



UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE
FACULTAD DE DERECHO
Con Estudios Incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México
CLAVE: 8793-09

**LA SUBJETIVIDAD DEL JUEZ EN LA
DETERMINACIÓN DEL GRADO DE VIOLENCIA
INTRAFAMILIAR SUFICIENTE PARA LA PÉRDIDA
DE LA PATRIA POTESTAD EN MATERIA PENAL.**

TESIS

**Que para obtener el título de
LICENCIADA EN DERECHO**

**Presenta:
LUZ LUCERO SERNA SÁNCHEZ**

**Asesor:
LIC. JOSÉ MANUEL GALLEGOS GONZÁLEZ**

Celaya, Gto.

Julio 2017



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

A Dios:

Por haberme permitido estar aquí.

A mis padres:

J. Guadalupe Serna Garduño. (q.e.p.d.)

Ma. Luz Sánchez Tapia. (q.e.p.d.)

A ustedes dedico el presente trabajo toda mi vida de agradecimiento, estoy orgullosa de ser su hija.

Al Licenciado Francisco Gutiérrez Negrete (q.e.p.d)

Por su tiempo de vida y las horas de dedicación en gran parte al presente trabajo.

Al Licenciado José Manuel Gallegos González

Por haber aceptado apoyarme y dedicar su valioso tiempo a concluir el presente trabajo.

INDICE

INTRODUCCION

CAPÍTULO I	PAG
DERECHO PENAL GENERALIDADES	1
1.1 EI DERECHO EN GENERAL. SU DEFINICIÓN.	1
1.1.1 NECESIDAD DEL DERECHO PENAL	1
1.2 CONCEPTO DE DERECHO PENAL.	2
1.3 EL DERECHO PENAL EN SENTIDO OBJETIVO	5
1.3.1 EL DELITO. SU DEFINICIÓN.	6
1.3.2 NOCIÓN JURÍDICA FORMAL DEL DELITO.	6
1.4 EL DERECHO PENAL EN SENTIDO SUBJETIVO.	7
CAPÍTULO II	
TEORÍA DEL DELITO, ELEMENTOS OBJETIVOS	11
2.1 LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA.	11
2.1.1 CONCEPTO DE CONDUCTA.	11
2.1.2 CLASES DE CONDUCTA.	12
2.1.3 ACCIÓN, SUS ELEMENTOS.	13
2.1.4 COMISIÓN, SUS ELEMENTOS.	13
2.1.5 OMISIÓN, SUS ELEMENTOS.	14
2.1.6 COMISIÓN POR OMISIÓN.	14
2.1.7 AUSENCIA DE CONDUCTA.	15
2.2 LA TIPICIDAD Y SU AUSENCIA.	17
2.2.1 IDEAS GENERALES DEL TIPO Y LA TIPICIDAD.	17
2.2.2 FUNCIÓN DE LA TIPICIDAD.	18
2.2.2.1 TIPO.	18
2.2.2.2 TIPO DEFINICIÓN:	18

2.2.3	ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y EL CUERPO DEL DELITO.	19
2.2.4	ATIPICIDAD.	19
2.2.5	AUSENCIA DE TIPO.	20
2.2.6	TÍPICO-TÍPICA.	20
2.2.7	EL TIPO PENAL DE BELING.	21
2.3	ANTI JURIDICIDAD Y SU AUSENCIA.	21
2.3.1	ANTI JURIDICIDAD. DEFINICIÓN.	21
2.3.2	ANTI JURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL.	22
2.3.3	AUSENCIA DE ANTI JURIDICIDAD.	22
2.3.4	CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.	22
2.3.4.1	LEGITIMA DEFENSA.	23
2.3.4.2	ESTADO DE NECESIDAD.	24
2.3.4.3	CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO.	26
2.3.4.4	CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DEL BIEN JURÍDICO AFECTADO.	26
2.3.5	ELEMENTOS DEL TIPO.	27
2.3.5.1	ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO PENAL.	28
2.3.5.1.1	CONDUCTA.	28
2.3.5.1.2	RESULTADO.	28
2.3.5.1.3	NEXO CAUSAL.	28
2.3.5.1.4	ESPECIALES FORMAS DE EJECUCIÓN.	28
2.3.5.1.5	MODALIDADES DE TIEMPO, LUGAR Y OCASIÓN.	29
2.3.5.1.6	SUJETOS: ACTIVO, PASIVO (CALIDAD Y NÚMERO).	29
2.3.5.1.7	OBJETO MATERIAL.	29
2.3.5.1.8	OBJETO JURÍDICO.	29
2.3.5.2	ELEMENTOS SUBJETIVOS Y NORMATIVOS DEL TIPO PENAL.	30
2.3.5.3	ELEMENTOS NORMATIVOS.	30

2.3.6	CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS.	30
2.3.6.1	POR SU COMPOSICIÓN.	31
2.3.6.1.1	TIPOS NORMALES Y TIPOS ANORMALES.	31
2.3.6.2	POR SU ORDENACIÓN METODOLÓGICA.	31
2.3.6.2.1	FUNDAMENTALES O BÁSICOS.	31
2.3.6.2.2	ESPECIALES.	32
2.3.6.2.3	COMPLEMENTADOS.	32
2.3.6.3	EN FUNCIÓN DE SU AUTONOMÍA O INDEPENDENCIA.	32
2.3.6.3.1	AUTÓNOMOS O INDEPENDIENTES.	32
2.3.6.3.2	SUBORDINADOS.	33
2.3.6.4	POR SU FORMULACIÓN CASUÍSTICA.	33
2.3.6.4.1	DE FORMULACIÓN CASUÍSTICA.	33
2.3.6.4.2	ALTERNATIVAMENTE FORMADOS.	33
2.3.6.4.3	ACUMULATIVAMENTE FORMADOS.	33
2.3.6.4.4	DE FORMULACIÓN AMPLIA.	33
2.3.6.5	POR EL DAÑO QUE CAUSAN.	34
2.3.6.5.1	DE DAÑO.	34
2.3.6.5.2	DE PELIGRO.	34

CAPÍTULO III

	TEORÍA DEL DELITO, ELEMENTOS SUBJETIVOS	35
3.1	IMPUTABILIDAD Y SU AUSENCIA.	35
3.1.1	LA IMPUTABILIDAD.	35
3.1.1.1	ELEMENTOS DE LA IMPUTABILIDAD.	37
3.1.1.2	LA RESPONSABILIDAD.	37
3.1.1.3	LA INIMPUTABILIDAD.	38
3.1.1.3.1	LAS CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.	38
3.1.1.4	ACCIONES LIBERE IN CAUSA.	39
3.2	LA CULPABILIDAD.	40

3.2.1	TEORÍA PSICOLOGISTA.	41
3.2.2	TEORÍA NORMATIVISTA.	42
3.2.3	FORMAS DE LA CULPABILIDAD.	43
3.2.4	DOLO Y SUS ELEMENTOS.	43
3.2.4.1	DOLO. DEFINICIÓN.	43
3.2.4.2	ELEMENTOS DEL DOLO.	44
3.2.4.2.1	LA REPRESENTACIÓN Ó CONOCIMIENTO DEL HECHO QUE COMPRENDE.	44
3.2.4.2.2	SU VOLICIÓN.	45
3.2.5	LA CULPA Y LAS CLASES DE CULPA.	46
3.2.5.1	CONCEPTO DE CULPA.	46
3.2.5.2	CLASES DE CULPA SEGÚN LA DOCTRINA.	47
3.2.5.2.1	CULPA CONSCIENTE O CON PREVISIÓN.	47
3.2.5.2.2	Culpa inconsciente o sin previsión.	47
3.2.5.3	ELEMENTOS DE LA CULPA.	48
3.2.6	LA INCULPABILIDAD.	48
3.2.6.1	ERROR Y SUS CLASES.	50
3.2.6.1.1	ERROR ESENCIAL DE HECHO:	50
3.2.6.1.2	INVENCIBLE:	51
3.2.6.1.3	VENCIBLE:	51
3.2.6.1.4	ERROR ACCIDENTAL:	51
3.2.6.1.5	ABERRATIO ICTUS:	51
3.2.6.1.6	ABERRATIO IN PERSONA:	52
3.2.6.1.7	ABERRATIO DELICTI:	52
3.2.6.1.8	ERROR DE DERECHO.	52
3.2.6.1.9	LA COACCIÓN.	52

CAPÍTULO IV

	PERSONAS Y FAMILIA.	54
4.1	ACEPCIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA.	54

4.1.1	CAPACIDAD JURÍDICA.	54
4.2	PERSONAS FÍSICAS Y PERSONAS MORALES.	55
4.2.1	PERSONAS FÍSICAS.	55
4.2.2	PERSONAS MORALES.	55
4.3	EL DERECHO DE FAMILIA.	55
4.3.1	FAMILIA.	55
4.3.2	PARENTESCO.	57
4.4	PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO.	57
4.4.1	DEFINICIONES DE PATRIA POTESTAD.	58
4.4.2	FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD.	59
4.4.3	DERECHOS Y OBLIGACIONES DE QUIEN EJERCE LA PATRIA POTESTAD.	60
4.4.3.1	EN NUESTRA LEGISLACIÓN.	60
4.4.3.2	EDUCACIÓN.	60
4.4.3.3	REPRESENTACIÓN LEGAL.	62
4.4.3.4	ALIMENTOS.	62
4.4.3.5	ADMINISTRACIÓN	63
4.4.3.5.1	BIENES QUE ADQUIERE POR SU TRABAJO.	63
4.4.3.5.2	BIENES OBTENIDOS POR CUALQUIER OTRO CONCEPTO (ART. 481 C.C.)	64
4.4.3.6	USUFRUCTO.	66
4.4.3.6.1	EN EL CÓDIGO CIVIL MANEJA TRES FORMAS PARA QUE EXTINGA EL USUFRUCTO:	67
4.4.4	EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD PUEDE TERMINARSE, PERDERSE, SUSPENDERSE O EXCUSARSE.	68
4.4.5	CONTENIDO Y DEFINICIÓN.	69
4.4.5.1	FORMAS DE SUSPENDER Y ACABAR CON LA PATRIA POTESTAD.	69
4.4.5.1.1	SE EXTINGUE	69
4.4.5.1.2	SE SUSPENDE	70

4.4.6 LA PATRIA POTESTAD SE PIERDE.	70
-------------------------------------	----

CAPÍTULO V

ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.	72
5.1 ANTECEDENTES DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.	72
5.2 CONCEPTO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.	72
5.3 ELEMENTOS DEL CONCEPTO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.	74
5.3.1 ACTO DE PODER U OMISIÓN.	74
5.3.2 RECURRENTE.	74
5.3.3 INTENCIONAL.	74
5.3.4 CÍCLICO.	74
5.3.5 IMPLICA UN ACTO DE PODER O SOMETIMIENTO.	75
5.4 MODALIDADES DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.	75
5.4.1 DEFINICIÓN DE MALTRATO FÍSICO.	75
5.4.2 DEFINICIÓN DE MALTRATO PSICOEMOCIONAL.	76
5.4.3 DEFINICIÓN DE MALTRATO SEXUAL.	76
5.4.4 DEFINICIÓN DE VIOLENCIA FINANCIERA.	77
5.4.5 DEFINICIÓN DE MALTRATO INDIRECTO.	77
5.4.6 DEFINICIÓN DE GENERADORES Y RECEPTORES DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.	77
5.4.6.1 GENERADORES:	77
5.4.6.2 RECEPTORES:	77
5.5 ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.	78
5.5.1 ELEMENTOS DEL DELITO.	78
5.5.1.1 PÁRRAFO PRIMERO.	78
5.5.1.1.1 PRESUPUESTO DE LA CONDUCTA:	78
5.5.1.1.2 SUJETO ACTIVO.	78
5.5.1.1.3 SUJETO PASIVO.	78
5.5.1.1.4 CONDUCTA.	79

5.5.1.1.5 FINALIDAD.	79
5.5.1.2 PÁRRAFO SEGUNDO.	79
5.5.1.3 PÁRRAFO TERCERO.	79
5.5.1.4 PÁRRAFO CUARTO.	79
5.5.1.5 PÁRRAFO QUINTO.	80
5.5.2 CARACTERÍSTICAS DEL DELITO.	80
5.5.3 SUSPENSION O PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD DE ACUERDO AL CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.	80
5.5.4 SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD DE ACUERDO AL CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.	81

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

INTRODUCCION

Al entrar al estudio del derecho penal, específicamente a la teoría del delito y al apartado de los delitos en particular, se encuentra el tipo penal de violencia intrafamiliar, de reciente creación como tal, en nuestro sistema penal.

El código penal para el Estado de Guanajuato, en su artículo 221, establece:

A quien ejerza violencia física o moral contra una persona con la que tenga razón o parentesco, matrimonio, concubinato o análoga, se le impondrá de cuatro meses a cuatro años de prisión. Igual pena se aplicara cuando la violencia se ejerza contra quien no teniendo ninguna de las calidades anteriores cohabite en el mismo domicilio del activo.

Por lo tanto se desprende del anterior precepto el siguiente cuestionamiento
¿La determinación del grado de violencia intrafamiliar suficiente para la pérdida de la patria potestad debe quedar a la subjetividad del juez en materia penal?

Habiendo estudiado este tipo penal, es notoria la inexistencia de legislación vigente, en la cual se tenga especial interés en las personas que son sujetos pasivos de este delito ya que en la mayoría de los casos son menores que no tienen la posibilidad de evitarlo y menos aun de denunciarlo.

De lo anterior deriva que no debe quedar a la subjetividad del juez la determinación del grado de violencia intrafamiliar para la pérdida de la patria potestad en materia penal.

Para adentrar y desarrollar el tema tratado se realiza el presente trabajo de investigación de tesis profesional, el cual se inicia con el derecho penal generalidades, seguido de teoría del delito, elementos subjetivos, posteriormente el capítulo concerniente a personas y familia y por último análisis del tipo penal de violencia intrafamiliar.

CAPÍTULO I

DERECHO PENAL GENERALIDADES

1.1 EI DERECHO EN GENERAL. SU DEFINICIÓN.

El derecho se ha definido como un conjunto de normas jurídicas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad, las cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza de que dispone el Estado, y su fin mediato es la paz y seguridad sociales.

