

879309

UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE



FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



CLAVE 879309

“EL ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE LOS SERVIDORES PUBLICOS COMO DELITO GRAVE EN MATERIA LOCAL”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADA EN DERECHO

P R E S E N T A :

DULCE MARÍA GONZÁLEZ DERRAMADERO

A S E S O R :

LIC. JOSE MANUEL GALLEGOS GONZALEZ

CELAYA, GTO.

AGOSTO 2004



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

INDICE

NOMBRE: Dulce MARIA

González Cervantes

FECHA: 17-06-04

FIRMA: P.A. B...

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.

CAPITULO I EL DERECHO PENAL.

1.1 Antecedentes y generalidades del derecho.....	1
1.2. Derecho penal sustantivo y adjetivo.....	11
1.3. Concepto del delito.....	13
1.4. Sujetos del delito.....	17
1.5. Clasificación del delito.....	19
1.6. Formas de manifestación del delito.....	26

CAPITULO II EL DELITO EN GENERAL.

2.1. Conducta.....	32
2.2.1. Ausencia de conducta.....	36
2.1.2. Tipicidad.....	39
2.2.2. Atipicidad.....	46
2.1.3. Antijuridicidad.....	47
2.2.3 Causas de justificación.....	49
2.1.4 Imputabilidad.....	57

2.2.4 Inimputabilidad.....	58
2.1.5. Culpabilidad.....	60
2.2.5. Causas de inculpabilidad.....	67
2.1.6. Punibilidad.....	71
2.2.6. Excusas absolutorias.....	72

CAPITULO III

LA PENA.

3.1. Penología.....	74
3.2. Diversas doctrinas de la pena.....	75
3.3. Fines y características de la pena.....	76
3.4. Clasificación de las penas.....	77
3.5. Penas y medidas de seguridad en Guanajuato.....	78

CAPITULO IV

LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN.

4.1. Conceptos.....	84
4.2. Caución.....	88
4.3. Análisis del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	92
4.4. Análisis del artículo 387 al 405 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato.....	101

CAPITULO V

PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.

5.1. Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos.....	110
5.2. Sujetos procesales intervinientes.....	111
5.3. Del procedimiento por enriquecimiento ilícito.....	111
5.4. Registro patrimonial de los servidores públicos.....	114
5.5. Tiempo para la declaración patrimonial.....	117
5.6. Práctica de visitas y auditoría.....	118
5.7. El delito de enriquecimiento ilícito.....	119
5.8. Necesidad de considerarlo como delito grave.....	123

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

INTRODUCCION

INTRODUCCIÓN.

La tutela que tiene el Derecho Penal a su cargo, también es del interés del Derecho Social y Administrativo, ya que a través de la sanción penal la permanencia de bienes superiores del Estado y su administración queda garantizado el buen manejo de las riquezas del País, por ello se encuentran bajo la administración de algunos servidores públicos, los cuales tienen que actuar según a los intereses de la guarda de los bienes pertenecientes a todos los mexicanos, cierto es que las riquezas las administra el poder ejecutivo, pero para ello, tiene que auxiliarse de personas que tengan la capacidad y la calidad moral para desempeñar su labor, teniendo la responsabilidad de una actuación impecable y rendir cuentas de la administración de bienes que se ponen en sus manos, por ello en la presente tesis, abarcare diversas situaciones que pueden presentarse.

Dentro del primer capítulo se hará una breve inducción a los antecedentes y generalidades del derecho penal, así como la diferencia entre el derecho penal objetivo y subjetivo, las fuentes de derecho, haré referencia al derecho penal sustantivo y adjetivo y la concepción de diversos autores, conceptos en específico como el delito, los sujetos, como se clasifican, la persecución del delito, a que orden corresponden y las características.

El segundo punto a tratar mostrará la descripción de la conducta, la tipicidad, los elementos que deben constituir los tipos penales, diversas circunstancias que intervienen en la determinación del delito, la atipicidad, la antijuridicidad, las causas de justificación, la imputabilidad en su aspecto

positivo y en su aspecto negativo la inimputabilidad, la culpa, dolo, punibilidad, como elementos del delito y las excusas absolutorias.

En la tercera parte a tratar se verá a grandes rasgos la pena y las medidas de seguridad y la aplicación de penas, específicamente en el Estado de Guanajuato, recurriendo a invocar y analizar diversos artículos correspondientes al Código Penal del Estado de Guanajuato.

En la cuarta etapa del presente, se hablará de la libertad provisional bajo caución, su fundamento en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, un análisis de los artículos del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato que la regulan y los elementos que debe revestir para que se otorgue.

En cuanto a la responsabilidad de los Servidores Públicos, se tratará en el quinto capítulo, donde se mencionará la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos, los sujetos calificados que intervienen, el procedimiento por enriquecimiento ilícito, el registro patrimonial de los servidores públicos, los tiempos que tienen para las declaraciones, prácticas de visitas y auditorias, el delito de enriquecimiento ilícito y su descripción correspondiente, más todos los elementos que intervienen en la constitución de este delito y así pues, la determinación y necesidad de considerarlo como un delito grave en nuestra legislación penal del Estado de Guanajuato.

CAPITULO I

CAPITULO I

EL DERECHO PENAL

1.1 ANTECEDENTES Y GENERALIDADES DEL DERECHO.

La vida en comunidad se impone a la naturaleza en tal forma que los hombres ya nacen perteneciendo a un grupo primario denominado la familia, que constituye el elemento básico dentro de una sociedad, pero así mismo tenemos a la Nación, el Estado y el Municipio, como una organización.

La sociedad es una pluralidad o conjunto de seres que agregados conviven para la realización de sus fines comunes. Para lograr un progreso y mejoramiento se necesita de un orden sin el cual todo intento de convivencia resulta inútil, las relaciones sociales no siempre se desenvuelven de un modo natural y armónico, en consecuencia, la vida de los hombres en comunidad determina en ocasiones choques o conflictos entre los intereses de los propios hombres. Si cada persona tuviere libertad para alcanzar y perseguir sus fines sin limitación alguna pronto estallarían una lucha de todos contra todos que impediría todo progreso y haría imposible cualquier forma de convivencia; de allí que para evitar esto, surge la necesidad de establecer un orden, el cual no se puede imponer, sino mediante la intervención del derecho.

El derecho procura la paz y armonía social mediante el orden, la sociedad realiza los fines que le son propios y que no son otros que la consecución del bien común, por tanto el derecho tiene como fin esencial la

realización de la armonía en la vida social del hombre; la vida social del ser humano se encuentra en constante relación con el derecho desde antes de su nacimiento, hasta su muerte.

A fin de dejar más clara la relación que tiene la sociedad con el derecho procederé a hacer mención de la etimología de la palabra derecho expuesta por el tratadista Moto Salazar. "La palabra derecho etimológicamente proviene del vocablo latino "DIRECTUM" que significa lo que esta conforme a las reglas, a la ley, es decir lo que no se desvía a un lado ni a otro lo que es recto." ¹

Como segundo punto expondré las diferentes concepciones del derecho analizando al maestro Castellanos Tena, hace mención de que el derecho, "es 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." ²

Por su parte "el tratadista Moto Salazar define al derecho como el conjunto de reglas o disposiciones que rigen la conducta de los hombres en sus relaciones sociales." ³

¹ Moto Salazar Efraín, Elementos de Derecho 26ª Ed. Editorial Porrúa México 1980 P. 9

² Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal 37ª Edición, Editorial Porrúa México 1991 P. 17.

