en los mismos términos que el resarcimiento civil de los daños o de la compensación del daño, objetivos jurídicos del Derecho Privado para cuya satisfacción se agota el juicio civil, que es la sede natural para obtener la satisfacción de los intereses patrimoniales de la víctima.

De la lectura de parte del artículo 193 del Código Penal para del Distrito Federal, en la cual condena<sup>66</sup> *“Al que incumpla con su obligación de dar alimentos a las personas que tienen derecho a recibirlos, se le impondrá de tres a cinco años de prisión y de cien a cuatrocientos días multa, suspensión o pérdida de los derechos de familia, y pago como reparación del daño a las cantidades no suministradas oportunamente. Si el adeudo excede de noventa días, el juez ordenara al Registro Civil el ingreso de los datos del sentenciado en el registro de deudores alimentarios morosos”* desde nuestra perspectiva cumpliría con las finalidades del Derecho Penal que de acuerdo con Pablo Galian Palermo son 1) Que se solucione jurídicamente el conflicto imponiendo el Derecho sobre el

---

<sup>66</sup> Vid. Supra. pág. 60.

injusto. 2) Que se prevenga a los autores potenciales y a la víctimas potenciales (generalmente, a través de la sentencia). 3) Que se enmiende al autor con la ejecución de la pena. 4) Que se componga el problema social causado por el delito y; 5) Que se reconozca al ofendido como sujeto de derechos.<sup>67</sup> Más, nuestra opinión respecto a la cuantificación de la reparación del daño en base a las cantidades no dadas, entre otras, es que la condena en materia penal puede ser resuelta a través de equivalentes funcionales u otros medios alternativos. En el caso concreto, el problema a resolver es si la víctima además de tener derecho a la sentencia penal, tiene derecho a ser considerada dentro de los fines de la pena sufrida o, si la reparación del daño cuantificada en relación a cantidades no pagadas sobre un derecho patrimonial adquirido, cumple por sí sola con los fines de la pena.

Pablo Galian Palermo nos ilustra opinando que la mayor parte de la doctrina española entiende que la figura de la reparación no pierde su naturaleza civil por más que se encuentre legislada en el Código Penal y se dilucide en el procedimiento penal, por el Juez penal. Y sigue, la reparación del daño impuesta por sentencia penal no podría ser relacionada con los fines de la pena o con los fines y funciones del Derecho penal, es decir, con la ecuación delito-pena y el principio de proporcionalidad, sino que debe coincidir su contenido material con aquel que se fije como responsabilidad civil *ex delicto*. En el sistema penal español se puede decir que a través del proceso penal se realiza una función de resarcimiento del daño, junto con la protección de los bienes jurídicos, pues los actos compensatorios a los que obliga la sentencia son también indemnizatorios, esto es, operan como un pago que extingue obligaciones. Por lo tanto, la reparación del daño impuesta por sentencia penal no guardaría relación con la prevención como fin de la pena y la reparación del daño social causado por el delito, sino en forma exclusiva con aspectos indemnizatorios del Derecho civil.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> Cfr. GALIAN PALERMO, Pablo. Op. Cit. págs. 87 a 98.

<sup>68</sup> Cfr. Ídem.

Ahora bien, en el Artículo 14 de nuestra máxima ley, establece en su parte conducente *“En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata”*, refiriéndonos a la parte en específico en donde habla de la exactitud de la pena en relación al delito que se aplica, es de nuestro interés especial seguir estrictamente el contexto constitucional, a razón de que para la aplicación de cualquier pena, ésta debe ser proporcional a las características especiales de la conducta descrita en el tipo penal, es decir, que no basta que en las leyes secundarias y/o locales este prevista la pena para una conducta, si dicha pena es desproporcionada al resultado de la conducta castigada, en un claro desentendimiento del poder legislativo a la disposición constitucional que hemos citado.

Aplicada la idea anterior a nuestra investigación, es de observarse que la conducta descrita en el numeral 193 del Código Penal para el Distrito Federal es castigada, entre otras disposiciones, al pago de daño, que si bien es correcto en delitos de resultado dañoso, el legislador no observa que en la conducta descrita, en el numeral en mención, la consecuencia de la conducta no es de daño, sino de peligro, por lo que resulta contrario a la disposición de nuestro máximo ordenamiento la imposición de una pena no proporcional a la conducta delictuosa en estudio.