1.1.1 NECESIDAD DEL DERECHO PENAL

Todos los intereses que el derecho intenta proteger son de importancia incalculable; sin embargo, de entre ellos hay algunos cuya tutela debe ser asegurada a toda costa, por ser fundamentales en determinado tiempo y lugar para garantizar la supervivencia misma del orden social. Para lograr tal fin el estado está naturalmente facultado, a valerse de los medios adecuados, originándose así la necesidad y justificación del derecho penal, que por su naturaleza esencialmente punitiva, es capaz de crear y conservar el orden social.¹

La vía penal se convierte en un medio mucho más drástico, que cualquier otro, para lograr una adecuada convivencia social, fin último al que aspira el estado de derecho.²

1 Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos elementales de Derecho Penal. ed. 44 Ed. Porrúa México 2003. p. 17.

2 López Betancourt, Eduardo. Introducción al estudio del derecho Penal. ed, Cuarta ed. Porrúa México 1996. Pag.61.

1.2 CONCEPTO DE DERECHO PENAL.

Fernando Castellanos Tena ha definido al derecho penal como “la rama del derecho público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objetivo inmediato la creación y la conservación del orden social.”³

El derecho penal es una rama del derecho porque es un conjunto de normas jurídicas

La norma jurídica se ha definido como; toda regla de conducta de observancia obligatoria.

Elementos de la norma jurídica, la norma jurídico penal como todas las normas jurídicas se encuentra estructurada por dos elementos, al primero de ellos se le ha denominado supuesto o postulado de hecho y se traduce en el modelo de conducta que los hombres deben observar para poder vivir dentro de la colectividad pacíficamente; en cuanto al segundo elemento de la norma jurídica, es la consecuencia que se traduce en una sanción.

Características:

Bilateralidad.

Porque la norma jurídico penal concede derechos pero también impone obligaciones de manera correlativa.

Heteronomia.

Porque existe otra persona que nos puede imponer la norma aún en contra de nuestra voluntad y esa otra persona es el Estado.

Exterioridad.

Porque regula las manifestaciones de voluntad de los hombres hacia el exterior, manifestaciones que pueden ser acciones u omisiones.

3 Castellanos op.cit. p. 19

Coercibilidad.

Porque la norma jurídico penal en caso de no respetar su observancia, puede ser impuesta a través de la fuerza.

La diferencia de la norma jurídico penal con otras normas de derecho es que su consecuencia es una pena.

Es derecho público porque al cometerse un delito la relación jurídica material que surge de ello, se establece entre el Estado como soberano titular de jus puniendi y el presunto delincuente.

Se dice que es una rama del derecho público interno porque solamente se puede aplicar a todos los individuos siempre y cuando se encuentren dentro del territorio del Estado.

El derecho penal está dirigido a los súbditos, dentro de los límites jurisdiccionales del Estado por esa razón se le considera interno.

El derecho penal es relativo a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, porque la ley penal establece los delitos como aquellas conductas que son penalmente relevantes que afectan con mayor relevancia al orden social a través de la lesión del bien jurídico tutelado, conductas que son definidas por el legislador como conductas antijurídicas y las que se consideran delitos entendiendo por éste fenómeno jurídico social a la conducta, típicamente, antijurídica, imputable, culpable y punible.

Por pena debemos entender el castigo que impone el estado a todos aquellos sujetos que han llevado a cabo conductas delictuosas y que previamente han sido declaradas culpables.

Por medidas de seguridad se ha dicho que son sustitutos de la pena, cuya finalidad es la de evitar la comisión de delitos, siendo de ésta manera su fin de carácter curativo y preventivo.

Las medidas de seguridad intentan de modo fundamental la evitación de nuevos delitos, las medidas de seguridad recaen en una persona especialmente determinada en cada caso, por haber cometido una infracción típica, Fernando Castellanos insiste en que las medidas de seguridad miran solo a la peligrosidad y, por ende, pueden aplicarse no únicamente a los incapaces sino también a los seres normales susceptibles de ser dirigidos por los mandatos de la ley.⁴

Como ultimo elemento de la definición anterior de derecho penal, éste tiene y ha tenido la finalidad de regular o encauzar la conducta humana a fin de preservar el orden social; sin el cual todo intento de convivencia seria inútil.

El derecho penal constituye así, la forma más drástica de reacción en contra de aquellos sujetos que afectan los valores supremos de la sociedad, llamados también bienes jurídicos tutelados. De ahí que el derecho penal esta encauzado a la preservación del orden social, y es por ésta razón que el Estado es el encargado de perseguir los delitos a través del ministerio publico.

El derecho penal forma parte del derecho positivo Mexicano; es derecho vigente. Es de carácter público porque las sanciones impuestas por el Estado, son en razón de un interés público; el delito crea una relación jurídica entre el sujeto activo del delito y el Estado, en cuanto aquella facultad

4 López op. cit. p. 12

exclusiva del Estado de determinar los delitos, las penas y las medidas de seguridad.⁵

1.3 EL DERECHO PENAL EN SENTIDO OBJETIVO

Según Cuello Calón, Conjunto de normas jurídicas establecidas por el estado que determinan los delitos, las penas las medidas de seguridad con que aquellos son sancionados.

Desde el punto de vista de Pessina es el conjunto de principios relativos al castigo del delito

Según el autor Edmundo Mezger señala que el derecho penal objetivo es el conjunto de reglas que norman el ejercicio del poder punitivo del estado conectando en el delito como presupuesto, la pena como su consecuencia jurídica.

Para el autor Raúl Carranca y Trujillo, señala que es el conjunto de leyes mediante las cuales el estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación completa de las mismas a los casos de incriminación.

Para éste autor, el derecho penal debe valer para la defensa de la sociedad mediante la pena y las medidas de seguridad por la significación, valoración social y jurídica de la conducta humana, en los casos de violación a la ley impuesta por el estado para salvaguardar los intereses jurídicos comunes a sus miembros.

5 IDEM, P. 12.

1.3.1 EL DELITO. SU DEFINICIÓN.

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

Delito según Francisco Carrara.- El delito para el principal exponente de la escuela clásica se ha definido como, la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo moralmente imputable y políticamente dañoso.

Binding expuso que al cometerse el delito éste no resulta contrario a la ley, puesto que la conducta del sujeto activo se ajusta a lo previsto en la ley; lo que infringe dicho sujeto no es la ley sino la norma subyacente a ella.

Carlos Binding descubrió que el delito no es lo contrario a la ley, sino mas bien el acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal.⁶

Delito según Rafael Garófalo. Pretendió demostrar que el delito es un fenómeno o hecho natural resultado de factores hereditarios de causas físicas y fenómenos sociológicos. El jurista del positivismo define 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.

1.3.2 NOCIÓN JURÍDICA FORMAL DEL DELITO.

Para el jurista Edmundo Mezger, el delito es una acción punible; esto es, el conjunto de los presupuestos de la pena.

6 Vela Treviño Sergio. Antijuridicidad y Justificación, ed. tercera Ed. Trillas 1990 P.130.

Según el autor Mezger; en una definición jurídico sustancial afirma que el Delito es, una acción típicamente antijurídica y culpable.

Definición del delito según el artículo 7 del código penal federal; Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

Para Cuello Calón, es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible.

Para Jiménez de Asúa, El delito es típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.

1.4 EL DERECHO PENAL EN SENTIDO SUBJETIVO.

Se identifica con jus puniendi: El cual es el derecho a castigar. Según Cuello Calón, es el derecho del estado a determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad. Por lo tanto el derecho penal subjetivo es el conjunto de atribuciones del estado, emanadas de normas para determinar los casos en que deben imponerse las penas y medidas de seguridad.

El derecho penal adjetivo o instrumental también llamado derecho procesal penal.

El objeto del derecho penal adjetivo es señalar el camino a seguir en la imposición del derecho material y con mayor frecuencia recibe el nombre de derecho procesal entendiéndose por éste último el conjunto de normas relativas a la forma de aplicación de las reglas penales a casos particulares. Eusebio Gómez expresa que el derecho procesal penal regula el desenvolvimiento del proceso penal.

Según Manuel Rivera Silva, el derecho procesal penal es el conjunto de reglas que norma la actividad estatal que tiene por objeto el eslabonamiento del delito con la sanción.⁷

Relaciones del derecho penal con otras disciplinas jurídicas.

El derecho penal como una rama del derecho público interno, puede apreciarse desde dos puntos de vista; es una ciencia por que representa un conjunto de conocimientos ordenados, sistematizados con método y un objeto de estudio. Y es un conjunto de normas jurídicas las cuales representan obligatoriedad, entendiéndose por norma jurídica toda regla de conducta de observancia obligatoria.

Relación con el derecho constitucional.

El derecho penal es una disciplina que se relaciona con otras ciencias como son el derecho constitucional el cual tiene como finalidad establecer la forma y organización del estado y la fijación de los límites a la actividad del poder público frente a los particulares, estructura al estado y sus funciones y reconoce las garantías tanto individuales como de grupo por ello el derecho constitucional es quien señala al penal su órbita de acción, las orientaciones constitucionales marcan el cauce del derecho penal.⁸

Las ciencias penales están incluidas en una más amplia que es la criminología que según Bernardo de Quirós se encarga del estudio del delito considerado como fenómeno biológico y social, como algo vivo a la manera de la historia natural en toda su amplitud minuciosa.

La criminología representa, pues, el término de muchas ciencias penales, entre las cuales destacan la Antropología, la sociología, la endocrinología, la psicología y la estadística criminales.

7 Castellanos Tena Fernando ed. trigésima novena Ed. Porrúa México 1998 P. 23.

8 IBIDEM p p.17, 19,21 23.

Al lado de las disciplinas anteriores existen otras, conocidas bajo el nombre de ciencias auxiliares del derecho penal; entre ellas sobresalen la medicina legal y la criminalística.

La antropología Criminal, tiene por objeto el estudio del hombre delincuente; investiga las causas biológicas del delito, se le denominó también biología criminal, su representante es el italiano Cesar Lombroso, con su obra "El hombre delincuente" la doctrina lombrosiana descansa en tres puntos fundamentales explicativos de la delincuencia, que son, el atavismo, la locura moral y la epilepsia.

La sociología criminal, estudia la delincuencia desde el punto de vista social, pretende hallar sus causas mas que en el factor personal, en el medio ambiente.

La endocrinología criminal propiamente aparece como ciencia en el siglo XX tal disciplina intenta descubrir el origen de la delincuencia en el funcionamiento de las glándulas de secreción interna, trata de demostrar la decisiva influencia de las hormonas en la aparición del delito.

La psicología criminal, es en realidad una rama de la antropología criminal estudia al hombre delincuente en sus caracteres psíquicos.

La estadística criminal da a conocer las relaciones de causalidad existentes entre determinadas condiciones personales, determinados fenómenos físicos y sociales y la criminalidad, mediante la estadística criminal es posible llegar a generalizaciones en materia de delitos en una región dada y en un cierto momento histórico, a pesar de la utilidad de sus conclusiones deben ser tomadas con ciertas restricciones porque el delito por su carácter complejo, no puede ser manejado exclusivamente con base en datos estadísticos.

Las principales ciencias auxiliares del derecho penal, son la medicina legal; la cual tiene por objeto poner al servicio de la administración de la justicia penal los conocimientos y las técnicas médico quirúrgicas y la criminalística, ya que en la investigación de infinidad de delitos y en el tratamiento de los delincuentes, se requiere el auxilio de médicos forenses sobre todo con relación a los llamados delitos de sangre, así como en los de tipo sexual.

La psiquiatría medico legal, es una especialidad dentro de la medicina legal y tiene por objeto el estudio de los sujetos del delito en sus funciones psíquicas e indica los tratamientos adecuados para los que padecen enfermedades o anomalías mentales.

La criminalística según Cuello Calón, está constituida por un conjunto de conocimientos encaminados al hallazgo de los delincuentes, al conocimiento del modus operandi del delito y al descubrimiento de las pruebas y de los procedimientos para utilizarlas.

CAPÍTULO II

TEORÍA DEL DELITO, ELEMENTOS OBJETIVOS

2.1 LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA.

2.1.1 CONCEPTO DE CONDUCTA.

La conducta es un elemento básico del delito, y para expresar este elemento objetivo del delito se han utilizado diversas denominaciones; algunos autores le llaman conducta, otros acción, así como también se le ha llamado hecho e incluso acto. Nosotros le llamaremos conducta atendiendo lo establecido por nuestro código penal sustantivo cuando define el delito.

Fernando Castellanos Tena, define a este elemento como comportamiento humano voluntario positivo o negativo encaminado a un propósito.

Como movimiento corporal positivo o negativo ante todo debe ser voluntario esto se traduce en que la voluntad debe manifestarse hacia el exterior con movimientos positivos o negativos los cuales deben ser la consecuencia de la manifestación de voluntad. Un movimiento corporal que no obedezca a la voluntad, no puede ser considerado en ninguna forma como una conducta, supuesto en el que faltaría el rector indispensable para que el movimiento corporal pueda ser considerado como conducta; la voluntad se ha definido como la capacidad del ser humano, que implica la manifestación del querer.

Movimiento corporal porque es una tracción de los músculos que se traduce en esos movimientos corporales que pueden ser positivos o negativos, si son positivos, tenemos una acción, si son negativos tenemos una omisión y que necesariamente tanto la acción como la omisión tienen que ser voluntarios entendiéndose como voluntad, la capacidad de autodeterminación del hombre todo ello como factor que desencadena el nexo causal o sea vínculo

que une a la conducta como causa con el resultado como efecto, entendiéndose por resultado la modificación del mundo exterior o la puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

Según Liszt, definición del sistema clásico; Es el movimiento corporal voluntario positivo o negativo desencadenante del proceso causal que modifica el mundo exterior.

2.1.2 CLASES DE CONDUCTA.

La definición de Liszt expresa movimientos corporales voluntarios los cuales pueden ser valorados de dos maneras, desde un punto de vista positivo en la conducta y desde un punto de vista negativo en la conducta en la primera se manifiesta un hacer positivo, es decir, una acción misma que cuando viola una norma prohibitiva se convierte en comisión, en tanto que en la segunda, tendremos una abstención, un no hacer y cuando con ello se viola una norma dispositiva que nos ordena nos encontramos ante una omisión.

Con lo anteriormente expuesto surge la primera clasificación de los delitos que comprende los delitos de comisión y los delitos de omisión, se considera por algunos autores una tercera forma de aparición de la conducta, a través de la violación de una norma dispositiva se viola una norma prohibitiva a la cual se le nombró omisión impropia.

La voluntad representa en la conducta un factor básico, porque su manifestación hacia el exterior se convierte en conducta, por consecuencia existe un nexo causal entre la voluntad y el movimiento corporal positivo o negativo y entre ésta y el resultado que es la modificación del mundo exterior.