³ Op Cit Supra P. 10

“Cuello Calón expresa que es el conjunto sistemático de principios relativos al delito, a la pena, a las medidas de seguridad.”⁴

El derecho desde el punto de vista general y analizando las diferentes concepciones expuestas por los tratadistas en donde hacen una reiterada mención en cuanto a que el derecho es un conjunto de principios, normas, disposiciones, reglas que van a coordinar y regir la conducta del hombre desde el punto de vista externo para lograr que exista dentro de la sociedad una mejor armonía, y de esa forma el Estado como ente que impone normas y reglas de observancia obligatoria, logre su cometido para llegar al bien de tal forma que la finalidad del derecho es conservar el orden dentro de la sociedad común.

1.1.1. CONCEPTO DE DERECHO PENAL.

El Estado esta facultado y obligado a valerse de los medios adecuados para impartir una justicia equitativa, originándose así la necesidad y justificación del **DERECHO PENAL**, ya que su naturaleza es esencialmente punitiva, debido a que es capaz de crear y conservar el orden social.

A lo que en este momento concierne me enfocare al estudio y análisis de las diferentes denominaciones existentes en cuanto al derecho penal se refiere.

⁴ Cuello Calón Eugenio, Derecho Penal 19ª Edición. Editorial Nacional México. Pág. 30.

"Maggiore hace referencia en que el derecho penal se aplica para designar tanto al conjunto de normas penales y ordenamientos jurídicos penales y es estimada como una rama del conocimiento humano compuesta de un acervo de nociones jurídicas de naturaleza intelectual y se puede definir en la manera en que se haga referencia al sistema de normas o bien al de conceptos científicos sobre el delito, el delincuente y la pena." ⁵

Para "el tratadista Castellanos Tena el derecho penal es la rama del derecho público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad que tiene por objetivo inmediato la creación y conservación del orden social." ⁷

El término derecho penal no es la única denominación que se le asigna a nuestra disciplina pues también se le denomina derecho criminal y derecho de la defensa social. Pero tales connotaciones no únicamente por razones de tradición si no por razonamientos realizados, no se le puede llamar derecho criminal debido a que en algunas legislaciones se hace la distinción entre crímenes, delitos y faltas. En relación a que en nuestro medio la ley solo alude a delitos en forma muy genérica y por lo que alude a la connotación de derecho de defensa social es errónea y equivoca, porque en todo derecho y no sólo en el penal, dicta para la defensa de la sociedad, es decir, una vez más se busca el bien común.

⁵ Maggiore citado por Castellanos Tena Fernando Op. Cit . Supra p. 19

⁷ Ib. Idem.

"Pina de Vara nos muestra una definición de derecho penal en donde expresa que es un conjunto de normas de derecho positivo destinados a la definición de los delitos y fijación de las sanciones." ⁸

"El derecho penal es una expresión del control social formal, perteneciente al ordenamiento jurídico público, regulador del poder punitivo del Estado, que se encarga del estudio científico del delito penal y medidas de seguridad a efecto de conservar y preservar el orden social." ⁹

Mientras que para el tratadista "Jiménez de Asúa la concepción del derecho penal se refiere al conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado. Estableciendo el concepto delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora." ¹⁰

Analizando como último concepto "Orellana Wiarco manifiesta que el derecho penal es el conjunto de normas de derecho público que estudia los delitos, las penas y las medidas de seguridad aplicables a quienes realizan las conductas previstas como delitos, con el fin de proteger los bienes jurídicos fundamentales de la sociedad y de los individuos." ¹¹

⁸ De Pina Vara Rafael, Diccionario de derecho 24^a Ed. Porrúa México 1997 P. 238.

⁹ Notas del curso de criminología del 13 febrero 2002.

¹⁰ Jiménez de Asúa Luis, Lecciones de Derecho penal Ed. Episa P. 2

¹¹ Octavio Alberto Orellana Wiarco, Curso de Derecho Penal Parte General Ed. Porrúa P. 5

El derecho penal está facultado para prohibir determinadas conductas o hechos que realiza un sujeto mediante un conjunto de normas jurídicas, es en este momento en donde el derecho penal como rama del derecho público interno que se encarga del estudio de los delitos, penas, medidas de seguridad, tiene la función de imponer una pena previamente establecida a cualquier sujeto que realiza una conducta que se considera delictuosa, así mismo, el derecho penal cumple con su misión: la de proteger el bien jurídico y lograr la conservación del orden dentro de la sociedad.

1.1.2. DERECHO PENAL OBJETIVO Y SUBJETIVO.

Todos los intereses que el derecho intenta proteger son de gran importancia, sin embargo de entre ellos hay algunos cuya tutela debe ser asegurada sin dispensa alguna 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 y obligado a valerse de los medios idóneos, es en ese momento en donde encontramos al derecho penal objetivo y subjetivo, dándonos las bases para poder aplicar de una mejor manera el derecho como no lo afirman los siguientes tratadistas.

El derecho objetivo para el tratadista Carranca y Trujillo es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas, a los casos de incriminación. En tanto que el subjetivo es la facultad

o derecho de castigar (ius puniendi). Función propia del Estado por ser el único que puede reconocer validamente a las conductas humanas el carácter de delitos, conminar con penas y ejecutar estas por medio de los organismos correspondientes." ¹²

Por ejemplo "Wiarco define al derecho penal objetivo como la ley es decir, al conjunto de normas que precisan los delitos, las penas y medidas de seguridad, y el derecho subjetivo como la facultad o derecho del Estado para sancionar, castigar (ius puniendi). El Estado como ente soberano y dentro del marco que la propia ley le concede." ¹³

Citando a Cuello Calón, menciona que el derecho penal objetivo es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determina los delitos, penas y medidas de seguridad con que aquellas son sancionados. "El derecho penal subjetivo es el derecho de castigar (ius puniendi), es el derecho del Estado a conminar la ejecución de ciertos hechos, delitos con penas y en el casos de su comisión, imponerlas y ejecutarlas." ¹⁴

"Castellanos Tena define al derecho penal subjetivo como el conjunto de atribuciones del Estado emanadas de normas para determinar los casos en que deben imponerse las penas y las medidas de seguridad." ¹⁵

¹² Carranca y Trujillo Raúl, *Derecho Penal Mexicano, Parte General* 22ª edición, Editorial Porrúa, México, 1997, P. 17.

¹³ Op. Cit Supra p.8.

¹⁴ Op. Cit. Supra P.P. 7-8.

¹⁵ Op. Cit. Supra. P. 22.

El derecho penal objetivo es el conjunto de normas en donde se encuentran estipuladas las conductas que se consideran delitos, así mismo las penas y medidas de seguridad. El derecho penal subjetivo es la facultad que tiene el Estado para castigar y sancionar cuando se lleva a cabo una conducta que se considera delito.

1.1.3. FUENTES DEL DERECHO.

Con el objeto de conocer el origen del derecho es necesario ocurrir a las llamadas fuentes del derecho.