En el mismo orden de ideas, nos referiremos a lo que dispone el artículo 16 de la Constitución Federal en su primer párrafo que dice *“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”* y, como lo hemos manifestado durante la presente investigación, la condena para combatir la conducta descrita en el artículo 193 del Código Penal para el Distrito Federal, indicando la manera de cuantificar la reparación de un daño, sin considerar el verdadero resultado de la conducta

multicitada de conformidad con la clasificación del delito, que sin estar adecuadamente motivada por el poder legislativo resulta, de acuerdo a nuestro criterio, una trasgresión a lo dispuesto por el principio de motivación y fundamentación señalado en el artículo 16 constitucional en mención.

De conformidad por lo preceptuado en inciso h), fracción V, Base primera, apartado "C" del artículo 122 de la Constitución Federal que establece:

*Artículo 122. Definida por el artículo 44 de este ordenamiento la naturaleza jurídica del Distrito Federal, su gobierno está a cargo de los Poderes Federales y de los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial de carácter local, en los términos de este artículo.*

*C. El Estatuto de Gobierno del Distrito Federal se sujetará a las siguientes bases:*

*BASE PRIMERA.- Respecto a la Asamblea Legislativa:*

*V. La Asamblea Legislativa, en los términos del Estatuto de Gobierno, tendrá las siguientes facultades:*

*h) Legislar en las materias civil y penal; normar el organismo protector de los derechos humanos, participación ciudadana, defensoría de oficio, notariado y registro público de la propiedad y de comercio;*

La asamblea legislativa en el Distrito Federal tiene la facultad para legislar, entre otras, en materia penal; esta facultad emanada de nuestra Constitución obliga a la asamblea legislativa, así como al Jefe de Gobierno y al Tribunal Superior de Justicia a respetar los Derechos Fundamentales dictados en el mismo documento, entre los cuales se encuentra el de fundar y motivar cualquier mandato.

Así pues, es correcto que el órgano legislativo tiene la competencia para legislar en materia penal con fundamento en el precepto anteriormente mencionado; por lo que el Código Penal local, así como todas sus reformas y

adhesiones son competencia exclusiva de dicho órgano; agotando uno de los requisitos para poder ejercer un mandato apegado a la legalidad.

Otro de los requisitos obligados por el legislativo, en el objeto de estudio, es la formulación de una hipótesis, reflejada en el tipo penal descrito en el artículo 193 de la Ley Penal en referencia; a razón de que aunado a la exacta aplicación de la ley que nos exige el artículo 14 constitucional antes detallado, y a la teoría del delito, la pena debe ser proporcional a la conducta y su resultado.

Lo que sería interesante para llegar a un mejor entendimiento del por qué el legislativo no considero el resultado de la conducta delictuosa, sería el poder contar con la justificación de la aplicación de esa condena y la manera de su cuantificación; en el Poder Legislativo, así como en las asambleas legislativas locales, la motivación para ejercer un mandato se refleja en la exposición de motivos para legislar sobre cierta materia, ley o conducta en específico.

En el caso concreto, como lo explicamos en el Capítulo Tercero de esta investigación, el legislativo no expuso el motivo por el cual consideró a la conducta descrita en artículo 193 del Código Penal para el Distrito Federal como un delito de consecuencia dañosa ni por qué deberá ser cuantificado el supuesto daño en dar las cantidades no dadas.

#### 4.2 Transgresión a la Motivación y Fundamentación.

Bajo ese mismo criterio, señalamos que también son preceptos violados los contenidos en el artículo 16 constitucional en su parte última de su primer párrafo que apunta la necesidad de motivación en toda actuación legal; a partir de ese apuntamiento observamos que el legislador, al momento de insertar la sanción de reparación de daño en el numeral en estudio, omite del todo la exposición de motivos del porque considera a este delito como dañoso, así pues, en el entendido que el legislador pasa por alto dicha laguna legal, al reformar el

artículo estudiado, igualmente es omiso al no expresar motivación alguna al respecto en cuanto a la clasificación del delito por su resultado dañoso.

Desde nuestra perspectiva, las vías para hacer frente a dichas sanciones, hablando por supuesto de la legislación aplicable para el Distrito Federal, y en vista que en el cuerpo del precepto estudiado señala primeramente la sanción de pena corporal y multa, se podrá combatir, de conformidad a la Legislación Federal, por medio del Juicio de Amparo Directo, ya que para que sea aplicable dicha sanción debe existir resolución condenatoria, agotando todas y cada una de las instancias previstas.