2.1.3 ACCIÓN, SUS ELEMENTOS.

La acción; la conducta puede manifestarse mediante hechos positivos o negativos es decir; por actos o por abstenciones, el acto o la acción, stricto sensu es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación.

Para Cuello Calón, los elementos de la acción son un acto de voluntad y una actividad corporal. Para Edmundo Mezger en la acción se encuentran los siguientes elementos: un querer del agente, un hacer del agente y una relación de causalidad entre el querer y el hacer.

En los delitos de acción se hace lo prohibido se infringe una ley prohibitiva, en los delitos de omisión se abstiene de un hacer y de ésta manera se viola una ley dispositiva.

De acuerdo a lo anteriormente descrito al igual que en la acción en la omisión existe una manifestación de voluntad que es traducida en un no actuar en consecuencia los elementos de la omisión son:

- 1) Voluntad; no efectuar la acción ordenada por el derecho.
- 2) Inactividad; la cual esta ligada a otro elemento que es el psicológico, ya que el sujeto no lleva a cabo el acto a cuya realización estaba obligado.

2.1.4 COMISIÓN, SUS ELEMENTOS.

El acto o la acción stricto sensu, es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior, modificación que trae como consecuencia la lesión del bien jurídico tutelado o bien poner al bien jurídico tutelado en la posibilidad de ser lesionado.

Según Cuello Calón, la acción en sentido estricto es el movimiento corporal voluntario encaminado a producir un resultado que consiste en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que el bien jurídico tutelado resulte lesionado.⁹

Para Cuello Calón, los elementos de la acción son un acto de voluntad y una actividad corporal. Para Edmundo Mezger en la acción se encuentran los siguientes elementos: a) Un querer del agente, b) Un hacer del agente c) una relación de causalidad entre el querer y el hacer. La omisión consiste en un dejar de hacer, es una abstención, es una forma negativa de la acción.

2.1.5 OMISIÓN, SUS ELEMENTOS.

De acuerdo con Cuello Calón, la omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la ley penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado.¹⁰

Según Eusebio Gómez son delitos de omisión aquellos en los que las condiciones de donde deriva su resultado reconocen como base determinante la falta de observancia por parte del sujeto de un precepto obligatorio.¹¹

2.1.6 COMISIÓN POR OMISIÓN.

Dentro de la omisión debe distinguirse la omisión simple u omisión propia de la comisión por omisión u omisión impropia. Según el autor Porte Petit los elementos de la omisión propia son:

- 1) La voluntad o no voluntad como sucede en los delitos de olvido,

9 Derecho penal Tomo I P. 271 8 edición

10 Parte General del Derecho Penal tomo I P. 416, 1939.

11 Tratado de derecho penal, tomo I P. 416, 1938.

- 2) La inactividad, y;
- 3) Deber jurídico de obrar, con una finalidad de un resultado típico.

Dentro de la comisión por omisión hay una doble violación de deberes; de obrar y de abstenerse, y por ello se infringen dos normas; que son por un lado una norma preceptiva y otra prohibitiva.

Existe un delito de comisión por omisión cuando se produce un resultado típico y material, por un hacer, voluntario o culposo como los delitos de olvido en los cuales se viola una norma preceptiva penal o de otra rama del derecho y una norma prohibitiva.

Tanto en la omisión simple como en la comisión por omisión aparecen los elementos de la voluntad e inactividad más en la comisión por omisión aparecen otros dos factores como son:

- 1) Un resultado material (típico) y,
- 2) Una relación de causalidad entre dicho resultado y la abstención.

2.1.7 AUSENCIA DE CONDUCTA.

La conducta como elemento objetivo del delito tiene su aspecto negativo, que se traduce en la falta o ausencia de conducta, y en él está implícita la falta de voluntad ya que en éste caso el movimiento corporal no corresponde a la voluntad, por tanto, no habrá conducta y al no haber conducta no existirá el delito.

Las causas que originan la falta de conducta son las siguientes:

1. Bis mayor o fuerza de la naturaleza.
2. Bis Absoluta o fuerza física irresistible.
3. Impedimento físico.
4. Cualquier otra causa que anule la voluntad.

- 1) Bis mayor o fuerza de la naturaleza,
- 2) Bis Absoluta o fuerza física irresistible en donde el sujeto también se mueve como consecuencia de una fuerza superior sin que exista voluntad, fuerza proveniente de otro ser humano.
- 3) Impedimento físico, que se tiene cuando un sujeto en contra de su voluntad no se puede mover por tener un obstáculo insuperable y evitar la comisión de algún delito y;
- 4) Cualquier otra causa que anule la voluntad, la cual se encuentra establecida en nuestro código penal sustantivo para el Estado de Guanajuato.

Respecto al artículo 33 de nuestro código penal sustantivo para el Estado de Guanajuato en su fracción primera señala en relación con la ausencia de conducta lo siguiente:

El delito se excluye; cuando se realice sin la intervención de la voluntad del agente.

En cuanto a la legislación anterior a la reforma del código en mención establecía en su artículo dieciséis, “No existe conducta cuando se viola la ley penal por fuerza física irresistible, impedimento físico, fuerza mayor o en cualquier otro caso en que haya ausencia de voluntad del agente”.

2.2 LA TIPICIDAD Y SU AUSENCIA.

2.2.1 IDEAS GENERALES DEL TIPO Y LA TIPICIDAD.

En 1906 Ernesto Beling publica en Alemania su obra La teoría del tipo penal, en la cual considera el tipo como una mera descripción en abstracto de la conducta que se considera delito. Posteriormente Max Ernesto Mayer, en 1915 asegura que la tipicidad, no es meramente descriptiva sino indiciaria que la antijuridicidad, en otras palabras no toda conducta típica es antijurídica pero si toda conducta típica es indiciaria de antijuridicidad en toda conducta típica hay un principio una posibilidad de antijuridicidad. Para Edmundo Mezger, el tipo no es simple descripción de conducta antijurídica, sino la ratio Escendi de la antijuridicidad; es decir la razón de ser de ello, su real fundamento.¹²

Siendo la primera característica de la conducta para ser punible. Es el segundo elemento objetivo del delito. Juicio de valor que realiza sobre una conducta considerada desde el punto de vista objetivo. Así mismo podemos considerar la tipicidad como la adecuación o el encuadramiento de la conducta dada en la realidad con la descrita en abstracto por el tipo penal.¹³

La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es, en suma la acuñación a adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa.

Para Celestino Porte Petit la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la formula nullum crimen sine tipo.

12 Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos elementales de Derecho Penal. ed. 44 Ed. Porrúa México 2003. p.168

13 Gutiérrez Negrete Francisco apuntes de derecho penal 1999

2.2.2 FUNCIÓN DE LA TIPICIDAD.

Si admitimos que el tipo es la razón de ser de la antijuridicidad, hemos de atribuirle un carácter delimitador y de trascendental importancia por no haber delito sin tipo legal (nullum crimen sine lege equivalente a nullum crimen sine tipo). Para Luis Jiménez de Asúa, la tipicidad desempeña una función predominantemente descriptiva que singulariza su valor dentro de las características del delito y se relaciona con la antijuridicidad por concretarla en el ámbito penal.

2.2.2.1 TIPO.

Beling lo define como, la descripción en abstracto de la conducta penalmente relevante o que se considera delito.

Así mismo lo define también como la descripción de una conducta desprovista de valoración

2.2.2.2 TIPO DEFINICIÓN:

Es la descripción en abstracto de la conducta que se considera delito.

Javier Alba Muñoz lo considera como descripción legal de la conducta y del resultado y, por ende, acción y resultado quedan comprendidos en él.

Según Kelsen 1935, Descripción en abstracto de la conducta penalmente relevante.

2.2.3 ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y EL CUERPO DEL DELITO.

Al cuerpo del delito se le han dado acepciones diferentes. Ya que algunos autores afirman que el cuerpo del delito es el delito mismo; otros consideran que el cuerpo del delito se encuentra constituido por el conjunto de elementos materiales e inmateriales que comprende la definición legal.¹⁴

Existen 4 corrientes sobre lo que es el cuerpo del delito.

- 1) Son los elementos objetivos del tipo.
- 2) Son los elementos objetivos del delito.
- 3) Es el instrumento con que se comete el delito.
- 4) Es sobre quien recae la conducta delictuosa.

El cuerpo del delito se identifica con los elementos objetivos del tipo la diferencia entre ambos es; que el cuerpo del delito es un concepto procedimental, mientras que los elementos objetivos del tipo es un concepto de derecho sustantivo.

Artículo 158 Párrafo II:

Se entenderá por cuerpo del delito el conjunto de elementos que su integración requiera, de acuerdo a su definición legal.¹⁵

2.2.4 ATIPICIDAD.

Se da cuando la conducta no encuadra en el tipo por faltar uno o varios elementos que el tipo penal exige para poder tipificar.

Tiene lugar cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo penal, se presenta entonces éste aspecto negativo del delito.

14 Borja Osorno, Guillermo Derecho procesal penal, primera edición Editorial Cajica, México 1985.

15 Apuntes de derecho penal agosto 2001

La atipicidad aparece cuando falte alguno de los elementos del tipo y de ésta manera encontramos los siguientes:

- 1) Falta de bien jurídico tutelado.
- 2) Falta de calidad, o del número en cuanto a sujetos activos o pasivos que exija el tipo.
- 3) No exista manifestación de voluntad.
- 4) No se dé el resultado previsto por el tipo.
- 5) No exista relación causal.
- 6) Por ausencia de los medios, formas o circunstancias previstas en la ley.
- 7) Por falta de modalidades de tiempo, lugar u ocasión que exija el tipo.
- 8) Por falta de objeto material y objeto jurídico.
- 9) Por falta de los elementos subjetivos.
- 10) Por falta de los elementos objetivos.
- 11) Por falta de los elementos normativos.

2.2.5 AUSENCIA DE TIPO.

Es cuando no existe tipo penal, es decir, que el legislador no ha definido la conducta que se considera delictuosa. No hay tipo.

2.2.6 TÍPICO-TÍPICA.

Es el resultado del juicio de la tipicidad, es decir que cuando la conducta encuadra en el tipo penal por reunir los elementos que el mismo exige, entonces tendremos tipicidad consecuentemente a la conducta misma se le denomina conducta típica.¹⁶

16 Apuntes de derecho penal

2.2.7 EL TIPO PENAL DE BELING.

Ernest Von Beling en su obra Teoría del tipo penal 1906, introduce a la definición del delito un elemento más que es la tipicidad y consecuentemente el concepto de tipo. El tipo penal de Beling, como descripción en abstracto de la conducta penalmente relevante, era un tipo penal avaloradamente neutro, por ser un elemento autónomo que no estaba relacionado con los juicios de valor de la antijuridicidad ni de la culpabilidad, puramente descriptivo porque define conductas y objetivo porque solamente contiene elementos objetivos.¹⁷

2.3 ANTIJURIDICIDAD Y SU AUSENCIA.

2.3.1 ANTIJURIDICIDAD. DEFINICIÓN.

Es la relación de contradicción entre la conducta típica y el orden jurídico.

Tesis Max Ernesto Mayer. Dice que la antijuridicidad es la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el estado. Mayer pretende dar un contenido ético a un concepto eminentemente jurídico; para él, la norma cultural comprende costumbres, valoraciones, sentimientos patrios, religiosos.

Es un juicio de valor con el cual se desvalora la conducta típica pero desde el punto de vista objetivo, implica necesariamente la existencia de una conducta de la tipicidad –conducta voluntaria-

¹⁷ Tratado de derecho penal p. 375.

2.3.2 ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL.

La antijuridicidad constituye un concepto unitario, es el resultado de un juicio sustancial. Sin embargo, Franz Von Liszt ha elaborado una doctrina dualista de la antijuridicidad. El acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el estado (oposición a la ley) y materialmente antijurídico cuando signifique contradicción a los intereses colectivos.

Según Cuello Calón, hay en la antijuridicidad un doble aspecto: la rebeldía contra la norma jurídica (antijuridicidad formal) y el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía (antijuridicidad material). Según Villalobos la infracción de las leyes significa una antijuridicidad formal y el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan constituye la antijuridicidad material.

2.3.3 AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD.

Puede ocurrir que la conducta típica esté en aparente oposición al derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación. Luego las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad.

2.3.4 CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

Las causas de justificación, son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica.

Representan un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber; la antijuridicidad. En tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a derecho.

Entre las causas de justificación encontramos las siguientes:

- a) Legítima defensa.
- b) Estado de necesidad.
- c) Cumplimiento de un deber y Ejercicio de un derecho.
- d) Consentimiento del titular del bien jurídico afectado.

2.3.4.1 LEGÍTIMA DEFENSA.

Es una de las causas de justificación de mayor importancia.

Para Cuello Calón es legítima la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor.

Franz Von Liszt: se legitima la defensa necesaria para repeler una agresión actual y contraria a derecho mediante una agresión contra el atacante.

Luis Jiménez de Asúa: es la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios.

Al respecto el código penal para el estado de Guanajuato en su artículo 33 fracción V nos señala: cuando se obre en defensa de bienes jurídicos, propios o ajenos contra agresión ilegítima, actual o inminente, siempre que exista necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla o impedirla.

Para la escuela clásica, la defensa legítima descansa en la necesidad ante la imposibilidad de que en un momento dado el estado acuda en auxilio del

injustamente atacado para evitar la consumación de la agresión, es lícito y justo que el se defienda.

De tal manera que la defensa privada es sustitutiva de la pública.

Para Hegel si la agresión injusta es la negación de derecho, la legítima defensa es la negación de esa negación y, por lo tanto, la afirmación del derecho siendo su fin la anulación de la injusticia.

Como elementos de la Legítima defensa se establecen los siguientes:

- 1) Una agresión injusta y actual.
- 2) Un peligro inminente de daño derivado de la agresión sobre bienes jurídicamente tutelados.
- 3) Repulsa de dicha agresión.

2.3.4.2 ESTADO DE NECESIDAD.

Es el peligro actual o inminente para bienes jurídicamente protegidos que sólo pueden evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados pertenecientes a otra persona (Cuello Calón).

Es una situación de peligro para un bien jurídico (Sebastián Soler).

Von Liszt afirma que el estado de necesidad es una situación de peligro actual para los intereses protegidos por el derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos.

Para Carrancá y Trujillo, el estado de necesidad difiere de la legítima defensa en que constituye en si mismo una acción o ataque en tanto la defensa es reacción contraria al ataque. Por eso se le ha llamado ataque legitimado, en oposición a la legítima defensa en contra ataque. Mientras en el estado de

necesidad la lesión es sobre bienes de un inocente en la legítima defensa recae sobre bienes de un injusto agresor.