Como primer punto García Maynez hace una clasificación de las fuentes del derecho, definiendo a las "fuentes reales" como los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas, las "fuentes históricas" se aplican a los documentos, inscripciones, papiros, libros que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes, como "fuente formal" los procesos de creación de las normas jurídicas en donde dentro de las fuentes formales encontramos a la jurisprudencia, a la costumbre y la legislación definiendo a esta última como un proceso por el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general a las que se les da el nombre de leyes. Maynez argumenta que no se debe considerar a ley como una fuente formal del derecho por ser producto de la legislación, debido a que la ley no representa el origen sino el resultado de la actividad legislativa. En lo que concierne a la costumbre es solo un uso implantado en una colectividad y considerado por este como jurídicamente obligatorio, es el derecho nacido consuetudinariamente. La jurisprudencia

realiza dos acepciones distintas: la primera equivale a la ciencia del derecho o teoría del orden jurídico positivo, la segunda acepción sirve para designar a el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales." ¹⁶

Por ejemplo Castellanos Tena afirma que las **fuentes reales** son el conjunto de razones determinantes del contenido de las normas jurídicas refiriéndose a que es la causa o motivo que impulsaron al legislador a darles vida, las **fuentes históricas** las denomina como los medios materiales que nos permiten conocer al derecho vigente en el pasado consistente en libros, papiros, documentos e inscripciones.

Por último tenemos a las **fuentes formales** como el proceso histórico de manifestación de las normas jurídicas, son los modos por los que se nos hacen palpables las normas jurídicas dándole un lugar a la ley, costumbre, jurisprudencia y doctrina dentro de estas fuentes se encuentra inmersa la ley como una norma que proviene del poder público con ciertas características como lo es general, abstracta y permanente provista de una sanción, es una regla obligatoria por imponerla el poder del Estado y su observancia se asegura mediante sanciones.

La costumbre se encuentra integrada por los usos que la colectividad considera obligatorios, son reglas sociales que se van transformando en derecho cuando quienes las practican les reconocen

¹⁶ García Maynez Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho 33ª Edición. Editorial Porrúa, México, 1989. Pág. 120.

obligatoriedad, pero para adquirir fuerza jurídica es menester que el Estado así lo declare ya sea de una manera expresa o tácita mediante una disposición al respecto y por ende quedan supeditadas a la misma ley. "La jurisprudencia no constituye una fuente formal del derecho penal a pesar de que dicha obligatoriedad es una simple interpretación de los preceptos legales en vigor, viene a ser la ley misma, la Corte solo desentraña el sentido de las normas jurídicas para afirmar que dicen tal o cual cosa según la Constitución. La Suprema Corte de Justicia de la Nación es un interprete de las leyes al corresponderle determinar su sentido."¹⁷

"Wiarco sostiene que las fuentes formales son en las que ninguna ley como fuente primordial y en materia penal resulta única, no puede existir sino pasa por un proceso formal legislativo y a su vez este proceso formal tiene que tomar en cuenta el proceso histórico, o sea, la fuente real que motiva la ley, la cual debe constar por escrito y por ende resulta inmediata, quedando como fuentes mediatas en materia que no sea la penal, la costumbre, los principios generales del derecho y la jurisprudencia, arriesgo de ser reiterativos en el derecho penal, solo la ley es la única fuente."¹⁸

La ley de amparo hace referencia a que la jurisprudencia es obligatoria, si emana de la Suprema Corte de Justicia funcionando en pleno o en salas es obligatoria para estas tratándose de la que decreta el pleno y además para los tribunales militares y judiciales del orden común de los

¹⁷ Op. Cit. Supra P.P. 75-81

¹⁸ Op Cit Supra. P. 77

Estados y del D. F. y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales. Las resoluciones constituirán jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas por lo menos por catorce ministros, si se trata de jurisprudencia del pleno o por cuatro cuando se trate de jurisprudencia en salas.

Algunos autores afirman que la costumbre no puede alegarse o admitirse como fuente del derecho penal, pues la que prevalece es la ley no la costumbre.

1.2. DERECHO PENAL SUSTANTIVO Y ADJETIVO.

"El maestro Orellana Wiarco define el derecho penal sustantivo cuando nos referimos a los delitos, penas y medidas de seguridad es decir, a la materia, a la substancia del propio derecho penal, sin embargo el catálogo de delitos que pueda contener un código requiere de un conjunto de normas que regulen su aplicación de procedimientos que permitan la aplicación de la materia a los casos concretos, ello constituye la esencia del derecho penal, es aquí en donde encontramos al derecho adjetivo al que también se le conoce como derecho procesal penal que constituye la forma en que se aplica la materia penal." ¹⁹

Por su parte el derecho penal sustantivo para cuello Calón, es un conjunto de normas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las

¹⁹ Op. Cit. Supra P. 8

penas y las medidas de seguridad, se refiere a la substancia de este derecho pues delito, pena y medida de seguridad, son los elementos sustanciales de la disciplina penal.

“Estas normas formales regulan las investigaciones y actuaciones que ha de realizar la justicia criminal para descubrir y comprobar la existencia de los delitos y aplicar a los delincuentes las sanciones (penas y medidas de seguridad), establecidas en su conjunto, constituye el procedimiento penal o derecho procesal penal.”²⁰

“José Vasconcelos afirma que el derecho adjetivo material sustantivo es el conjunto de normas jurídicas relativas a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad que tienen por finalidad inmediata la creación y conservación del orden social. Desde el punto de vista subjetivo se identifica con la facultad del Estado para crear los delitos, las penas y medidas de seguridad aplicables a quienes lo cometan, a los sujetos peligrosos que puedan delinquir, es el ius puniendi del Estado que se traduce en el derecho de castigar o de imponer las penas a los sujetos que delinquen. El derecho penal adjetivo o procesal es el conjunto de normas jurídicas que nos ayudan a aplicar con un orden sustantivo.”²¹

Por lo que respecta a Castellanos Tena el derecho penal sustantivo no debe aplicarse en forma arbitraria o caprichosa, sino de manera

²⁰ Op. Cit. Supra P. 54

²¹ Pavón Vasconcelos Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano 4ª edición. Ed Porrúa México 1978 P. 17

sistemática y ordenada, para ello existe otra reglamentación cuyo objeto es señalar el camino a seguir en la imposición del derecho material y recibe el nombre de derecho adjetivo o instrumental, con mayor frecuencia, derecho procesal penal.

El derecho penal esta integrado por normas relativas a las penas, delitos y medidas de seguridad, dichos elementos constituyen la sustancia del derecho penal sustantivo, mientras que el derecho penal adjetivo va a regular la imposición del propio derecho, es en ese momento en donde surge el derecho procesal penal al que también se le conoce como derecho penal adjetivo.

1.3. CONCEPTO DEL DELITO.

Los autores a través del tiempo han tratado de producir una definición del delito con validez universal para todos los tiempos y lugares, ya que el delito esta íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, cada autor expone su propia concepción del delito que aunque bien es cierto, muchas de estas tienen mucha similitud pero nunca han sido iguales.

“La palabra delito se deriva del verbo delinquiere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.”²²

²² Op Cit. Supra P. 125.

En el Art.8 de la ley punitiva del Estado de Guanajuato define que el delito puede ser cometido por acción o por omisión.

"Cuello Calón menciona que el delito es una acción humana antijurídica, típica, culpable y punible. En relación a la noción jurídico sustancial, el delito para dicho tratadista es la acción humana antijurídica, típica y culpable y punible." ²³

"El delito para Carmagnani es la infracción de la ley del Estado promulgado para proteger la seguridad de los ciudadanos resultante de un acto externo del hombre positivo o negativo moralmente imputable y políticamente dañoso." ²⁴

Castellanos Tena menciona que desde el punto de vista cronológico concurren a la vez todos los factores del delito, por ello suele afirmarse que no guardan entre sí prioridad temporal pues no aparece primero la conducta, luego la tipicidad, después la antijuridicidad etc., si no que al realizarse el delito se dan todos sus elementos constitutivos. "Más en un plano estrictamente lógico procede observar inicialmente si hay conducta, luego a verificar su amoldamiento al tipo legal tipicidad, después constatar si dicha conducta típica esta o no protegida por una justificante y en caso negativo llegar a la conclusión de que existe la antijuridicidad, en seguida investigar la presencia de la capacidad intelectual y volitiva del agente, imputabilidad y

²³ Op Cit Supra P. 236.