En el mismo sentido la sanción de suspender o privar de los derechos de familia, podrá el inculpado solicitar el Amparo Federal por medio de Juicio de Amparo Directo, ya que al igual que para combatir dicha sentencia debe agotarse todas las instancias.

La medida sancionadora que de acuerdo con lo señalado en el presente trabajo de tesis que nos atañe es la del pago de Reparación del Daño, que como ya quedó especificado. Por tratarse de una sanción compuesta por tres medidas diferentes, se debe combatir por medio de Juicio de Amparo Directo. En este caso en específico los preceptos constitucionales trastocados por la sentencia que la imponga son los contenidos en los artículos 14, 16 y fracción IV, apartado "C", 20 constitucionales; en primer lugar, la sanción en estudio se pretende aplicar sin la debida observancia de la exacta aplicación de la ley, ya que aunque en la legislación penal local se refiere al pago de daño por dicha conducta, la constitución en la fracción IV, del apartado "C" del artículo 20 constitucional advierte el pago de la reparación del daño a que tiene derecho la víctima, pero especifica que en caso de que sea procedente, lo que el legislador no tomo en cuenta al dictar la sanción en comento, ya que de acuerdo a los temas estudiados en el cuerpo de la presente investigación, como lo son la clasificación del delito, el juicio de peligro y la exacta aplicación de la ley; el daño no se presenta en la



conducta descrita en el apartado penal en cita; y a partir de esta primicia podemos aseverar que al condenar al inculpado por dicha conducta con el pago de un daño que no existe es contrario a la exacta aplicación de la ley.

No obstante lo anterior, cabe la posibilidad de combatir la aplicación del precepto analizado en vía de Amparo Indirecto debido a que en el Distrito Federal opera el Sistema Penal Tradicional. Es decir, existe la posibilidad de solicitar la libertad provisional bajo caución en caso de llegar a ejecutarse una orden de aprehensión con base a este delito, toda vez que para el cálculo de la garantía el Juez tomará en consideración el monto de la reparación del daño, situación que constituye el primer acto de aplicación del precepto en cita. En otras palabras, se trata de un amparo contra una norma general.

#### 4.3 Transgresión a la Proporcionalidad de la Pena.

En el artículo 20 constitucional señala este derecho al que se refiere a que la pena deberá ser proporcional a la conducta, considerando que este precepto indica en la parte conducente la reparación del daño a la víctima, lo que sin duda es correcto, sin embargo no debemos quitar de foco que de acuerdo a la teoría del delito, así como derivado de los puntos de nuestra investigación en donde hemos manifestado que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, viola las consideraciones constitucionales referentes a la motivación y fundamentación de sus mandatos, y en relación al resultado del delito podemos aseverar, una vez más, que no existe un daño en la conducta descrita en el numeral 193 del Código Penal en estudio; y que si bien, el derecho del ofendido es el de recuperar las cantidades no dadas, también lo es que para la reclamación de dicho derecho real es por la vía civil, es decir, la pena no es congruente con la conducta en referencia; por lo que en el rubro de medida cautelar a efectos de que el inculpado siga el procedimiento en libertad, tenga que garantizar el pago de daño cuantificado con las pensiones no dadas, es desde nuestro punto de vista, una clara violación a la proporcionalidad de la pena, a razón de que, como lo hemos

venido reiterando, la conducta a juzgar en el caso concreto no es de resultado dañoso, por lo que dicha medida será materia de Amparo Indirecto por tratarse se uno de los supuestos violación de la exacta aplicación de la ley

En esta investigación hemos procurado enfocarnos a la constitucionalidad de la reparación del daño como pena a la conducta que marca el artículo 193 del Código Penal para el Distrito Federal y, por tal razón es menester aclarar que en ningún momento estamos proponiendo que no se le paguen las cantidades no dadas a la víctima de esta conducta delictuosa, sino simplemente, creemos que no es la vía penal la idónea para esos efectos, ya que como lo analizamos, la pena de reparación del daño, así como su calculo, no está debidamente motivada por el órgano legislativo, trasgrediendo así a la exacta aplicación de la ley y la proporcionalidad de la pena.