Habiendo en la legítima defensa una agresión en el estado de necesidad hay ausencia de ella. Por otro lado existe diferencia en el ataque de un bien y una agresión.

La legitima defensa crea una lucha, una situación de choque entre un interés ilegítimo (la agresión) y otro lícito (la reacción contra ataque o defensa) en el estado de necesidad no existe tal lucha, sino un conflicto entre intereses legítimos.

Elementos del estado de necesidad:

- 1) Una situación de peligro real, actual o inminente.
- 2) Que ese peligro no haya sido ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente.
- 3) Que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado, propio o ajeno; un ataque de parte de quien se encuentra en el estado necesario.
- 4) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.

Según Pavón Vasconcelos los elementos del estado de necesidad son los siguientes:¹⁸

- 1) Un peligro real, grave e inminente.
- 2) Ese peligro debe recaer sobre algunos bienes jurídicos (propia persona sus bienes o la persona o bienes de otros).
- 3) Que el peligro no haya sido provocado dolosamente.
- 4) Que se lesione o se destruya un bien protegido por el derecho.

18 Manual de derecho penal mexicano p.326 ed. 6° Ed. Porrúa 1984

5) No existencia de otro medio practicable y menos perjudicial.

2.3.4.3 CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO.

Dentro de éstas pueden comprenderse, como formas específicas, las lesiones y el homicidio cometidos en los deportes o como consecuencia del tratamiento medico quirúrgico y un tipo de lesiones inferidas con motivo del ejercicio del derecho de corregir (quienes ejercen la patria potestad o la tutela, siempre y cuando sean las comprendidas en las que tardan en sanar más de quince días y no pongan en peligro la vida).

2.3.4.4 CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DEL BIEN JURÍDICO AFECTADO.

Respecto de él, nuestro código penal en su artículo 33, fracción IV nos establece como causa de justificación “se actúe con el consentimiento válido del sujeto pasivo siempre que el bien jurídico afectado sea de aquellos de que puedan disponer lícitamente los particulares.

Se entiende por consentimiento la manifestación de voluntad del sujeto pasivo para que el bien jurídico tutelado se vea afectado por la conducta ilícita del sujeto activo; indudablemente que se trata de una manifestación de voluntad pero para que ello obre como causa de justificación dicho consentimiento del sujeto pasivo debe ser válido para lo cual es necesario que se exprese por el titular del bien jurídico tutelado, que se haga por una persona que este sana mentalmente, y naturalmente que no existan vicios en la manifestación de la voluntad de dicho consentimiento, es decir que no haya error, mala fe ni violencia física o violencia moral, la manera en que puede ser manifestado el consentimiento es tácita y expresa; dicha manifestación de voluntad debe expresarse en relación a los bienes jurídicos tutelados que se encuentran a disposición de los particulares y como se

puede apreciar en el mencionado texto normativo nuestra ley no hace mención de cuales son los mismos, para que el consentimiento obre como causa de justificación, no obstante ello podemos mencionar algunos bienes jurídicos tutelados que están a disposición de los particulares como tales podemos considerar los siguientes:

- a) En el tipo penal de lesiones; el sujeto pasivo puede manifestar su voluntad que obra como causa de justificación en las lesiones provocadas por operaciones quirúrgicas.
- b) En el tipo penal de allanamiento de morada aquí el sujeto pasivo puede manifestar su voluntad para que el activo se introduzca en su casa habitación o en sus accesiones.

Estos son sólo algunos ejemplos en que puede operar el consentimiento válido del sujeto pasivo como causa de justificación.¹⁹

2.3.5 ELEMENTOS DEL TIPO.

El tipo penal contiene elementos objetivos, elementos subjetivos y normativos. Si la ley emplea palabras con un significado apreciable por los sentidos, tales vocablos son elementos objetivos del tipo, cuando las frases utilizadas por el legislador tienen un significado que requiere ser valorado cultural y jurídicamente, constituye elementos normativos del tipo, y cuando la descripción legal contiene conceptos cuyo significado es un estado anímico del sujeto entonces estará en presencia de elementos subjetivos del tipo.

19 Cardona Arizmendi Enrique, Código Penal Comentado del Estado de Guanajuato. ed. 3. Ed. Orlando Cárdenas. Irapuato 2002. p. 234.

2.3.5.1 ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO PENAL.

2.3.5.1.1 CONDUCTA.

Es un movimiento corporal voluntario positivo o negativo.

El sujeto de la conducta.

Sólo la conducta humana tiene relevancia para el derecho penal. El acto y la omisión deben corresponder al hombre, porque únicamente es posible sujeto activo de las infracciones penales, es el único ser capaz de voluntariedad

El sujeto pasivo.

El sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma.

2.3.5.1.2 RESULTADO.

Es la modificación del mundo exterior como consecuencia del movimiento corporal voluntario o la puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

2.3.5.1.3 NEXO CAUSAL.

Es el vínculo de relación causa efecto que debe existir entre el movimiento corporal voluntario y el resultado. Este elemento objetivo es el que le da el nombre al sistema clásico o causalista.

2.3.5.1.4 ESPECIALES FORMAS DE EJECUCIÓN.

Se refieren a los medios comisivos que algunos tipos penales requieren para poder tipificar, exigen que la conducta se desarrolle por un medio determinado, de tal manera que si no es así, no podremos tipificar.

2.3.5.1.5 MODALIDADES DE TIEMPO, LUGAR Y OCASIÓN.

Algunos tipos penales exigen que la conducta se desarrolle en un tiempo o lugar determinado.

2.3.5.1.6 SUJETOS: ACTIVO, PASIVO (CALIDAD Y NÚMERO).

Activo: Es el que desarrolla la conducta delictuosa.

Pasivo: es el titular del bien jurídico tutelado, que se ve afectado con la conducta delictuosa que por lo regular coincide con el ofendido, es la persona sobre quien recae la conducta.

Respecto de la calidad y número algunos tipos penales exigen en los sujetos una calidad ejemplo, ser padre, madre, hijo, ascendiente y en cuanto el número algunos tipos penales exigen pluralidad en los sujetos que desarrollan la conducta delictuosa, ejemplo, el tipo penal de asociación delictuosa.

2.3.5.1.7 OBJETO MATERIAL.

La persona o cosa sobre quien recae la conducta delictuosa.

Lo constituye la persona o cosa sobre quien recae el daño o peligro; la persona o cosa sobre la que se concreta la acción delictuosa.

2.3.5.1.8 OBJETO JURÍDICO.

Es el bien jurídico tutelado, que muchos autores han definido como el interés social jurídicamente protegido o tutelado, y éstos son los valores que crea la sociedad para poder vivir pacíficamente dentro de la colectividad.

Es el bien protegido por la ley y que el hecho o la omisión criminal lesionan.

2.3.5.2 ELEMENTOS SUBJETIVOS Y NORMATIVOS DEL TIPO PENAL.

Descubiertos Por Mayer en 1915, con base en Fisher y Hegel en 1911. Algunos tipos penales requieren cierto elemento subjetivo, a los cuales Mayer les llamo especiales elementos subjetivos del tipo que también es necesario acreditar cuando el tipo penal los exige y son los siguientes:

- a) Ánimos.
- b) Propósitos.
- c) Fines.
- d) Conocimientos.
- e) Saberes o sabiendas entre otros.

2.3.5.3 ELEMENTOS NORMATIVOS.

Mezger los llama así porque son juicios de valor que se dejan a la interpretación subjetiva del juez tomando en consideración lo que por ellos se entiende en la colectividad y dentro de ellos tenemos los siguientes:

- a) El honor.
- b) La honra.
- c) La castidad.
- d) La honestidad.
- e) La ageneidad de la cosa.

2.3.6 CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS.

Según Fernando Castellanos:

- Normales.
- Anormales.
- Fundamentales o básicos.
- Complementados.
- Especiales.
- Autónomos o independientes.

- Subordinados.
- Por su formulación casuística.
- Acumulativos.
- Alternativos.
- De formulación amplia.
- De daño.
- De peligro.
- De peligro presunto.

2.3.6.1 POR SU COMPOSICIÓN.

2.3.6.1.1 TIPOS NORMALES Y TIPOS ANORMALES.

Si las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas, se estará en presencia de un tipo normal, ejemplo, homicidio. Si se hace necesario establecer una valoración, ya sea cultural o jurídica, el tipo será anormal ejemplo, estupro.

La diferencia entre estos tipos penales se encuentra en que el primero contiene conceptos objetivos únicamente, y el segundo describe, además situaciones valoradas y subjetivas.

2.3.6.2 POR SU ORDENACIÓN METODOLÓGICA.

2.3.6.2.1 FUNDAMENTALES O BÁSICOS.

Los tipos básicos integran la espina dorsal del sistema de la parte especial del código, dentro del cuadro de los delitos contra la vida, es básico el del homicidio descrito en el artículo 138 de nuestro ordenamiento positivo. Según Luis Jiménez de Asúa, el tipo es básico cuando tiene plena independencia, no depende de otro para subsistir.

2.3.6.2.2 ESPECIALES.

Son los formados por el tipo fundamental y otros requisitos, cuya nueva existencia, dice Jiménez de Asúa, excluye la aplicación del básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial ejemplo, infanticidio.

2.3.6.2.3 COMPLEMENTADOS.

Estos tipos se integran con el fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta ejemplo, homicidio calificado por premeditación, alevosía etc.

Según Jiménez Huerta, se diferencian entre si los tipos especiales y complementados, en que los primeros excluyen la aplicación del tipo básico y los complementados presuponen su presencia, a la cual agrega, como aditamento, la norma en donde se contiene la suplementaria circunstancia o peculiaridad.

Los especiales y los complementados pueden ser agravados o privilegiados, según resulte o no un delito de mayor entidad. Así el homicidio en razón de parentesco o relación constituye un tipo especial agravado por sancionarse más severamente, mientras el aborto constituye uno especial privilegiado, por punirse menos enérgicamente que el básico de homicidio.

2.3.6.3 EN FUNCIÓN DE SU AUTONOMÍA O INDEPENDENCIA.

2.3.6.3.1 AUTÓNOMOS O INDEPENDIENTES.

Son los que tienen vida propia, sin depender de otro tipo ejemplo, robo simple.

2.3.6.3.2 SUBORDINADOS.

Dependen de otro tipo, por su carácter circunstanciado respecto al tipo básico, siempre autónomo, adquieren vida en razón de éste, al cual no sólo complementan, sino se subordinan ejemplo homicidio en riña.

2.3.6.4 POR SU FORMULACIÓN CASUÍSTICA.

2.3.6.4.1 DE FORMULACIÓN CASUÍSTICA.

Son aquellos en los cuales el legislador no describe una modalidad única sino varias formas de ejecutar el ilícito se clasifican en;

2.3.6.4.2 ALTERNATIVAMENTE FORMADOS.

Se prevén dos o mas hipótesis comisivas y el tipo se colma con cualquiera de ellas ejemplo, violencia intrafamiliar, para su tipificación se requiere que quien cometa este delito, ejerza violencia física o moral contra una persona que tenga una relación de parentesco, matrimonio concubinato o análoga.

2.3.6.4.3 ACUMULATIVAMENTE FORMADOS.

Se requiere el concurso de todas las hipótesis ejemplo, pandillerismo y asociación delictuosa.

2.3.6.4.4 DE FORMULACIÓN AMPLIA.

A diferencia de los tipos de formulación casuística, en los de formulación amplia se describe una hipótesis única, en donde caben todos los modos de ejecución ejemplo, homicidio simple.

2.3.6.5 POR EL DAÑO QUE CAUSAN.

2.3.6.5.1 DE DAÑO.

Se da cuando el tipo tutela los bienes frente a su destrucción o disminución ejemplo, homicidio, fraude.

2.3.6.5.2 DE PELIGRO.

Sucede cuando la tutela penal protege el bien contra la posibilidad de ser dañado ejemplo disparo de arma de fuego, omisión de auxilio.

CAPÍTULO III

TEORÍA DEL DELITO, ELEMENTOS SUBJETIVOS

3.1 IMPUTABILIDAD Y SU AUSENCIA.

3.1.1 LA IMPUTABILIDAD.

Para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad intervienen el conocimiento y la voluntad se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y querer determinarse en función de aquello que conoce, luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad.

Por eso a la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el derecho penal) se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito, según pretenden algunos especialistas.

La imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente. Es la capacidad de obrar en derecho penal, es decir, de realizar actos referidos al derecho penal que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción. Podemos definir la imputabilidad como la capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal.

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

La imputabilidad es, pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.

Comúnmente se afirma que la imputabilidad está determinada por un mínimo físico representado por la edad y otro psíquico consistente en la salud mental. Son dos aspectos de tipo psicológico: salud y desarrollo mentales; generalmente el desarrollo mental se relaciona estrechamente con la edad.

Con base en lo anterior, podemos decir que en la imputabilidad exige dos límites mínimos para su existencia:

Un límite físico, es decir, una edad mínima en la que el sujeto logra un desarrollo psíquico suficiente para podersele considerar imputable; un límite psíquico, o sea, la capacidad de entender y querer.

Así pues, en los ordenamientos punitivos, es usual encontrar que se es imputable, si se alcanza determinada edad en el momento de llevar a cabo la conducta típica, y si además satisface el límite psíquico exigido por la propia ley.

Y a la capacidad de entender se le considera en un plano intelectual, o de comprensión, y a la capacidad de querer, en un plano de voluntad.

De manera que un sujeto será imputable cuando esté sano y sea mayor de edad para el derecho penal, mayoría de edad que en nuestro código penal sustantivo para el estado de Guanajuato en su artículo 37 es de dieciséis años, lo cual se deduce al analizar éste artículo que a la letra dice “las personas menores de dieciséis años no serán responsables penalmente con arreglo a lo dispuesto en éste código, en ningún caso se les podrá imponer pena alguna.

3.1.1.1 ELEMENTOS DE LA IMPUTABILIDAD.

Lo constituyen un elemento intelectual que consiste en el saber, en el entender y comprender la ilicitud del hecho y de comportarse de acuerdo con esa comprensión.

Por lo que respecta al segundo de los elementos de la imputabilidad tenemos un elemento volitivo que se traduce precisamente en el querer, por consecuencia los elementos de la imputabilidad son; el querer y el entender en virtud de ello el sujeto imputable tiene la capacidad de querer y entender la ilicitud del hecho, y ello lo convierte en un sujeto imputable con capacidad mental para responder de sus actos ante el derecho penal; un ser imputable que tiene la capacidad para ser declarado culpable y de esta manera imponerle una pena siempre y cuando no exista una causa de inculpabilidad atendiendo también al principio de que a ningún sujeto se le puede imponer una pena, si previamente no es declarado culpable.