²⁴ Carmagnani citado por Wiarco Op Cit Supra P. 147

finalmente indagar si el autor de la conducta típica y antijurídica es imputable y obro con culpabilidad.”²⁵

Desde el punto de vista formal la punibilidad es una consecuencia más o menos ordinaria del delito, pero no un elemento esencial del delito. Debido a que el código penal federal establece delitos no punibles, refiriéndose a las excusas absolutorias, en las cuales la conducta delictuosa permanece pero no se aplica la pena.

“Así mismo Castellanos Tena desde el punto de vista jurídico sustancial, dos son los sistemas principales para realizar el estudio jurídico-esencial del delito: el unitario o totalizador y el atomizador o analítico. Según la corriente unitaria o totalizadora, el delito no puede dividirse, ni para su estudio, por integrar un todo orgánico, un concepto indisoluble. En cambio los analíticos o atomizadores estudian el ilícito penal por sus elementos constitutivos. Evidentemente para estar en condiciones de entender el todo, precisa el conocimiento cabal de sus partes; ello no implica, por supuesto, la negación de que el delito integra una unidad.”²⁶

En el anterior Código Penal de Guanajuato se definía al delito como una conducta, típicamente, antijurídica, imputable, culpable y punible.

²⁵ Op. Cit. Supra P. 132.

²⁶ Ib Idem P. 129.

"El tratadista Moto Salazar expone que el delito es un acto culpable, antisocial, e ilícito sancionado por la ley penal." ²⁷

"Para Beiling el delito: Es la acción, típica, antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad." ²⁸

"Desde el punto de vista formal Mezger afirma que el delito es una acción punible esto es el conjunto de los presupuestos de la pena. En cuanto a la noción jurídico sustancial, expresa que el delito es la acción típica, antijurídica y culpable." ²⁹

Refiriéndonos a la noción jurídica sustancial "Jiménez de Asúa, afirma, delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal." ³⁰

Si bien es cierto que después de haber hecho este análisis de las diferentes concepciones expuestas nos encontramos que el delito debe ser realizado por medio de una conducta, la cual debe ser considerada como delictuosa, debe reunir las características que el tipo penal requiere, y en consecuencia, causar un agravio al bien jurídico tutelado encontrándonos con el tercer elemento que es la antijuridicidad, es imputable por que el sujeto

²⁷ Op. Cit. Supra, P.84

²⁸ Ernesto Beiling Citado Por Wiarco Op. Cit. Supra P. 148.

²⁹ Mezger Citado Por Castellanos Tena Op. Cit. Supra P. 128-129.

³⁰ OP. Cit. Supra P. 130

debe tener la capacidad de entender que la acción que va a cometer es delictiva. Como quinto elemento la culpabilidad si obro con culpa y por último la punibilidad que es el merecimiento de una pena. Para que el delito pueda existir deben de darse estos seis elementos. Aunque la nueva ley sustantiva refiera que el delito puede ser cometido por acción o por omisión bien es cierto que debe reunir los elementos antes mencionados.

1.4. SUJETOS DEL DELITO.

Solamente el hombre por su capacidad racional puede ser sujeto de delitos, por lo tanto, solo él puede ser denominado delincuente y criminal, por su capacidad para delinquir y de realizar actos que el Estado y la sociedad los catalogan como delictuosos, de tal manera encontramos que el hombre sin importar edad, sexo y clase social puede ser sujeto activo o pasivo del delito.

Wiarco afirma que la norma tiene por destinatario fundamental al sujeto, a la persona considerada en forma abstracta, la norma penal es esencialmente prohibitiva, es decir, señala conductas que el sujeto no debe realizar por que afectan los bienes jurídicos tutelados por la propia norma.

En la ley, el sujeto aparece bajo las expresiones que usualmente inician la descripción típica de los delitos bajo los términos "al que", " al funcionario", "quienes", "todos los servidores públicos." El sujeto activo puede ser cualquier persona física aún cuando en algunos casos, se exige a esa persona considerarla en forma abstracta, que satisfaga alguna cualidad o

característica, como puede observarse cuando el precepto legal indica que debe tratarse de ascendientes o de servidores públicos. Se puede calificar al sujeto activo, a cualquier persona física que concurra a ejecutar la conducta prevista en el tipo como delictiva, el sujeto activo se ha clasificado según el grado de participación en la ejecución de la conducta típica en autor, coautor ó instigador.

EL SUJETO PASIVO.

“El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico tutelado y puede definirse como la persona física o moral (entre ellos el Estado), que sufre directamente los efectos de la conducta delictiva, es sobre quien recae material o jurídicamente la acción o la omisión ejecutada por el sujeto activo y que produce el daño o el peligro al bien jurídico tutelado.”³¹

El sujeto pasivo es la persona física o moral sobre quien recae el daño o peligro causado por la conducta del delincuente, por lo regular se le denomina víctima u ofendido en cuyo caso una persona jurídica puede ser sujeto pasivo de un delito como en los delitos patrimoniales y contra la Nación entre otros.

En un principio cualquier persona puede ser sujeto, sin embargo, dadas las características de cada delito en algunos casos el propio tipo señala quien puede serlo y en que circunstancias.

³¹ Op Cit Supra. P. 166

"El sujeto pasivo de la conducta es la persona que de manera directa recibe la acción por parte del sujeto activo, pero la afectación en sentido estricto la recibe el titular del bien jurídico tutelado."³²

SUJETO ACTIVO.

Por lo que respecta a Amuchategui, para esta tratadista el sujeto activo, es la persona física que comete el delito, se llama delincuente, agente o criminal, el sujeto activo será siempre una persona física. Nunca una persona moral o jurídica podrá ser sujeto activo de algún delito; cabe mencionar que en ocasiones aparentemente es la institución la que comete el ilícito, pero siempre será una persona física la que ideó, actuó y en todo caso ejecutó el delito.

1.5. CLASIFICACION DEL DELITO.

En este momento me enfocaré al estudio de la clasificación del delito para tener una mejor comprensión acerca de su estructura, como lo especifica el tratadista Castellanos Tena.

1.5.1 EN FUNCION DE SU GRAVEDAD.

De acuerdo a la gravedad de las infracciones penales, se clasifican:

³² Op Cit Supra. P.P. 35-36.

a) *CRÍMENES*. Son los atentados a la vida y los derechos naturales del hombre.

b) *DELITOS*. Son las conductas contrarias a los derechos nacidos del contrato social, como por ejemplo el derecho de propiedad.

c) *FALTAS O CONTRAVENCIONES*. Son las infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno.

En nuestro país no se hace esta distinción ya que en los códigos penales se ocupan de los delitos en general, en los cuales se subsumen los crímenes y en el caso de las infracciones se dejan en manos de la autoridad administrativa.