Así también es necesario mencionar que aunque el texto del artículo 20 de nuestra máxima ley no ha entrado en vigor en la parte de estudio de esta investigación, por lo que rige aún el texto anterior que a la letra dice:

*Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:*

*B. De la víctima o del ofendido:*

*IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria*

*La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;*

Solo queda mencionar que cuando aun no se haya aplicado el artículo 20 Constitucional, no es el caso de los tratados internacionales que ha suscrito la Federación y los cuales son aplicables de manera obligatoria; siendo los de nuestro interés, el de exacta aplicación de la ley, fundamentación y motivación, así

como la proporcionalidad de las penas; figuras rebasadas en por la omisión de motivación del legislador local en el distrito Federal.

#### 4.4 Propuesta.

Consideramos que el problema, como ya se comento, deviene de una mala perspectiva legislativa, por lo que la propuesta es la siguiente: Que el artículo en estudio cambie su redacción con el fin de que se elimine la sanción de reparación del daño, sustituyéndolo, para efectos de subsanar la falta social o la transgresión al Estado, por la correctamente aplicada indemnización. Por lo que el numeral en estudio quedaría de la siguiente manera:

*Delitos que atentan contra el cumplimiento de la obligación alimentaría*

#### *Capítulo único*

*Artículo 193. Al que incumpla con su obligación de dar alimentos a las personas que tienen derecho a recibirlos, se le impondrá de tres a cinco años de prisión y de cien a cuatrocientos días multa, suspensión o pérdida de los derechos de familia, y dejando a salvo el derecho de la víctima de solicitar el pago de las cantidades no suministradas por diversa vía. Si el adeudo excede de noventa días, el juez ordenara al registro civil el ingreso de los datos del sentenciado en el registro de deudores alimentarios morosos.*

*Para los efectos de este artículo, se tendrá por consumado el delito aun cuando el o los acreedores alimentarios se dejen al cuidado o reciban ayuda de un tercero.*

*Cuando no sean comprobables el salario o los ingresos del deudor alimentario, para efectos de cubrir los alimentos, se determinaran con base en la capacidad económica y nivel de vida que el deudor y sus acreedores alimentarios hayan llevado en los dos últimos años.*

*Una vez que el sentenciado cumpla con la su condena, el juez a petición de parte deberá ordenar al registro civil la cancelación de la inscripción.*

No pasa desapercibido que algunos autores expresan su conformidad con esta redacción para proteger el derecho de la víctima a recibir alimentos, no obstante ésta no es la vía idónea para hacerlo valer pues tiene a su favor expedita la vía civil.

## CONCLUSIONES.

PRIMERA.- La definición del delito base de diversas teorías, por lo que después de estudiar algunas de ellas nos acogemos, para efectos de estudio, por la que dicta la escuela clásica al afirmar que es *“La infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”*. Considerando que la propia ley penal lo define como *“Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.”*

SEGUNDA.- El delito como tal, esta constituido por diversos elementos, y a manera de definición el delito es un acto, típico, antijurídico y culpable, siendo el acto la conducta u acción positivo o negativo del ser humano; típico por componerse en el tipo legal y la tipicidad de la conducta; antijurídico, porque va en contra de la ley; y culpable, por las condiciones psíquicas sociales del activo de la conducta.

TERCERA.- El delito se clasifica, entre otras, por su resultado formal o material; siendo el primero por el simple hecho de transgredir las leyes, aun cuando no exista un daño material o físico; y de resultado material por la afectación física exterior proveniente de la conducta típica antijurídica y culpable.

CUARTA.- Uno de derechos fundamentales consagrados y protegidos por la Constitución Federal es el de la exacta aplicación de la ley, protegiendo esta el derecho entre otras, el derecho de no ser condenados con penas, derivados de actos que no estén contemplados en la ley.

QUINTA.- En ese mismo sentido, la interpretación por analogía o por mayoría de razón son salvedades que de conformidad al artículo 14 constitucional, no se deben aplicar a lo casos de orden criminal.

SEXTA.- El actuar de la autoridad siempre debe ser fundada y motivada, de conformidad al primer párrafo del artículo 16 constitucional, entendiéndose como autoridad a cualquiera de los tres poderes de la Unión, aunado a los principios de legalidad consagrados en el artículo 14 constitucional.