3.1.1.2 LA RESPONSABILIDAD.

Es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado.

Por otra parte se usa el término responsabilidad para significar la situación jurídica en que se coloca el autor de un acto típicamente contrario a derecho, si obró culpablemente: así los fallos judiciales suelen concluir con ésta declaración, teniendo al acusado como penalmente responsable del delito que motivó el proceso y señalando la pena respectiva.

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

3.1.1.3 LA INIMPUTABILIDAD.

Idea general sobre la inimputabilidad. Como la imputabilidad es soporte básico y esencialísimo de la culpabilidad, sin aquella no existe ésta y sin culpabilidad no puede configurarse el delito; luego la imputabilidad es indispensable para la formación de la figura delictiva. Las causas de inimputabilidad son, pues, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

Las causas de inimputabilidad serán aquellas que constituyen el aspecto negativo de la imputabilidad y se refiere en los casos en que el sujeto ha ejecutado una conducta típica y antijurídica, más no imputable porque no reúne el límite físico y psíquico que exige la ley.

Según nuestro código penal sustantivo para el estado de Guanajuato, las causas de inimputabilidad vendrán a ser todas aquellas en las que el sujeto al cometer el hecho no alcance la edad mínima que la ley le señale, o en su defecto que alcanzando esa edad no haya podido comprender el hecho o conducta que realizó, o bien, que habiendo comprendido dicha conducta o hecho no haya podido determinarse para ajustar esa conducta o hecho a los parámetros exigidos por la ley.

3.1.1.3.1 LAS CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.

- 1) Perturbación grave de la conciencia con base patológica.
- 2) Perturbación grave de la conciencia sin base patológica.
- 3) Desarrollo mental retardado o incompleto.
- 4) Minoría de edad.
- 5) Actos libere in causa (siempre y cuando la ingestión haya sido involuntaria).

Nuestro código penal sustantivo para el Estado de Guanajuato señala en su artículo 33, fracción VII como causas de inimputabilidad las siguientes:

Artículo 33 fracción VII:

El delito se excluye cuando: Al momento de realizar el hecho típico y por causa de enfermedad mental que perturbe gravemente la conciencia, de desarrollo psíquico incompleto o retardado o de grave perturbación de la conciencia sin base patológica, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión.

Entiendase por perturbación el sujeto que no tiene capacidad de querer, entender y comprender la ilicitud del hecho.

La perturbación grave de la conciencia con base patológica consiste en un trastorno de las facultades psíquicas dicho trastorno puede ser transitorio o permanente en dicha causal quedan comprendidos todos los enfermos mentales a excepción del psicópata.

El desarrollo mental incompleto o retardado comprende los sujetos oligofrénicos o con síndrome de Dawn entre otros.

La perturbación grave de la conciencia sin base patológica comprende entre otros los sujetos que por ingestión de alcohol y de drogas por accidente o sin voluntad de hacerlo, quedan perturbados gravemente de la conciencia.

3.1.1.4 ACCIONES LIBERE IN CAUSA.

La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho, pero en ocasiones el sujeto, antes de actuar, voluntaria o culposamente se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito.

A las acciones anteriores se les llama *liberae in causa* (libres en su causa, pero determinadas en cuanto a su efecto). Tal es el caso de quien decide cometer homicidio y para darse ánimo bebe con exceso y ejecuta el delito en estado de ebriedad. En éste caso sin duda alguna existe la imputabilidad; entre el acto voluntario (decisión de delinquir) y su resultado, hay un enlace causal. En el momento del impulso para el desarrollo de la cadena de la causalidad – dice Cuello Calón- el sujeto era imputable.

Si se acepta que al actuar el sujeto carecía de la capacidad necesaria para entender y querer, pero tal estado se procuró, dolosa o culposamente, se encuentra el fundamento de la imputabilidad en la acción o acto precedente, o sea aquel en el cual el individuo, sin carecer de tal capacidad, movió su voluntad o actuó culposamente para colocarse en una situación de inimputabilidad; por ello el resultado le es imputable y da base a declararlo culpable y, consiguientemente responsable, siendo acreedor a una pena.

3.2 LA CULPABILIDAD.

Una conducta será delictuosa no sólo cuando sea típica y antijurídica sino también culpable.

Para Porte Petit, la culpabilidad es nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto.²⁰

Posición sólo válida para la culpabilidad en los cuales, a título doloso, pero no comprende los delitos culposos o no intencionales en los cuales, por su naturaleza misma, no es posible querer el resultado; se caracterizan por la producción de un suceso no deseado por el agente ni directa, indirecta indeterminada o eventualmente, pero acaecido por la omisión de las cautelas

20 Reynoso Dávila Roberto Teoría General del Delito Ed. Porrúa ed. 24 México 1995. p. 192-193

o precauciones exigidas por el Estado. Por ello se considera a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.

El estudio de la culpabilidad es uno de los más complejos y difíciles en la teoría del delito, y a la vez uno de los más importantes. Cabe hacer referencia a lo que decía el maestro Franz Von Liszt, refiriéndose a la culpabilidad el cual menciona que por perfeccionamiento de la teoría de la culpabilidad, se mide el progreso del derecho penal.

Dos principales doctrinas ocupan el campo de la polémica sobre la naturaleza jurídica de la culpabilidad: la psicologista y la normativista.

3.2.1 TEORÍA PSICOLOGISTA.

Con Franz Von Liszt surge la teoría psicologista de la culpabilidad. Para ésta teoría, la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad.

La culpabilidad con base en ésta teoría, consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado; la esencia de la culpabilidad psicológica consiste en el proceso intelectual volitivo desarrollado por el autor del delito.

Por lo anterior para ésta teoría la imputabilidad era un presupuesto de la culpabilidad, y el dolo y la culpa son considerados como especies de culpabilidad; lo cual quiere decir que contiene dos elementos: uno volitivo o llamado emocional por Jiménez de Asúa, y otro intelectual. El primero indica la suma de dos quererres: de la conducta y del resultado, y el segundo indica el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.²¹

21 Porte Petit Celestino Tratado de Derecho Penal Ed. Jurídica Mexicana ed. 20 Ed. Porrúa México 1965 p.49

La denominación de Teoría psicologista se debe principalmente a los normativistas, los cuales así porque ellos rechazaban todo nexo que pudiera vincular lo espiritual y la relación moral entre el sujeto y el acto para estimar la exigencia del reproche social englobaban o encasillaban con éste calificativo a las teorías que no basan la razón de pedir cuentas en la mera oposición a la norma.

Beling es otro autor que se ha referido a la culpabilidad, la ubica dentro de esta teoría psicologista, pero posteriormente al realizar estudios sobre la culpabilidad encuentra una falla en la acción que según él en su interior no se parece a lo que en derecho podía esperarse, termina concibiendo a la culpabilidad como un juicio de desvalor sobre el lado interno de la acción.

3.2.2 TEORÍA NORMATIVISTA.

Para ésta teoría la razón de ser de la culpabilidad, lo constituye un juicio de reproche; una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada, la esencia del normativismo radica en fundamentar a la culpabilidad, o sea el juicio de reproche en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber. La exigibilidad sólo obliga a los imputables que en el caso concreto puedan comportarse conforme al deber.

Así la culpabilidad no nace en ausencia del poder comportarse de acuerdo con la exigibilidad normativo, por faltar un elemento básico del juicio de reprochabilidad.

El anterior juicio surge de la ponderación de dos términos por un lado una situación real, una conducta dolosa o culposa cuyo autor pudo haber evitado;

y, por la otra, un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme al derecho; es decir, el deber ser jurídico.

Para ésta nueva concepción, la culpabilidad no es simplemente una simple liga psicológica que existe entre el autor y el hecho, ni se debe ver sólo en la psiquis del autor; ya que es la valoración en un juicio de reproche de ese contenido psicológico, la culpabilidad pues, considerada como reprochabilidad de la conducta del sujeto al cometer el elemento delictivo, se fundamenta en la exigibilidad de una conducta o la luz del deber.

3.2.3 FORMAS DE LA CULPABILIDAD.

La culpabilidad reviste dos formas: dolo y culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia ó imprudencia. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo), o por descuidar las precauciones indispensables exigidas por el Estado para la vida gregaria (culpa).

3.2.4 DOLO Y SUS ELEMENTOS.

3.2.4.1 DOLO. DEFINICIÓN.

Según Eugenio Cuello Calón, el dolo consciente es la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso.

Luis Jiménez de Asúa, define el dolo como la producción de un resultado antijurídico con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo

exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.²²

3.2.4.2 ELEMENTOS DEL DOLO.

El dolo contiene un elemento ético y otro volitivo o emocional. El elemento ético está constituido por la conciencia de que se quebrante el deber. El volitivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto; en la volición del hecho típico.

Según el autor Cuello Calón los elementos del dolo son los siguientes:

3.2.4.2.1 LA REPRESENTACIÓN Ó CONOCIMIENTO DEL HECHO QUE COMPRENDE.

- a) El conocimiento de los elementos objetivos integrantes del hecho delictuoso, así como de los hechos que determinan una agravación de la pena, (salvo los casos de dudosa técnica jurídica pena, como lo son los llamados delitos cualificados por el resultado).
- b) El conocimiento de la significación del hecho respecto del orden jurídico, es decir, el conocimiento de la antijuridicidad del acto, bastando que su conciencia le advierta que ejecuta un hecho creyéndolo lícito, el que ignora su carácter delictivo, no obra dolosamente.
- c) El conocimiento del resultado, el efecto (daño ó peligro), que causara o podrá causar en el mundo exterior la acción u omisión del agente, pero no basta con que el efecto sea previsto, es necesario que sea querido por el agente.

22 Castellanos Tena Fernando, Lineamientos de Derecho Penal, 20ª edición, Editorial Porrúa, Mexico 1998 p.239.

3.2.4.2.2 SU VOLICIÓN.

Según la doctrina las clases de dolo son las siguientes ya que cada tratadista establece su propia clasificación de las especies dolosas:

3.2.4.2.2.1 DOLO DIRECTO.

Sucede cuando el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Hay voluntariedad en la conducta y querer del resultado. Según Cuello Calón, el dolo directo se da cuando el resultado corresponde a la intención del agente.

3.2.4.2.2.2 DOLO INDIRECTO.

Es conocido también como dolo de consecuencia necesaria, se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aún previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho.

3.2.4.2.2.3 DOLO INDETERMINADO.

Se da cuando el agente tiene la intención genérica de delinquir, sin proponerse causar un delito en especial.

3.2.4.2.2.4 DOLO EVENTUAL.

Sucede cuando el agente se representa como posible un resultado, y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho aceptando sus consecuencias.²³

²³ Castellanos op. cit. p, 239

3.2.4.2.2.5 CLASES DE DOLO SEGÚN EL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

El dolo directo y el dolo eventual, los cuales están señalados en el artículo 13 del código en mención que a su vez establece:

Artículo 13: Obra dolosamente quien quiere la realización del hecho legalmente tipificado ó lo acepta (directo) previéndolo al menos como posible (eventual).

3.2.5 LA CULPA Y LAS CLASES DE CULPA.

3.2.5.1 CONCEPTO DE CULPA.

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

Para Edmundo Mezger, actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado pudo prever.

Por lo tanto se considera que existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia las cautelas o precauciones legalmente exigidas, de aquí se derivan las dos clases de culpa, la consciente o con previsión y la inconsciente o sin previsión.

3.2.5.2 CLASES DE CULPA SEGÚN LA DOCTRINA.

3.2.5.2.1 CULPA CONSCIENTE O CON PREVISIÓN.

Existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino abriga la esperanza de su producción.

Como ejemplo de ésta especie de culpa puede citarse el caso del chofer de un vehículo que desea llegar puntualmente a un lugar determinado y conduce su coche a sabiendas de que los frenos funcionan defectuosamente, pero a pesar de que presenta la posibilidad de un atropellamiento conduce velozmente con la esperanza de que ningún transeúnte se cruce en su camino. Existe en su mente la previsión o conciencia de un posible resultado tipificado penalmente y a pesar de ello, confiado en la no realización del evento, desarrolla la conducta.

3.2.5.2.2 CULPA INCONSCIENTE O SIN PREVISIÓN.

Existe cuando no se prevé un resultado previsible (penalmente tipificado). Hay voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible.

Según Soler, para ejemplificar ésta clase de culpa señalaremos el caso de quien limpia una pistola en presencia de otras personas, sin medir el alcance de su conducta; se produce el disparo y resulta muerto ó lesionado uno de los que se hallaban en el lugar el evento era indudablemente predecible porque el sujeto sabe el peligro que representa el manejo de armas de fuego; sin embargo, el actuar del sujeto es torpe al no prever la posibilidad de un resultado que debió haber previsto y evitado.

Por lo que se refiere a los elementos de la culpa señalaremos los siguientes:

3.2.5.3 ELEMENTOS DE LA CULPA.

Por ser la conducta humana para la existencia del delito, ella constituirá al primer elemento; es decir un actuar voluntario (positivo ó negativo);

En segundo término que esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas ó precauciones exigidas por el estado; y

Tercero, los resultados del acto han de ser previsibles y evitables y tipificarse penalmente; por último,

Precisa una relación de causalidad entre el hacer ó no hacer iniciales y el resultado no querido. (Si el resultado es querido ó aceptado, sea directa, indirecta, indeterminada ó eventualmente, se estará en el caso de la imputación dolosa), por lo que es necesario establecer la diferencia entre el dolo y la culpa.²⁴

3.2.6 LA INCULPABILIDAD.

Inculpabilidad en el código penal sustantivo para el Estado de Guanajuato anterior a la reforma establecía;

Artículo 45.- No es culpable quien obrare bajo coacción o peligro de un mal actual y grave sea o no provocado por la acción de un tercero, cuando razonablemente no pueda exigírsele una conducta diversa.

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad y ésta opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad, que son conocimiento y la voluntad.

24 IBIDEM p.249

Jiménez de Asúa de acuerdo con su concepción normativa de la culpabilidad, sostiene que la inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto en el juicio de reproche.

Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia.