1.5.2 SEGÚN LA FORMA DE CONDUCTA DEL AGENTE.

De acuerdo a la manifestación de voluntad del agente se clasifican en :

a) *DELITOS DE ACCION*. Se cometen mediante un comportamiento positivo, violándose una ley prohibitiva.

b) DELITOS DE OMISIÓN. Son aquellos en los que el objeto prohibido es una abstención del agente, consiste en la no ejecución de algo ordenado por la ley.

c) DELITOS DE SIMPLE OMISIÓN. Consiste en la falta de una actividad ordenada por la ley con independencia del resultado material que se produzca, es decir, se sancionan por la omisión del mismo.

d) DELITOS DE COMISION POR OMISIÓN O IMPROPIOS. Delitos de omisión son aquellos en los que el agente decide no actuar y por esa inacción se produce el resultado material.

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

1.5.3 POR EL RESULTADO.

Según el resultado que producen los delitos se clasifican en formales y materiales.

a) DELITOS FORMALES. Son aquellos en los que se agota el tipo penal en el movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo

necesario para su integración que se produzca un resultado externo, son delitos de mera conducta, se sanciona la acción en si misma.

b) DELITOS MATERIALES. Son aquellos en los cuales para su integración se requiere la destrucción o alteración del objeto material.

1.5.4 POR LA LESION QUE CAUSAN.

Se dividen en delitos de daño y de peligro.

a) DE DAÑO. Los de daño consumado causan un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma violada.

b) DE PELIGRO. No causan daño directo a tales intereses pero los ponen en peligro como el abandono de personas o la omisión de auxilio. El peligro es la situación en que se colocan los bienes jurídicos de la cual deriva la posibilidad de acusación de un daño.

1.5.5 POR SU DURACIÓN.

a) INSTANTÁNEOS. La acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento.

b) INSTANTÁNEOS CON EFECTOS PERMANENTES. Es aquel cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado en forma

instantánea, en un solo momento pero permanecen las consecuencias, nocivas del mismo.

c) *CONTINUADO*. En este delito se dan varias acciones y una sola lesión jurídica es continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución.

d) *PERMANENTE*. Se puede concebir la acción como prolongada en el tiempo, hay continuidad en la conciencia y en la ejecución persistencia del propósito, no del mero efecto del delito sino del estado mismo de la ejecución.

1.5.6 POR EL ELEMENTO INTERNO O CULPABILIDAD.

Los delitos se clasifican en dolosos y culposos algunos autores y legisladores agregan los llamados preterintencionales.

1.5.7 SIMPLES Y COMPLEJOS.

a) *SIMPLES*. Aquellos en los cuales la lesión jurídica es única como el homicidio en ellos la acción determina una lesión jurídica irrevocable.

b) *COMPLEJOS*. Son aquellos en los cuales la figura jurídica consta de la unificación de las infracciones cuya fusión da nacimiento a una delictiva nueva superior en gravedad a las que componen tomadas aisladamente.

1.5.8 POR EL NÚMERO DE ACTOS INTEGRANTES DE LA CONDUCTA.

Los delitos se clasifican en subsistentes que son los que se forman por un solo acto y en los plurisubsistentes que constan de varios actos, este delito es la fusión de actos.

1.5.9 POR LA UNIDAD O PLURALIDAD DE SUJETOS.

En función del número de sujetos que intervienen para ejecutar el delito se clasifican en unisubjetivos y plurisubjetivos.

a) *UNISUBJETIVOS*. Requieren de la actuación de un solo sujeto.

b) *PLURISUBJETIVOS*. Se dan cuando el tipo penal requiere una pluralidad en el sujeto activo.

1.5.10 POR LA FORMA DE SU PERSECUCIÓN.

Se clasifican en delitos de querrela necesaria cuya persecución únicamente es posible si tiene el requisito previo de la querrela de la parte ofendida una vez formulada esta, la autoridad esta obligada a perseguir.

Los delitos perseguibles previa denuncia o de oficio puede ser formulada una denuncia por cualquier persona, son todos aquellos en los que la

autoridad esta obligada a actuar por mandato legal persiguiendo y castigando a los responsables con independencia de la voluntad de los ofendidos.

Los delitos perseguibles por denuncia no surte efecto el perdón del ofendido a la inversa de los de querrela necesaria.

1.5.11 EN FUNCIÓN DE LA MATERIA.

"a) *COMUNES*. Son aquellos que se formulan en leyes dictadas por las legislaturas locales.

b) *FEDERALES*. Se establecen en leyes expedidas por el Congreso de la Unión.

c) *OFICIALES*. Son las que comete un empleado o funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

d) *ORDEN MILITAR*. Son las que afectan la disciplina del ejercito.

e) *POLÍTICOS*. Son aquellos en los que se incluyen todos los hechos que lesionan la organización de estado, en si mismo o en sus órganos representantes." ³³

³³ Op Cit Supra P.P. 135-146.

El Código Penal Federal en su Art. 144. considera delitos de carácter político los de rebelión, sedición, motín y el de conspiración para cometerla.

1.6. FORMAS DE MANIFESTACIÓN DEL DELITO.

1.6.1 DEFINICIÓN DEL CONCURSO DEL DELITO.

En varias ocasiones un mismo sujeto es autor de varias infracciones penales; debido a tal situación dentro del derecho existe una figura a la que se le denomina concurso del delito, o que la misma persona realiza varias conductas delictuosas.

"Amuchategui define el concurso del delito como el modo en que puede aparecer el delito en relación con la conducta y el resultado."³⁴

"Sin embargo Orellana Wiarco describe al concurso del delito como una concurrencia de varios delitos cometidos por un mismo sujeto activo."³⁵

Existen dos clases de concurso de delitos.

1. Concurso ideal

³⁴ Op. Cit. Supra P. 38

³⁵ Op Cit Supra P. 395

2. Concurso real.

1.6.2. CONCURSO IDEAL O FORMAL.

A veces el delito es único, consecuencia de una sola conducta, pero pueden ser múltiples las lesiones jurídicas, bien con unidad en la acción o mediante varias acciones, finalmente con varias actuaciones del mismo sujeto se produce una única violación al orden jurídico.

"Wiarco lo describe como la ejecución de una conducta frente a la realización de varias conductas para el llamado concurso real; y en ambos con la producción de varios resultados."³⁶

El Art.29 de la ley sustantiva penal. Define al concurso ideal cuando con una sola conducta, dolosa o culposa, se comenten varios delitos.

"Amuchategui describe al concurso ideal cuando una sola conducta se producen varios resultados típicos en cuyo caso se dice que existe unidad de acción y pluralidad de resultados."³⁷

En el concurso ideal con una sola actuación del sujeto resultan varias lesiones jurídicas al igual que resultan varios tipos penales involucrados, así mismo se perjudican varios intereses tutelados penalmente.

³⁶ Ib. Idem.

³⁷ Op. Cit. Supra. P. 210.

El Art. 31 C.P. Gto. Hace referencia a la aplicación de la pena cuando se de un concurso ideal. Se aplicara la punibilidad del delito que merezca mayor sanción la cual podrá aumentarse hasta un medio más de su máximo, sin que pueda exceder de la suma de las sanciones de los delitos cometidos ni la prisión de cuarenta años.

Cuando en un concurso ideal se produzcan varios delitos dolosos que afecten la vida, la salud o la libertad física, se aplicará la punibilidad del concurso real.

1.6.3. CONCURSO REAL O MATERIAL.

"Amuchategui lo define cuando varias conductas se producen diversos resultados, aquí existe pluralidad de conductas pluralidad de resultados." ³⁸

"Por lo que respecta al tratadista Wiarco el concurso real o material lo define cuando se dan varias conductas o en la pluralidad de unidades de conducta que producen varios resultados delictivos." ³⁹

El Art. 28 Código penal de Guanajuato. Define al concurso real cuando una persona cometa varios delitos ejecutados, dolosa o culposamente en actos distintos.