SÉPTIMA.- Los derechos consagrados en el artículo 20 constitucional, en su apartado "C", fracción IV; reconoce que la víctima es sujeto de adquisición de derechos, como lo es el de exigir la reparación del daño cuando sea procedente éste.

OCTAVA.- En base al análisis del artículo 193 del Código Penal para el Distrito Federal, el cual se refiere a los delitos que atentan en contra de la obligación alimentaría; se concluye que las medidas sancionadoras de dicha conducta delictuosa no están acorde al resultado de esa conducta, por lo que vulnera el derecho del inculpado a tener pena justa.

NOVENA.- Concluimos que de conformidad al estudio de la evolución del delito contemplado en el artículo 193 del Código Penal para el Distrito Federal, y de la exposición de motivos de los diversos decretos relacionados a este numeral, se omitió la motivación que dio origen a la sanción de reparación del daño.

DÉCIMA.- Se concluye que es necesaria la modificación del numeral artículo 193 del Código Penal para el Distrito Federal, a efecto de eliminar de su texto el indicativo de reparación del daño, por no existir tal daño, y modificar la sanción en su contenido, insertando la indemnización.

## FUENTES BIBLIOGRÁFICAS.

ARELLANO GARCÍA, Carlos. Teoría General del Proceso. 11ª edición. Porrúa. México, 2002.

ARELLANO HOBELSBERGER, WALTER. Metodología Jurídica. Prólogo de Carlos Arellano García. Porrúa. México, 2007.

BAZDRESCH, Luís., Garantías Constitucionales Curso Introductorio., Ed. Trillas., 5ª ed., México 1998 (reimpresión 2000)

BLASCO Y FERNÁNDEZ MOREDA, Francisco, La Atipicidad, la Antijuricidad y la Punibilidad como Caracteres del Delito en la Noción Técnica Jurídica, Ed. CRIMINALIA, IX

BURGOA ORIHUELA. Ignacio. Las Garantías Individuales, Ed Porrúa, 30ª ed., México 1998

----- El Juicio de Amparo. 34ª edición, Porrúa. México, 1998.

CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. El Drama Penal. Porrúa. México, 1982.

CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Porrúa. México, 2004.

CASTRO V. Juventino, Garantías y Amparo, Ed. Porrúa, 12ª ed., México 2002

CHÁVEZ CASTILLO, RAUL. Las Garantías Individuales. 2ª edición, Porrúa. México, 2006.

COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 19ª edición, Porrúa. México, 2005.

CRUZ Y CRUZ, Elba, Teoría de la Ley Penal y del Delito, 1ª reimpresión, Ed. IURE, México 2008

DE PINA, Rafael; DE PINA VARA Rafael, Diccionario de Derecho, 31va ed., Ed. Porrúa, México 2003,

FIX ZAMUDIO, Héctor. Estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa. México, 2006.

----- Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas. 13ª edición, Porrúa. México, 2006.

GALIAN PALERMO, Pablo, La Reparación del Daño a la Víctima del Delito. ed tirant, Valencia España 2010

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Cuadragésimo quinta edición. Porrúa. México, 1995.

GÓMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso. Novena edición. Oxford University Press, Colección Textos Jurídicos Universitarios. México, 2002.

GÓNGORA PIMENTEL, GENARO DAVID. Introducción al estudio del juicio de amparo.

JIMÉNEZ Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, Tomo II, 3ª ed., México, 1975



MALO CAMACHO, Gustavo. Primer congreso mexicano de derecho penal sobre bases de derecho penal sustantivo. Tema "delitos de lesión y delitos de peligro. INACIPE

MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito. 5ª reimpresión, Temis. Buenos Aires, 1998.

NORIEGA, Alfonso. Lecciones de Amparo Tomo II. 7ª edición, Porrúa. México, 2002.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. 15ª edición, Porrúa. México, 2000.  
Porrúa. México, 2004.

PORTE PETIT, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. 10ª edición, Porrúa. México, 2003.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, RICARDO. Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal (jurisprudencia esencial) Comares. España, 2000.

VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. 8ª edición. Porrúa. México, 2000.

VILLORO TORANZO, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho. Décima edición. Porrúa. México, 2001.

WITKER, VELÁSQUEZ, Jorge, y otro. Metodología Jurídica. Segunda edición. McGraw Hill. México, 2002.

## **FUENTES LEGISLATIVAS.**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Código Penal Federal.

Ley de amparo

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Código Penal para el Distrito Federal.

Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.