El problema de la inculpabilidad según Fernández Doblado, representa el examen último del aspecto negativo del delito. Así, solamente puede obrar a favor de la conducta de un sujeto una causa de inculpabilidad, cuando previamente no medió en lo externo una de justificación, ni en lo interno una de inimputabilidad.²⁵

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

En estricto rigor, las causas de inculpabilidad son el error esencial de hecho (ataca el elemento intelectual), y la coacción sobre la voluntad (afecta el elemento volitivo). Algo se anula o no puede integrarse, al faltar uno o más de sus elementos constitutivos. Si la culpabilidad se forma con el conocimiento y la voluntad, sólo habrá inculpabilidad en ausencia de cualquiera de los dos factores, o de ambos.

25 Culpabilidad y Error, p.49, México, 1950

En términos generales sistema clásico y neoclásico se señalan dos clases de inculpabilidad; el error y la coacción.

3.2.6.1 ERROR Y SUS CLASES.

El error es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad.

Según los escolásticos, la verdad es la adecuación entre lo que es una cosa y nuestra mente. El error, es un falso conocimiento de la realidad, un conocimiento incorrecto, se conoce, pero se conoce equivocadamente.

Tanto el error, como la ignorancia pueden constituir causas de inculpabilidad, que producen en el autor desconocimiento o un conocimiento equivocado sobre la antijuridicidad de su conducta; el obrar en tales condiciones revela la falta de malicia, de oposición subjetiva con el derecho y por lo mismo con los fines que el mismo propone realizar.

Mientras en el error se tiene una falsa apreciación de la realidad, en la ignorancia hay ausencia de conocimiento; en el error se conoce pero se conoce mal; en cambio la ignorancia es una laguna de nuestro entendimiento porque nada se conoce, ni errónea ni acertadamente.

3.2.6.1.1 ERROR ESENCIAL DE HECHO:

La falsa apreciación de la realidad, el error esencial de hecho para tener efectos eximentes de ser invencible; de lo contrario deja subsistente la culpa. En el error esencial el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente o sea que hay desconocimiento de la antijuridicidad de su conducta y por ello, constituye el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo.

3.2.6.1.2 INVENCIBLE:

Dentro del error de hecho esencial encontramos el error esencial invencible, que tiene lugar cuando un sujeto cree atípica su actuación, indudablemente la considera lícita, acorde con el derecho, siendo en realidad contraria al mismo. Dentro de ésta clase de error, el maestro Fernando Castellanos Tena, nos habla de eximentes putativas a las cuales define como “las situaciones en las cuales el agente en función de un error esencial de hecho insuperable cree fundadamente estar amparado por una causa de justificación o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita), sin serlo.

3.2.6.1.3 VENCIBLE:

El error de hecho esencial vencible es aquel en que la persona, tuvo la posibilidad y por ello debió prever el concepto equivoco que se formó. Este tipo de error excluye el delito, pero el sujeto responde por haber incurrido en una conducta culpable. (Elimina el dolo pero deja subsistente la culpa.)

3.2.6.1.4 ERROR ACCIDENTAL:

No es eximente.

El error de hecho accidental se presenta cuando el sujeto se equivoca, pero respecto de elementos no esenciales del delito, sino sobre circunstancias objetivas que son accidentales. En estos casos de error, la conducta es culpable a título de dolo, ya que su error se refiere a accidentes de la conducta típica.

3.2.6.1.5 ABERRATIO ICTUS:

Error en el golpe.

3.2.6.1.6 ABERRATIO IN PERSONA:

Sucede cuando el error versa sobre la persona objeto del delito.

3.2.6.1.7 ABERRATIO DELICTI:

Error en el delito.

3.2.6.1.8 ERROR DE DERECHO.

No produce efectos de eximente, porque el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación. La ignorancia de las leyes a nadie aprovecha. El error de derecho se refiere al error sobre la prohibición jurídica del tipo dolosamente ejecutado. Esto indudablemente que se encontraba establecido por nuestro código penal anterior, actualmente el error de derecho según el código penal actual tiene efectos de eximente generando inculpabilidad.²⁶

3.2.6.1.9 LA COACCIÓN.

La coacción es una de las causas de inculpabilidad que consiste en la existencia de un constreñimiento psicológico que afecta los elementos volitivos de la culpabilidad y que, por lo tanto la reprochabilidad de la conducta desaparece ante la coacción o la amenaza de un peligro grave dejándose al juzgador determinar en cada caso que decida si razonablemente no podía exigírsele una conducta diversa.

Fernando Castellanos señala que en la no exigibilidad de otra conducta se afecta el elemento volitivo de la culpabilidad, dentro de la cual quedaría comprendida la coacción tanto moral, como física, en la cual no podría exigirse un obrar diverso.

²⁶ Apuntes de derecho penal

La coacción física tiene lugar cuándo la fuerza se impone directamente sobre la persona.

La coacción moral, es la advertencia de inferir un daño en sus bienes jurídicos tutelados, tanto en el sujeto como en sus parientes, se está constriñendo la voluntad del agente para que cometa un hecho delictuoso.

Cardona y Ojeda en su obra señalan al definir la coacción que es una causa determinante de inculpabilidad por incidir en la fase en la fase volitiva y que integra la culpabilidad.²⁷

Por lo que respecta a la ignorancia, como aspecto negativo de la culpabilidad, el código penal sustantivo para el Estado de Guanajuato, establece:

Artículo 33.- El delito se excluye cuando:

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

- b) 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. (Error de derecho).²⁸

27 Culpabilidad y Error, p. 49, México, 1950.

28 Código Penal para el Estado de Guanajuato p.15

CAPÍTULO IV

PERSONAS Y FAMILIA.

4.1 ACEPCIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA.

En derecho, persona designa a todo ser capaz de tener derechos y obligaciones.

La palabra proviene del verbo personare, que en latín significa producir sonido; persona se denominaba la máscara, complementada con una especie de bocina con la finalidad de aumentar la voz, usada por los actores griegos y romanos. Por extensión, el término se utilizó para designar al actor y también al personaje que representaba.²⁹

Jurídicamente la doctrina ha definido a la persona como un sujeto de derechos y obligaciones, esto es, el ente al que el orden jurídico confiere la capacidad para que le puedan ser imputadas las consecuencias de derecho; o dicho en otras palabras, como todo ente capaz de ser titular de derechos y obligaciones.

4.1.1 CAPACIDAD JURÍDICA.

Es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones.

Personalidad jurídica.- Es la capacidad para poder actuar dentro del campo del derecho.

29 Morineau Iduarte Marta, Iglesias González Román, Derecho Romano cuarta edición Ed. Oxford pp. 61 y 62

4.2 PERSONAS FÍSICAS Y PERSONAS MORALES.

4.2.1 PERSONAS FÍSICAS.

Nuestro código civil para el Estado de Guanajuato en su artículo 20 las define como los individuos de la especie humana, desde que nacen hasta que mueren. Se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al registro civil.

4.2.2 PERSONAS MORALES.

Nuestro código civil para el Estado de Guanajuato en su artículo 24 menciona que son personas morales;

- I. La nación las entidades federativas y los municipios.
- II. Las corporaciones de carácter público y las fundaciones reconocidas por la ley.
- III. Las asociaciones y sociedades civiles y mercantiles.
- IV. Los sindicatos y demás asociaciones profesionales a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la constitución general de la republica.
- V. Los ejidos y las sociedades cooperativas y mutualistas.
- VI. Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos de recreo o cualquier otro fin lícito, siempre que no fueran desconocidas por la ley.
- VII. Todas las agrupaciones a las que la ley reconozca ese carácter.

4.3 EL DERECHO DE FAMILIA.

4.3.1 FAMILIA.

- I. (Del latín familia.) En sentido muy amplio, la familia es el grupo de personas entre quienes existe un parentesco de consanguinidad por

lejano que fuere. Esta noción por su propia vaguedad y su amplitud, no tiene efectos jurídicos.

La familia, en su forma evolucionada, se ha presentado unida a la institución del matrimonio que atribuye estabilidad al grupo formado como consecuencia del apareamiento del hombre y la mujer, aunque no se niega la posibilidad de que como un hecho existe y ha existido la familia fuera de matrimonio. En este caso se trata de un grupo familiar constituido en manera irregular fundada en la filiación; es decir, en las relaciones jurídicas entre padres e hijos sin que desde el punto de vista del derecho surjan relaciones familiares de los progenitores entre sí. Las que existan o puedan existir entre ellos, son de otra naturaleza, generalmente puramente afectivas y de consecuencias económicas.

De allí podemos concluir que la familia está constituida por el grupo de personas que proceden de un progenitor o tronco común (sentido amplio) y que las relaciones jurídicas que existen entre sus miembros tienen como fuente el matrimonio y la filiación matrimonial o extramatrimonial.³⁰

Las características del derecho de familia permiten diferenciar esta rama de todo el derecho patrimonial civil, mercantil, obrero o agrario.

Atendiendo a las características del derecho de familia, tanto por lo que se refiere a su aspecto no patrimonial, cuando por lo que atañe a su carácter de estatuto imperativo, irrenunciable fuera del campo de la autonomía de la voluntad, e integrando por normas de indiscutible interés público y superior,

30 Diccionario Jurídico 2000, Desarrollo Jurídico Copyright 2000, Todos los Derechos Reservados
DJ2K – 1930

consideramos que debe separarse del derecho civil, patrimonial, para integrar una rama autónoma dentro del derecho privado.³¹

4.3.2 PARENTESCO.

Nuestro código civil para el estado de Guanajuato en su artículo 346 establece que la ley no reconoce más parentesco que los de consanguinidad, afinidad y el civil.

Parentesco por consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.

Parentesco de afinidad es el que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón.

Parentesco civil es el que nace de la adopción plena o de la adopción simple.

En la adopción simple el parentesco existe entre el adoptante y el adoptado.

En la adopción plena el parentesco confiere los mismos derechos y obligaciones que los derivados del parentesco consanguíneo.

4.4 PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO.

La patria potestad pertenece al jefe de familia, quien la ejerce sobre sus descendientes, que forman la familia civil o agnática. En consecuencia, ésta patria potestad es ejercida por el ascendiente varón de mayor edad.

31 Rojína Villegas Rafael, Compendio de derecho civil, introducción personas y familia Ed Porrúa pp. 205 y 206.

4.4.1 DEFINICIONES DE PATRIA POTESTAD.

La patria potestad, viene del latín patrius, a um, lo relativo al padre, potesta, potestad.³²

Rafael de Pina define a la Patria Potestad como "Conjunto de las facultades que se supone también deberes conferidas a quienes la ejercen (padres, abuelos, adoptantes, según los casos) destinadas a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes.³³

Colín y Capitán, definen a la patria potestad como " El conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos, mientras son menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, de alimentación y educación a que están obligados".

Por su parte Planiol define la patria potestad como "El conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre, sobre la persona y bienes de sus hijos menores para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales".³⁴

- I. Institución que atribuye un conjunto de facultades y derechos a los ascendientes a fin de que puedan cumplir con las obligaciones que tienen para con sus descendientes.

José María Álvarez la definió en 1827 como "aquella autoridad y facultades que tanto el derecho de gentes como el civil conceden a los padres sobre sus hijos con el fin de que éstos sean convenientemente educados".

32 De Ibarrola Antonio, Derecho de familia, Ed Porrúa, S.A. P. 441 México, D.F.

33 De Pina Vara Rafael, Diccionario de derecho, Ed. Porrúa, S.A. México D.F. 1991 p.399

34 Planiol, Tratado elemental Tomo 11, p. 251

De 1827 a nuestros días el concepto no ha variado gran cosa: Galindo Garfias (p. 656) expresa que "es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y la maternidad".

La doctrina no es uniforme en cuanto a la naturaleza de la patria potestad. Algunos la definen como una institución, otros como una potestad y otros como una función. Lo importante, independientemente, de su naturaleza, es el objetivo de la misma: la asistencia, cuidado y protección de los menores no emancipados.

Es una institución que tiene su base u origen en la filiación, en la relación padres-hijos, ascendiente-descendiente.³⁵

4.4.2 FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD.

Son aquellas instituciones que crean la relación de dependencia de un alieni iuris respecto de un sui iuris:³⁶

Son las siguientes:

- El matrimonio.
- La adopción.
- La legitimación.

35 Op. Cit. Diccionario.

36 Morineau, Op .cit. (29) pp. 61 y 62.

4.4.3 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE QUIEN EJERCE LA PATRIA POTESTAD.

4.4.3.1 EN NUESTRA LEGISLACIÓN.

“los que ejercen la patria potestad tienen la obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos” también agrega que ni los padres ni los tutores tienen la obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia si probaren que les ha sido imposible evitarlos.

Este deber de vigilancia es para la formación de los hijos; se les vigila en la familia y fuera de ella, no sólo para evitar daños sino en plan de promoción humana.

Al hijo le corresponde la obediencia y el respeto como deberes para evitar la responsabilidad de los daños con cargo a quienes ejercen la potestad.

En cuanto a las facultades corresponde a los padres el derecho a la corrección y amonestación y a los hijos el derecho de ser protegidos.

4.4.3.2 EDUCACIÓN.

La ley señala que a las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente.

(Art.476 C.C.)

Zannoni nos dice que el deber de dar educación implica ocuparse de la formación física, espiritual y moral del menor, así como proporcionarle una profesión o actividad determinada, que represente utilidad al menor y a la sociedad que van a incidir sobre sus inclinaciones de la vida.

Lastan Vázquez refiriéndose a su naturaleza señala que el deber de los padres de educar a los hijos es un derecho natural. Basándose al igual que la patria potestad misma, en la naturaleza, que atribuyó a los progenitores la misión de formar a los hijos que procrean.

Pero ese deber es, al propio tiempo un derecho, constituyendo así una de las funciones integrantes de la patria potestad.

Frente a la comunidad y frente al estado, es donde la patria potestad se puede contemplar como un derecho subjetivo, y con base en el se puede afirmar el derecho de seleccionar y elegir la educación que corresponda para dar a sus hijos y para exigir al Estado que proporcione escuelas suficientes, etc.

En nuestro derecho aún cuando la educación está comprendida dentro del concepto de alimentos a ello se hace especial referencia en el código civil.

En el capítulo relativo a esta materia se determina que la educación mínima debe ser la secundaria y la preparación para que el menor tenga un medio de trabajo para bastarse así mismo.

Ese deber de educar implica forzosamente la conducta correctiva (Art. 477).

Para el cumplimiento del deber de educación la ley prevee los medios de obligar a quien no cumpla permitiendo que se denuncien éstas omisiones, a los consejos locales de tutelas para que éstas a su vez lo comuniquen al ministerio público que deberá promover lo que corresponda. Según el caso se amonestará o apercibirá a quien no cumpla, por el juez de lo familiar, o suspenderlo en el ejercicio de la patria potestad o inclusive hacerlo perder tal derecho.