³⁸ Ib. Ídem. P. P. 38-40.

³⁹ Op Cit Supra P.P. 395-397.

La penalidad que se aplicará al concurso real según el Art. 30 C. P. Gto . Se aplicará la punibilidad del delito que merezca mayor sanción, la cual podrá aumentarse hasta la suma de las sanciones de los demás delitos, sin que la de prisión exceda de cuarenta años.

Delitos de resultado.

Estos delitos están caracterizados por la prohibición o mandato de una conducta, orientada a causar o evitar la producción de un resultado que es exigido por el derecho penal.

Los delitos de resultado, se caracterizan por el hecho de que no es suficiente la producción de la sola conducta prohibida u ordenada, sino que además es necesario que se produzca el resultado material típico y antijurídico.

Al derecho le interesa, tanto que no realice la conducta que puede tener como consecuencia el resultado de muerte, como también que no se produzca los resultados de muerte en sí.

El resultado es una modificación del mundo externo o la mutación del mundo físico, que es relevante para el derecho penal en la medida en que aparece prevista en la ley, y aparece relacionado causalmente con la conducta prohibida u ordenada por la ley penal.

En términos de lo expuesto, esta clasificación es relevante para los efectos de la aplicación de la ley procesal, además de la sustantiva misma, en relación con la determinación del lugar, tiempo, ocasión y modo de comisión del delito, que a su vez es relevante para determinar tanto la jurisdicción y la competencia, como también para los efectos de la prescripción, entre otros aspectos.

CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS EN EL ORDEN AL NÚMERO DE SUJETOS ACTIVOS.

I. Tipos de delitos mono-subjetivos, individuales o unisubsistentes. Aparecen caracterizados porque la conducta típica observa su comisión por un solo sujeto activo (vgr.: el robo perpetrado por una sola persona).

II. Tipos de delitos pluri-subjetivos, colectivos o plurisubsistentes, en donde se hace necesario que la conducta típica sea realizada por un número plural de sujetos activos (vgr.: asociación delictuosa).

CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS EN ORDEN AL NÚMERO DE SUJETOS PASIVOS.

Al igual que la clasificación anterior, surge en relación con el número de sujetos pasivos, en el cual, se habla de:

I. Tipos de delito pluri-ofensivos, para el caso del sujeto pasivo múltiple (vgr.: el genocidio).

II. Tipos de delitos monofensivos son aquellos tipos delictivos que prevén la afectación a un solo pasivo (vgr.: delito de homicidio de una sola persona).

CAPÍTULO II

CAPITULO II

EL DELITO EN GENERAL.

2.1. CONDUCTA.

Solo el hombre como sujeto que tiene una capacidad racional y por tal hecho es capaz de cometer un delito, es en este momento cuando aparece el primer elemento del delito la **CONDUCTA**. Que tiene una gran importancia para el derecho penal, debido a que es el sujeto el que puede cometer un delito si tal conducta se considera delictuosa.

Las personas morales no pueden ser sujetos activos del delito por que carecen de voluntad propia, debido a que el que comete el delito es un miembro o representante, es decir, es una persona física y no una persona moral.

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

Dentro del objeto del delito menciona Castellanos Tena que tenemos el *objeto material*, que es la persona o cosa sobre quien recae el daño o peligro en tanto el *objeto jurídico*, es el bien protegido por la ley y que el hecho o la omisión criminal lesionan.

Por lo que respecta a la acción en *strictu sensu* y la omisión. La primera es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación, mientras que la omisión, la define como el abstenerse de obrar simplemente, en una abstención en dejar de hacer lo que se debe ejecutar.

En los elementos de la acción, cada uno de los exponentes del derecho afirma que la acción tiene como elemento la manifestación de voluntad, el resultado y una relación de causalidad como lo expone Porte Petit.

Por lo que respecta a Jiménez de Asúa. Estima que son la manifestación de voluntad, resultado y relación de causalidad dicho tratadista coincide con Porte Petit.

En los elementos de la voluntad se encuentra un no actuar que son la voluntad, pues se aprecia el elemento volitivo y la actividad, es la voluntad encaminada a no efectuar la acción ordenada por el derecho, es aquí en donde el sujeto se abstiene de efectuar un acto en cuya realización esta obligado. Estos razonamientos son expuestos por Castellanos Tena.

Dicho tratadista ha elaborado varias teorías teniendo dos corrientes una llamada generalizadora. En esta corriente todas las condiciones productoras del resultado considerase causa del mismo. Mientras

tanto la individualizadora, deben ser tomadas en cuenta de entre todas las condiciones una de ellas en atención a factores de tiempo, calidad o cantidad.

Dicho tratadista hace mención de las siguientes teorías.

TEORIA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES. Esta tesis es generalizadora, también conocida como de la *qua conditio sine non*, todas las condiciones productoras del resultado son equivalentes y por ende, todas son su causa. Antes de que una de las condiciones, sea cualquiera, se asocie a las demás todas son ineficaces para la producción del resultado; esta surge por la suma de ellas, luego cada una es causa de toda la consecuencia y por ende con respecto tiene el mismo valor.

Se ha pretendido limitarla mediante la aplicación de correctivos así algunos autores, como Antolisei, buscan en la culpabilidad el correctivo de la teoría de la equivalencia de las condiciones, pues para ser un sujeto responsable no basta la comprobación del nexo de causalidad, sino que precisa verificar si actuó con dolo o culpa.

Pero dicho tratadista afirma por su parte que la teoría de la equivalencia, al ser acertada desde el punto de vista jurídico sin necesidad de correctivos; basta tener presente que la sola aparición de un resultado típico no es delito, se requieren los demás elementos esenciales integradores del ilícito penal.

TEORIA DE LA CONDICIÓN MÁS EFICAZ. Esta teoría es creada por Birkmeyer, para esta teoría sólo es causa del resultado aquella condición que en la pugna de las diversas fuerzas antagónicas tenga una eficacia preponderante, constituye una limitación a la de la equivalencia de las condiciones, pero su carácter individualizado la hace inaceptable al negar, con exclusión de las otras condiciones, la eficacia de las concausas y por ende la participación en el delito." ⁵

Por su parte la tratadista Amuchategui expresa que la conducta como un comportamiento humano voluntario a veces una conducta humana involuntaria puede tener ante el derecho penal, responsabilidad imprudencia o preterintencionalidad, activo (acción o hacer positivos) o negativos (inactividad o no hacer) que produce un resultado.

Dicho tratadista describe a los Elementos de la Acción de la siguiente manera:

VOLUNTAD. Es el querer por parte del sujeto activo de cometer el delito es propiamente la intención.

ACTIVIDAD. Consiste en el hacer o actuar, es el hecho positivo o movimiento humano encaminado a producir el ilícito.

⁴ Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal. ed. 37ª Ed. Porrúa. México 1997 P.P.152-157

RESULTADO. Es la consecuencia de la conducta, el fin deseado por el agente y previsto en la ley penal.

NEXO CAUSAL. Es el ligamen o nexo que une a la conducta con el resultado, el cual debe ser material es el que une a la causa con el efecto.

OMISIÓN. Consiste en realizar la conducta típica con abstención de actuar es un no hacer o dejar de hacer constituye el modo o forma negativa del comportamiento.

Por lo que respecta a la omisión puede ser simple, o comisión por omisión.

OMISIÓN SIMPLE. También se le conoce como omisión propia consiste en un no hacer lo que se debe hacer ya sea voluntaria o imprudencialmente con lo cual se produce un delito, aunque no haya en resultado de modo que se infringe una norma preceptiva.

COMISION POR OMISIÓN. Se le conoce como omisión impropia es un no hacer voluntario imprudencial cuya abstención produce un resultado material y se infringe una norma preceptiva y otra prohibitiva.

LUGAR DE LA CONDUCTA. El lugar donde se comete un delito coincide tanto en su conducta como en el resultado que se produce así la conducta y el resultado ocurren en el mismo lugar sin embargo debido a la naturaleza del delito la conducta se realiza en un lugar y el resultado en otro.

TIEMPO DE LA CONDUCTA. "Por regla general el delito produce el daño o peligro en el momento de llevarse a cabo la conducta sin embargo, a veces varia el tiempo de una y otra lo cual puede dar lugar aquellos." ²

En último término nos encontramos que dentro de la conducta existe un **LUGAR Y TIEMPO DE COMISIÓN DEL DELITO**. En la mayoría de los casos, la actividad o la omisión se realizan en el mismo lugar en donde se produce el resultado; el tiempo que media entre el hacer o no hacer humanos y su resultado es insignificante y por ello pueden considerarse concomitantes. En ocasiones, sin embargo la conducta y el resultado no coinciden respecto a lugar y tiempo y es entonces cuando se ésta en presencia de los llamados delitos a distancia, que dan lugar no sólo a problemas sobre aplicación de la ley penal en función de dos o más países soberanos, sino también dentro del derecho interno, a cuestiones sobre la determinación de la legislación aplicable, atento el sistema federal mexicano."³

2.2.1. AUSENCIA DE CONDUCTA.

Si falta alguno de los elementos esenciales del delito claro esta que este no se integra; en consecuencia no hay o no existe tal delito, si tal conducta se encuentra ausente, evidentemente falta el primer elemento y nos

² Amuchategui Requena, Irma, Derecho Penal, Editorial Oxford, México, D. F. Pág. 25.

³ Op. Cit. Supra P. 161.

encontramos con la ausencia de conducta siendo este uno de los aspectos negativos por se la actuación humana, la base indispensable del delito.

La célebre tratadista Amuchategui afirma que cuando hay ausencia de conducta quiere decir que la conducta no existe y por lo tanto, da lugar a la inexistencia del delito.

Para Amuchategui hay ausencia de conducta en: Vis mayor, Vis absoluta, actos reflejos, sueño y sonambulismo, hipnosis.

VIS MAYOR. Es la fuerza mayor que a diferencia de la Vis absoluta proviene de la naturaleza, cuando un sujeto comete un delito, a causa de una fuerza mayor, existe el aspecto negativo de la conducta. Hay ausencia de conducta pues no existe voluntad por parte del supuesto "agente" ni conducta propiamente dicha de ahí que la ley penal no le considere responsable.

VIS ABSOLUTA. Consiste en que una fuerza humana externa e irresistible se ejerce contra la voluntad de alguien, quien en apariencia comete la conducta delictiva.

ACTOS REFLEJOS. Son aquellos que obedecen a excitaciones no percibidas por la conciencia por transmisión nerviosa a un centro y de este a un nervio pero como el sujeto esta impedido para controlarlos, se considera que no existe la condición responsable y la voluntad en caso de poder controlarlos habrá delito.

SUEÑO Y SONAMBULISMO. Dado el estado inconsciente temporal en que se encuentra la persona durante el sueño y el sonambulismo.

HIPNOSIS. "Esta forma de inconciencia temporal también se considera un modo de incurrir en ausencia de conducta si en estado hipnótico se cometiera un delito respecto existen diversas corrientes; algunas especialmente afirma que una persona en estado hipnótico no realizara una conducta a pesar de influencia del hipnotizador, si en su estado consiente fuere capaz de llevarla a cabo en este aspecto no hay unanimidad de criterios." ⁴

Por su parte Tena hace referencia que una de las causas impeditivas de la integración del delito por ausencia de conducta es la VIS ABSOLUTA Y LA VIS MAYOR. Que solamente difieren por razón de su procedencia la primera deriva del hombre y la segunda de la naturaleza, es decir es energía humana.

2.1.2. TIPICIDAD.

Para la existencia del delito se requiere de una conducta o hecho humano, pero no toda conducta debe ser considerada como hecho delictuoso, además debe existir la tipicidad como segundo elemento del delito, dentro de

⁴ Op. Cit. Supra P. 158-159.

la tipicidad se encuentra inmerso el tipo penal, en donde a continuación analizaremos sus elementos y clasificación de los tipos.

TIPO PENAL.

"Etimológicamente tipo significa el modelo que aplicado a la materia jurídico penal se refiere al modelo legal que prescribe las conductas delictivas." ⁵

El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. Así mismo afirma que es correcto decir que el tipo consiste en la descripción legal de un delito.

ELEMENTOS.

Para Wiarco los elementos del tipo penal son Objetivos y Subjetivos y Normativos.

2.1. ELEMENTOS OBJETIVOS.

Son aquellos términos o conceptos que aparecen en el tipo y que son de naturaleza material, real apreciable por los sentidos los que pueden ser esenciales y que no deben faltar en ningún tipo y los accidentales pueden aparecer al lado de los esenciales y que también deben ser satisfechos en el

⁵ Octavio Orellana Wiarco, Curso de Derecho Penal, Parte General Ed. Porrúa P. 216.

tipo concreto en que aparezcan para poder considerar la tipicidad de la conducta.

ELEMENTOS OBJETIVOS ESENCIALES.

A) SUJETO ACTIVO. Es la persona que ejecuta la conducta típica y que en el tipo se indica y lo común con el particular "al que" "el que" "al responsable" " al autor" es decir se designa genéricamente a la persona.

B) SUJETO PASIVO. Es la persona que resulta afectada en el bien jurídico tutelado por el tipo y que en tipo aparece también en forma genérica bajo las expresiones "a otro" de la persona "de alguien".

C) CONDUCTA. Se refiere a la acción, omisión o comisión por omisión que conforme al núcleo o verbo del tipo debe realizarse el sujeto activo.

D) EL RESULTADO. Sea el daño o lesión que corrió el bien jurídico que debe ser material.

E) NEXO CAUSAL. Tratándose de tipos con el resultado material debe establecerse la relación de causa a efecto entre la conducta y el evento.

ELEMENTOS OBJETIVOS ACCIDENTALES.

a) CIRCUNSTANCIAS SOBRE LA CALIDAD DEL SUJETO ACTIVO O PASIVO. El sujeto activo en ocasiones debe reunir determinada cualidad, restringiendo su carácter universal así por ejemplo cuando el tipo señala "el descendiente" " el servidor publico el funcionario" " la madre" "el medico" " a los abogados" se restringe la posibilidad genérica que usualmente emplea la ley como " al que" "el que" el sujeto pasivo puede por exigencia del tipo constreñir en su carácter general por ejemplo cuando precisa la persona moral afectada por el delito como en el caso del delito de peculado donde el sujeto pasivo resulta "el Estado" o el organismo descentralizado o en el delito de lenocinio donde el sujeto pasivo es la persona cuyo cuerpo explotado por medio del comercio carnal.

b) CIRCUNSTANCIAS DE LUGAR MODO U OCASION. El tipo en ocasiones señala alguna referencia de tiempo. En los delitos de lesiones el termino de menos a mas es de quince días para que sanen. Al igual que en ocasiones indica que debe ocurrir un LUGAR o espacio por el delito de allanamiento de morada exige que el sujeto activo penetre a un departamento de vivienda de MODO. Que la conducta se ejecute de una forma especifica captada por el delito.