4.4.3.3 REPRESENTACIÓN LEGAL.

Como los menores de edad son incapaces de ejercicio actuarán en su nombre los que ejercen la patria potestad (Art. 479 y 480). Es necesario el consentimiento del que ejerce la patria potestad para que comparezca en juicio y contraiga obligaciones.

El derecho se refiere a la persona y sus relaciones con los demás, y por lo tanto, debe tutelar a la persona y sus manifestaciones, cualidades y proyecciones. Existen diversos bienes que tutela el derecho bienes patrimoniales, económicos y no económicos, dentro de los cuales figuran los de la propia persona, llamados de la personalidad, éstos corresponden a la misma persona, el representante legal no podrá siquiera, sin especial razón impedir su ejercicio; el padre sólo se podrá oponer si es en perjuicio del menor. A todos éstos derechos existen situaciones en que se involucran quienes ejercen la patria potestad.

En segundo término nos referiremos a los efectos respecto de los bienes del menor:

- a) Administración de los bienes del menor y:
- b) Usufructo legal. (Relación económica patrimonial).

4.4.3.4 ALIMENTOS.

Dentro del título de la patria potestad no encontramos referencia a éstos, lo cual no significa que no exista el deber a cargo de los progenitores que ejercen la patria potestad. El deber de alimentar a los hijos menores es proclamado por la moral y exigido en las legislaciones positivas.

Esta obligación es recíproca, cuando los padres lo necesiten.

Hay solidaridad porque la patria potestad se ejerce por el padre y la madre (abuelo y abuela) y ambos contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos.

Los mismos comprenden comida, vestido, habitación y asistencia en caso de enfermedad.

Al incumplimiento de ese derecho corresponde la sanción de exigirse mediante la acción correspondiente ante los tribunales familiares competentes.

4.4.3.5 ADMINISTRACIÓN

Quienes ejercen la patria potestad tienen la administración legal de los bienes del hijo. Los menores no tienen plena capacidad pero eso no impide que sean titulares de derechos y propietarios de bienes, pero si carecen de capacidad para administrarlos y disponer de ellos, por lo cual necesitan ser representados legalmente, con facultades de administrador. Esto no se produce por un contrato, se basa en la propia naturaleza de la relación paterno filial fundamentada en la ley.

Tanto en la administración como en el usufructo, tenemos que distinguir los bienes del menor que pueden ser de dos clases:

4.4.3.5.1 BIENES QUE ADQUIERE POR SU TRABAJO.

Estos le pertenecen en propiedad, administración y usufructo. En consecuencia, con respecto a estos bienes, los que ejercen la patria potestad no tendrán ninguna injerencia (Art. 482 C.C.). No solamente tienen éstos bienes en propiedad, administración y usufructo sino también aquellos por voluntad del padre o de la ley.

En relación a estos bienes, se le tendrá como emancipado con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces. (Requiere autorización judicial).

4.4.3.5.2 BIENES OBTENIDOS POR CUALQUIER OTRO CONCEPTO (ART. 481 C.C.)

Pueden ser los obtenidos por herencia, legados, donaciones, azares de la fortuna, pertenecen en propiedad al menor, pero su administración corresponde a los que ejercen la patria potestad. Cuando la misma es compartida por la pareja de los padres, abuelos o adoptante, será administrador uno de los dos, decidido n común acuerdo por ambos; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

La facultad de quienes ejercen la patria potestad no se limita sólo a un poder general para administrar bienes en los términos del contrato de mandato; por tratarse de una administración legal comprende, adicionalmente el poder general para pleitos y cobranzas y también para ejercer actos de dominio.

Administrará los bienes y podrá enajenarlos, salvo excepciones que necesitan autorización judicial.

Representará a su hijo en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, sino es con el consentimiento expreso de su consorte, y con la autorización judicial cuando lo requiera la ley.

También tiene como obligación la rendición de cuentas, sin existir un periodo determinado para la rendición, pero si puede, exigirle. Este derecho lo tiene también el menor, cuando hubiere cumplido catorce años y al ministerio publico en todo caso.

Otra obligación es la de entregar a sus hijos, luego que estos se emancipen o lleguen a la mayoría de edad, todos los bienes y frutos que les pertenezcan.

Autorización judicial. La enajenación y el gravamen de bienes muebles e inmuebles preciosos del hijo. Solo puede hacerse previa autorización del juez competente y comprobado la necesidad o el evidente beneficio para el hijo. (Incluye el comodato).

El contrato de compraventa entre el padre e hijo solo se permite hacerlo en relación a los bienes adquiridos por su trabajo.

Para la cancelación del registro de gravámenes (hipoteca y Prenda) hechos a favor de los hijos. Se requiere también de sentencia judicial.

Se estima que también está limitada la facultad para constituir servidumbres.

Por otro lado hay actos que no pueden realizarse ni con autorización judicial, como es la donación de los bienes o derechos.

Esta prohibido el arrendamiento por mas de cinco años y recibir rentas anticipadas por mas de dos años.

Vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, frutos y ganado si se hiciere por menor valor del que se cotiza. Y la remisión voluntaria de los derechos de los hijos menores pues contraviene el espíritu de la administración paterna.

Si se llegara a realizar algún acto de los prohibidos o limitados, producirá la nulidad relativa del mismo. Es relativa por que el hijo puede convalidar las operaciones prohibidas, que el padre hubiere hecho.

Por ultimo mencionaré que debe constar por escrito. En algún documento que el padre o la madre es el administrador (aunque se requiera del consentimiento del otro consorte) para que no se produzcan dificultades con terceros.

4.4.3.6 USUFRUCTO.

“Se entiende por usufructo paterno el derecho que tienen los padres que ejercen la patria potestad a disfrutar de los bienes de los hijos sometidos a ella”.

(Art. 483).

El código vigente en el estado previene que el que ejerce la patria potestad tiene derecho a la administración y a la mitad del usufructo de los bienes de su hijo exceptuando los que adquiriera por su trabajo, o cuando así lo disponga el testador o el donante. Al llegar a la mayoría de edad el hijo podrá exigirle cuentas al padre de su parte del usufructo. (Deberá hacer inventario y avaluó antes de entrar en el disfrute).

Planiol considera que el usufructo legal de los bienes del hijo es una compensación por las cargas que soporta.

Actualmente la doctrina se inclina por el hecho de que el usufructo es benéfico para la familia y los fines familiares; basándose este derecho real en la unidad y solidaridad de la familia. Lo que se traduce en que los frutos son para el sostenimiento y prosperidad de la familia.

La naturaleza jurídica de este derecho real, es por disposición legal. Nuestro código nos dice que el usufructo puede constituirse por la ley, por voluntad de hombre, o por prescripción. Estando en el primer supuesto. Este usufructo comprende toda clase de bienes y derechos: cosas corporales como lo son

bienes y muebles e inmuebles y las incorporales como son los derechos reales y personales. Cuando recae sobre derechos, la apropiación es sobre los beneficios.

Además tiene características especiales que lo distinguen del usufructo ordinario; es una institución del Derecho de familia. (Sostenido de la familia):

- a) Esta fuera del comercio se concede solo en virtud del ejercicio de la patria potestad. No se considera como un derecho patrimonial del que la ejerce.
- b) Universal – ya que comprende todos los bienes y derechos del menor. (Exceptuando los adquiridos por su trabajo).
- c) Es inalienable – no puede venderse, ni gravarse.
- d) Es inembargable – exceptuando los frutos del usufructo.
- e) Libera a los usufructos de la obligación de dar fianza, excepto en los casos en que quienes ejercen la potestad hubieran sido declarados en quiebra, estén concursados, cuando contraigan ulteriores nupcias o cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos.

4.4.3.6.1 EN EL CÓDIGO CIVIL MANEJA TRES FORMAS PARA QUE EXTINGA EL USUFRUCTO:

1. Por la emancipación derivada del matrimonio o la mayoría de edad de los hijos.
2. Por la pérdida de la patria potestad.
3. Por renuncia, (características de este).

La administración termina por que conduce la patria potestad: acaba como institución por mayoría de edad o por emancipación. Así como por que pierde o se le suspende asta. Al lograrse la excusa, para ejercer la patria potestad, es lógico que la administración también termine.

Por último mencionaré que de la naturaleza de la administración y representación se deriva que quienes ejercen la patria potestad, deben ser responsables de los daños y perjuicios que se ocasionen al menor por la mala administración en estos casos están obligados a reparar el daño en la disminución patrimonial habida y pagar el perjuicio, que significa la falta de ganancia lícita que hubiere obtenido el hijo.³⁷

4.4.4 EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD PUEDE TERMINARSE, PERDERSE, SUSPENDERSE O EXCUSARSE.

Termina en tres casos:

- a) Con la muerte de los que deben ejercerla;
- b) Con la emancipación del menor derivada del matrimonio, y
- c) Con la mayoría de edad de quien está sujeto a ella (a. 443 «CC»).

El ejercicio de la patria potestad se pierde: cuando el que la ejerce es condenado expresamente a esa pérdida, cuando es condenado dos o más veces por delitos graves; el cónyuge culpable en los casos de divorcio; por los malos tratos del menor y abandono de los deberes de quien la ejerce, y por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos (a. 444 «CC»).

Se suspende porque el que la ejerce sea declarado judicialmente incapaz o ausente o por una sentencia que expresamente la suspenda (a. 447 «CC»).

Finalmente, quien debe ejercer la patria potestad puede excusarse cuando tenga sesenta años cumplidos o no pueda atender debidamente a su desempeño por su habitual mal estado de salud (a. 448 «CC»).

³⁷ Código civil para el Estado de Guanajuato.

4.4.5 CONTENIDO Y DEFINICIÓN.

4.4.5.1 FORMAS DE SUSPENDER Y ACABAR CON LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad no es renunciable. Solo puede ser objeto de excusa, cuando quienes deben ejercerla han cumplido la edad de sesenta años cuando; o por su mal estado habitual de salud, no pueden atender cumplidamente esa función.

4.4.5.1.1 SE EXTINGUE

La patria potestad se extingue por las siguientes causas:

- Cuando el hijo alcance la mayoría de edad.
- Por muerte del hijo.
- Porque no haya ascendientes en quienes recaiga la patria potestad.

De éste precepto se desprende, que mientras el descendiente es menor de edad, los padres y a falta de éstos los ascendientes (abuelos paternos y en su defecto los abuelos maternos tienen el deber legal de asumir el cuidado y protección de aquél.

Además de los casos de extinción de la patria potestad, en que ésta desaparece de un modo absoluto y en los cuales debe ser sustituida por la tutela, existen casos en que se suspende o se pierde el ejercicio de la autoridad paterna. En estos supuestos, no se extingue la patria potestad; su ejercicio recae entonces en otro progenitor y a falta o por imposibilidad legal de éste, en los ascendientes de ulteriores grados.

4.4.5.1.2 SE SUSPENDE

Se suspende la patria potestad:

- Por la interdicción de la persona a quien corresponda su ejercicio, declarada por sentencia judicial.
- Por ausencia declarada en forma.
- Por sentencia que imponga como pena esa suspensión.

La patria potestad en caso de ausencia, debe entenderse en suspenso, respecto de los ascendientes que han desaparecido de su domicilio, sin que se tenga noticia del paradero, aunque haya dejado persona que los represente; porque la patria potestad por su naturaleza y su fundamento de la institución es un cargo personalísimo que no puede ser ejercido por medio de representante.

En el caso de que uno o varios negocios judiciales o extrajudiciales, las personas que ejercen la patria potestad tengan un interés opuesto al de los hijos, el ejercicio de la patria potestad queda suspendido únicamente respecto de ese negocio o de los hechos o actos que tenga relación con él: La representación del menor debe recaer en el otro progenitor, si no tiene interés opuesto al del hijo, o si lo tiene, en un tutor especial que nombrará el juez de lo familiar.

4.4.6 LA PATRIA POTESTAD SE PIERDE.

Por sentencia judicial que condene al ascendiente que corresponde, a perder su ejercicio o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves.

Como efecto de una sentencia de divorcio respecto del cónyuge declarado culpable y que dispone que los hijos quedan bajo la patria potestad del otro cónyuge.

Por las costumbres depravadas de los padres, malos tratos, exposición o abandono de los hijos por más de seis meses, en los que la seguridad o la moralidad de éstos queda comprometida.

Malos tratos o incumplimiento de sus deberes.³⁸

38 Curso elemental de Derecho Civil. Tomo I, Colín y Capitant, Ed. Reu ed. 2, Madrid 1952, P.131

CAPÍTULO V

ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

5.1 ANTECEDENTES DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

La violencia en la familia (no necesariamente familia nuclear: padre, madre e hijos) es un fenómeno de grandes dimensiones que se ha gestado desde tiempos inmemoriales en el seno de un gran porcentaje de hogares en todo el mundo, tan es así que ya se considera como un problema de salud pública, por las graves repercusiones que tiene.

En nuestro Estado, se cuenta con registros por parte del DIF Estatal de la atención a este problema desde 1993, por parte de la Procuraduría en Materia de Asistencia Social, que en el año de 1997 crea el Modelo Clínica del Maltrato, el cual es una base para la Ley que en el 2000 surge, ya de manera especial en atención al fenómeno.

5.2 CONCEPTO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

La definición gramatical de violencia es; “La acción y efecto de violentar o violentarse contra el natural modo de proceder”.³⁹

La violencia requiere para que exista, de una alteración brusca o no del estado de ánimo, emocional, físico o psíquico de las personas.

También es necesario tomar en cuenta que hay violencia cuando se emplea la fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida la honra, la libertad, la salud o algún otro bien jurídicamente tutelado; aunque también

39 Diccionario Enciclopédico Ilustrado, Tomo XII, Ed. Reader's Digest, ed. Octava, México 1977. P 3953.

consideraremos que en algunos casos existe violencia por omisión o en otros también el sujeto pasivo de la violencia o receptor de ésta en muchas ocasiones es consiente o se encuentra enterado de que sus bienes o derechos jurídicamente tutelados se encuentran amenazados por actos violentos.

Es por ello que el primero de marzo del 2000 entra en vigor la Ley de Atención a la Violencia Intrafamiliar en el Estado de Guanajuato, que en su artículo 2, fracción II, la define como:

Todo acto u omisión que realiza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma, que atenta contra su dignidad, libertad, igualdad o integridad física, psicológica o sexual o que atente contra su patrimonio, independientemente del resultado; siempre y cuando entre quien genere y quien reciba la violencia exista o haya existido una relación de parentesco, matrimonio, concubinato o mantengan o hayan mantenido una relación análoga.⁴⁰

Según el Artículo 3 Fracción III de la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar para el Distrito Federal.

Violencia Familiar:

Aquel acto de poder u omisión, recurrente, intencional y cíclico, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier miembro de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, que tenga alguna relación de parentesco por consanguinidad, tengan o lo hayan tenido por afinidad, civil; matrimonio, concubinato o mantengan una relación de hecho, y que tiene por efecto causar daño.⁴¹

40 www.dif.guanajuato.gob.mx

41 Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar para el Distrito Federal.

5.3 ELEMENTOS DEL CONCEPTO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

5.3.1 ACTO DE PODER U OMISIÓN.

Se refiere a las acciones y no sólo a aquellas tangibles o evidentes y que dejan huella corporal, sino también se deben considerar o incluir a todos aquellos actos que lesionan la integridad psicoemocional de los individuos, de igual forma se consideran como actos violentos la negligencia o las omisiones como falta de algunas acciones que puedan tener repercusiones en los dos ámbitos de los individuos: el físico y el emocional y que pueden reflejarse en el estado de salud de quien la vive o en los casos extremos de abandono.

5.3.2 RECURRENTE.

Significa que no se basa en un solo evento. Porque los actos de violencia en la familia, en cualquiera de sus formas son constantes.

5.3.3 INTENCIONAL.

Esto es en virtud de que quien lo infiere tiene claridad y firme intención respecto de su conducta, de ahí que sea responsable de la misma, por lo que en caso de personas incapacitadas mentalmente o que de manera accidental desarrollen esa conducta sin intención no puede considerarse como violencia intrafamiliar.

5.3.4 CÍCLICO.

Es con tendencia a incrementarse, pues el maltrato se presenta de forma reiterada y al paso del tiempo, cuando no se pueden solucionar los conflictos

de otra manera cada evento que se va presentando va teniendo mayor intensidad respecto del anterior, dañando mayormente al otro.

5.3.5 IMPLICA UN ACTO DE PODER O SOMETIMIENTO.

Ya que quien infiere la violencia tiende a controlar a quien la recibe. Su intención es someter de ésta forma lo que se considera equilibrio se restablece desde su perspectiva.

5.4 MODALIDADES DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

Las modalidades de la violencia intrafamiliar son cinco, pero estas situaciones específicas que no se presentan de manera aislada ni individual sino de manera combinadas entre si con mayor predominio de alguna de ellas según las características de los generadores y receptores de eventos violentos en la familia.

5.4.1 DEFINICIÓN DE MALTRATO FÍSICO.

Todo acto de agresión intencional repetitivo, ene. Que se utilice alguna parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro, empujones, bofetadas, puntapiés, sujeciones, golpes que causan lesiones leves, moderadas y severas, hasta el grado máximo que es el homicidio, encaminado hacia su sometimiento y control.

A pesar de que el maltrato físico es el más fácil de detectar con frecuencia se minimiza la gravedad de éstos actos o se tiende a justificarlos.

5.4.2 DEFINICIÓN DE MALTRATO PSICOEMOCIONAL.

Al patrón de conducta consistente en actos u omisiones repetitivos, cuyas formas de expresión pueden ser: prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, amenazas, actitudes devaluatorias de abandono, negligencia, descuido reiterado, insultos y/o humillaciones, marginación, omisión de amor, indiferencia y rechazo, comparaciones destructivas e infidelidad entre otras y que provoquen en quien las recibe, deterioro, baja autoestima, miedo ansiedad, depresión, sentimiento de culpa y disminución o afectación a la estructura de su personalidad.

No se consideran maltrato emocional los actos que tengan por objeto reprender o reconvénir a los menores de edad, siempre que, éstos sean realizados por quienes participen en la formación y educación de los mismos, con el consentimiento de los padres del menor, y se demuestre que están encaminados a su sano desarrollo. Todo acto que se compruebe que ha sido realizado con la intención de causar un daño moral a un menor de edad, ser considerado maltrato emocional, aunque se argumente como justificación la educación y formación del menor.

5.4.3 DEFINICIÓN DE MALTRATO SEXUAL.

Al patrón de conducta consistente en actos u omisiones reiteradas y cuyas formas de expresión pueden ser; la burla y ridiculización de la sexualidad del otro, el acoso o asedio sexual, negar las necesidades sexoafectivas, inducir a la realización de prácticas sexuales no deseadas o que generen dolor hasta el delictivo que incluye ilícitos sancionados por la ley como son el hostigamiento sexual, incitación a la prostitución, el abuso sexual y la violación entre otros, así como practicar la celotipia para el control, manipulación o dominio de la pareja y que generen daño. Aquellos delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual.

5.4.4 DEFINICIÓN DE VIOLENCIA FINANCIERA.

Abarca los actos de apropiamiento o destrucción del patrimonio del otro, que puedan manifestarse en control de los ingresos de la relación, apoderarse de los bienes inmuebles o muebles propiedad del otro por su compra y/o titularidad o por el despojo directo u oculto de los mismos, la utilización, menoscabo, destrucción o desaparición de objetos personales del otro. La cuestión financiera tiene como origen la necesidad de enriquecimiento y el dolo, más allá de la necesidad del poder.⁴²

5.4.5 DEFINICIÓN DE MALTRATO INDIRECTO.

La violencia intrafamiliar, que alcanza a cualquiera de sus miembros, también cobra víctimas menores de edad, ya sea por recibir el maltrato en forma directa o bien por observar escenas violentas.

5.4.6 DEFINICIÓN DE GENERADORES Y RECEPTORES DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

5.4.6.1 GENERADORES:

Quienes realizan actos de maltrato físicos, verbal, psicoemocional o sexual hacia las personas con que se tenga algún vínculo emocional.

5.4.6.2 RECEPTORES:

Reciben éste nombre los grupos o individuos vulnerables que sufren el maltrato físico, verbal, psicoemocional o sea en su esfera biopsicosexual

⁴² Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Violencia Sexual e intrafamiliar, Ed. PGJDF, Ed. Primera, México 1997, P. 16.

5.5 ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

A quien ejerza violencia física o moral contra una persona con la que tenga razón o parentesco, matrimonio concubinato o análoga, se le impondrá de cuatro meses a cuatro años de prisión.

Las penas previstas en este artículo se impondrán siempre que el hecho no constituya otro delito de mayor gravedad.

En estos casos el ministerio publico o el tribunal dictará las medidas que consideren pertinentes para salvaguardar la integridad física o psíquica de la víctima.

Este delito se perseguirá por querrela salvo que la victima sea menor de dieciocho años caso en el que se perseguirá de oficio.

5.5.1 ELEMENTOS DEL DELITO.

5.5.1.1 PÁRRAFO PRIMERO.

5.5.1.1.1 PRESUPUESTO DE LA CONDUCTA:

Es necesaria la existencia de un vínculo parental o su equivalente en los pasivos.

5.5.1.1.2 SUJETO ACTIVO.

Calificado, pariente o su equivalente.

5.5.1.1.3 SUJETO PASIVO.

Pariente cónyuge o concubino.

5.5.1.1.4 CONDUCTA.

Ejercer violencia física o moral en familiares, cónyuge, o concubino.

5.5.1.1.5 FINALIDAD.

Producir daño físico o moral en familiares, cónyuge o concubino.

5.5.1.2 PÁRRAFO SEGUNDO.

Las mismas penalidades se aplicarán a los sujetos activos que cohabiten con las personas que no teniendo las calidades especiales señaladas, ejerzan violencia contra ellas, esto se establece, porque dichos sujetos violan la seguridad y confianza que genera vivir en el mismo lugar y la alteran.

5.5.1.3 PÁRRAFO TERCERO.

En este párrafo el legislador establece el principio de consunción, por virtud del cual si se genera un resultado típico mayor como podrían ser las lesiones graves, que tienen una penalidad mayor, éstas absorberán el delito de violencia intrafamiliar, en los términos del artículo 32 fracción v.

5.5.1.4 PÁRRAFO CUARTO.

Aquí el legislador obliga al ministerio público o al tribunal a tomar medidas urgentes para salvaguardar la integridad de las víctimas evitando mayores consecuencias si permanecen en el mismo lugar los sujetos de la relación penal.

5.5.1.5 PÁRRAFO QUINTO.

En éste párrafo el legislador establece las dos formas de persecución del delito, pero considera que los menores de dieciocho años por su fragilidad y falta de desarrollo psicofísico deben ser protegidos por el estado, estableciendo en éste caso que el delito se persiga de oficio.

5.5.2 CARACTERÍSTICAS DEL DELITO.

- a) Corporal: admite libertad provisional, en los términos del artículo 387 del código de procedimientos penales.
- b) Pecuniaria: no tiene.
- c) Admite tentativa.
- d) Bien jurídico tutelado: la integridad corporal y la seguridad familiar.
- e) Forma de persecución: de oficio cuando el pasivo fuere menor de dieciocho años y en los demás casos será por querrela.
- f) Forma de culpabilidad dolosa.
- g) En cuanto a los sujetos que intervienen es unisubjetivo.⁴³

5.5.3 SUSPENSION O PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD DE ACUERDO AL CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

El artículo 221 del citado código en relación a la sanción civil que textualmente no se establece en el texto de dicho artículo, nos remite al artículo 86 fracción primera en cual establece “la suspensión que es consecuencia de la pena de prisión”

En este caso la suspensión comprenderá los derechos electorales y los derivados del cargo de tutor, curador, apoderado, defensor, albacea, perito,

43 Código Penal Comentado para el Estado de Guanajuato, Lic. Francisco Javier Guiza Alday.

depositario o interventor judicial, sindico o interventor en quiebras, arbitro, arbitrador o representante de ausentes y comenzara desde que cause ejecutoria la sentencia respectiva y durara todo el tiempo de la condena.

Se establece esa sanción civil, como también, una de orden de política criminológica consistente en tratamiento psicoterapéutico para el autor del delito.

Así mismo el código penal para el estado de Guanajuato también establece en su artículo 92 “al responsable del delito de violencia intrafamiliar o de un delito cometido contra una persona con quien tenga relación de parentesco, matrimonio, concubinato o análoga se le someterá a un tratamiento psicoterapéutico integral, para su reinserción.

No solo se puede aplicar una pérdida de la patria potestad en materia penal sino también en materia civil como se verá.

5.5.4 SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD DE ACUERDO AL CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

En cuanto al código civil en su artículo 500 establece en su fracción tercera que la patria potestad se suspende; Por la sentencia condenatoria que imponga esta suspensión.

En consecuencia se considera subjetiva la apreciación del juez en la perdida de la patria potestad, ya que los parámetros para establecerla no son claros, no existe una base especifica o concreta para un procedimiento.

CONCLUSIONES

La finalidad del derecho es encauzar la conducta humana para hacer posible la vida en sociedad; manifestándose como un conjunto de normas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad las cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza de que dispone el estado.

Para lograr su cometido el estado está facultado y obligado a la vez a valerse de los medios idóneos originándose así la necesidad y justificación del derecho penal, que por su naturaleza esencialmente punitiva, es capaz de crear y conservar el orden social.

Dentro de la teoría del delito se comprende fundamentalmente sus generalidades sobre la definición, conceptos elementos y factores negativos del delito.

En lo que se refiere al tipo penal de violencia intrafamiliar el cual se puede tipificar generalmente dentro de la célula fundamental de la sociedad que es la familia, este a su vez representa la pérdida de la patria potestad así mismo es

evidente la falta de legislación vigente que precise y establezca una causal clara ya que se deja a la subjetividad del juez la pérdida de la misma.

Con lo anteriormente expuesto se deduce una laguna en la ley que es perjudicial para la convivencia y el desarrollo social ya que al no existir, el fin último del derecho no puede llevarse a cabo.

Es evidente la subjetividad del juez en la apreciación de la pérdida de la patria potestad para establecer los parámetros los cuales no son claros solamente nos remite a las normas generales del código penal en lo correspondiente a la suspensión de derechos e inhabilitación de los mismos.

De tal manera que no existe una base específica o concreta para el procedimiento de la pérdida de la patria potestad.

BIBLIOGRAFIA

Baqueiro Rojas Edgard, Buenrostro Báez Rosalía, Derecho Civil Introducción y Personas, edición Editorial Harla, México 1995 p.p. 348.

Cárdenas Raúl, Derecho Penal Mexicano, 2ª edición, Editorial Jus S.A. México, 1977, p.p. 287.

Cardona Arizmendi Enrique, Código Penal Comentado del Estado de Guanajuato, 3ª edición, Editorial Orlando Cárdenas, Irapuato 2002, p.p. 874.

Carranca' y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, parte general , 5ª edición, Editorial Robredo, México 1960, p.p. 372.

Castellanos Tena Fernando, Lineamientos de derecho Penal , 20ª edición, Editorial Porrúa, México 1998 p.p. 353.

Chávez Ascencio Manuel, la familia en el derecho, derecho de familia y relaciones jurídico familiares ,2ª edición, Editorial Porrúa S.A. México 1990, p.p. 604.

Cuello Calón Eugenio, Derecho penal, 16ª edición, Editorial Bosch, Barcelona 1971, p.p. 883.

De Ibarrola Antonio, Derecho de Familia, 3ª edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1984, p.p.606.

De Pina Vara Rafael, Derecho Civil Mexicano, 13ª edición, volumen II Editorial Porrúa S.A. México, Febrero de 1992, p.p. 411.

López Betancourt Eduardo, Introducción al Derecho Penal, 4ª edición, Editorial Porrúa, México 1997, p.p. 281.

López Betancourt Eduardo, Teoría del Delito, 10ª edición, Editorial Porrúa, México 1998, p.p. 307.

Marta Morineau Iduarte, Román Iglesias González, Derecho Romano, 4ª edición Editorial Oxford, México 2003 p.p. 284.

Mezger Edmundo, Derecho Penal, Parte General, 3ª edición, Editorial Porrúa, México 1980, p.p. 459.

Montero Duhalt, Sara, Derecho de Familia, 5ª edición, Editorial Porrúa S.A. México 1984, p.p. 429.

Rodríguez Muñoz José Arturo, Tratado de Derecho Penal, Madrid 1955, 2 Volúmenes.

Rojina Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil Introducción Personas y Familia, Vigésimo novena edición, Editorial Porrúa, México 2000 p.p. 527.

Zaffaroni Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, Editorial Cárdenas editores, México 1960, p.p. 487.

LEGISLACION

Código Penal para el Estado de Guanajuato

Ley de atención a la violencia intrafamiliar en el Estado de Guanajuato

OTRAS FUENTES

www.dif.guanajuato.gob.mx