2.2. ELEMENTOS SUBJETIVOS. El tipo se refiere a situaciones de carácter psicológico del sujeto activo al momento de realizar la conducta se refiere al estado de animo o a otros aspectos psicológicos muy del dolo y culpa.

2.3. ELEMENTOS NORMATIVOS. En el tipo lo constituyen las valoraciones culturales o jurídicas que a veces aparece en el tipo.”⁶

Por lo que respecta “al tratadista Amuchategui el menciona que el tipo es la descripción legal de un delito o bien la abstracción plasmada en la ley de la figura delictiva, de no existir el tipo, a un cuando en la realidad alguien cometa una conducta que afecta a otra persona, no se podrá decir que aquel cometió un delito por que no lo es y sobre todo no se le podrá castigar más bien se estará en presencia de conductas asóciales o antisociales pero no de delitos”.⁷

CLASIFICACION.

Castellanos Tena clasifica a los tipos:

A. *NORMALES Y ANORMALES.* Son normales si las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas.

B. *FUNDAMENTALES O BÁSICOS.* Integran la espina dorsal del sistema de la parte especial del código.

⁶ Ib. Idem. P.P. 223-226

⁷ Op. Cit. Supra. P. 185.

C. *ESPECIALES*. Son los formados por el tipo fundamental y otros requisitos.

D. *COMPLEMENTADOS*. Se integran con el fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta.

E. *AUTÓNOMOS O INDEPENDIENTES*. Son los que tienen vida propia sin depender de otro tipo.

F. *SUBORDINADOS*. Dependen de otro tipo por su carácter circunstanciado respecto al tipo básico, siempre autónomo adquieren vida en razón de éste al cual no solo complementan si no se subordina.

G. *DE FORMULACION CAUSUISTICA*. Son aquellos en los cuales el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el ilícito se clasifican en *ALTERNATIVAMENTE FORMADOS Y ACUMULATIVAMENTE FORMADOS*. En los primeros se prevé dos hipótesis comisivas y el tipo se colma de cualquiera de ellos.

H. *FORMULACION AMPLIA*. Se describe una hipótesis única en donde caben todos los modos de ejecución.

La ausencia de tipo. Es la carencia del mismo significa que en el ordenamiento legal no existe la descripción típica de una conducta determinada.

Tena define al tipo como el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley, la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador en suma es la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa.”⁸

“Para el tratadista Celestino Porte Petit la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo que se resume en la formula Nullum Crimen Sine Tipo.”⁹

“Por lo que se refiere a Wiarco el afirma que la tipicidad como segundo elemento del delito es el encuadramiento de la conducta concreta (acción u omisión) al tipo a la formula legal.”¹⁰

Tomando en cuenta que Amuchategui define a la tipicidad como la adecuación de la conducta al tipo, el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal; hay tipicidad cuando la conducta de alguien encaje exactamente en la abstracción plasmada en la ley.

PRINCIPIOS GENERALES DE LA TIPICIDAD.

Se encuentra apoyada en el sistema jurídico mexicano por diversos principios supremos que constituyen una garantía legal.

⁸ Op. Cit. supra P.169

⁹ Celestino Porte Petit Citado por Castellanos Op Cit Supra P. 254

¹⁰ Op. Cit. Supra P. 162.

2.1.1 Nullum crimen sine lege. No hay delito sin ley.

2.1.2 Nullum crimen sine tipo. No hay delito sin tipo.

2.1.3 Nullum poena sine tipo. No hay pena sin tipo

Mientras tanto Castellanos Tena, distingue la antijuridicidad material de la formal. En la primera el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan. Por lo que respecta a la segunda la infracción de las leyes significa una antijuridicidad formal.

2.1.4 Nullum poena sine crimen. No hay pena sin delito.

2.1.5 Nullum poena sine lege. No hay pena sin ley.”¹¹

2.2.2. ATIPICIDAD.

Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta al aspecto negativo del delito llamado atipicidad. siendo la negación del aspecto positivo y da lugar a la inexistencia del delito.

“Amuchategui lo conceptualiza como la no adecuación de la conducta al tipo penal por lo cual da lugar a la no existencia del delito.”¹²

¹¹ Op. Cit. Supra P. P. 148-149.

¹² Ib. Ídem. P. 235.

En la atipicidad en tipo existe pero el hecho o conducta no se adecuan al mismo.

Por lo que respecta al celebre tratadista Wiarco, el sostiene que consiste en la falta total o parcial de la adecuación o encuadramiento del hecho o conducta al tipo.

Para dicho tratadista resultan causas de atipicidad las siguientes.

- A. La ausencia de acción u omisión (la fuerza física exterior)
- B. La ausencia de peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido.
- C. O bien la ausencia de las calidades especificas del sujeto activo.”¹³

La conducta del agente no se adecua al tipo por faltar alguno de los requisitos o elementos que el tipo exige y que puede ser respecto de los medios de ejecución el objeto material, las peculiaridades del sujeto activo o pasivo.

2.1.3. ANTIJURIDICIDAD.

¹³ Op Cit Supra p. 231

La antijuridicidad es lo contrario al derecho. El ámbito penal precisamente radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica. El delito es conducta humana, pero no toda conducta humana es delictuosa, precisa, además, que sea típica, antijurídica y culpable.

Cuello Calón define a la antijuridicidad cuando presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal. tal juicio es de carácter objetivo, por sólo recaer sobre la acción ejecutada.¹⁴

Para el tratadista Javier Alba Muñoz actúa antijurídicamente quien contradice un mandato del poder.¹⁵

Amuchategui distingue dos clases de antijuridicidad:

A) MATERIAL. Es propiamente lo contrario a derecho, por cuanto hace a la afectación genérica hacia la colectividad.

B) FORMAL. Es la violación de una norma emanada del Estado. De acuerdo con Jiménez de Asúa constituye la tipicidad, mientras que la antijuridicidad material es propiamente la antijuridicidad, por lo que considera no tiene caso en esta distinción."¹⁶

¹⁴ Cuello Calón Citado Por Castellanos P.P 177-178

¹⁵ Alba Muñoz Javier, Citado Por Castellanos Op Cit Supra P. 177.

¹⁶ Op. Cit. Supra. P. 67

El tratadista Carlos Binding opina acerca del tema en que descubrió que el delito no es lo contrario a la ley sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal. No se vulnera la ley pero sí se quebranta algo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico, el decálogo es un libro de normas; no mataras. Si se mata o se roba se quebranta la norma, mas no la ley, por eso Binding decía, la norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible o dicho de otra manera más exacta, la norma valoriza, la ley describe." ¹⁷

2.2.3. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

Siguiendo el plan que nos hemos impuesto, de señales los factores positivos y negativos del delito, debemos examinar la ausencia de antijuridicidad. Lo contrario al a antijuridicidad es lo conforme a derecho, o sea, las causas de justificación. Estas anulan lo antijurídico o contrario a derecho, de suerte que cuando hay alguna causa de justificación desaparece lo antijurídico; en consecuencia, desaparece el delito, por considerar que la conducta es lícita o justificada por el propio derecho.

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

¹⁷ Op. Cit. Supra P. P. 178-179.

"La antijuridicidad son las razones o circunstancias que el legislador consideró para anular la antijuridicidad de la conducta típica realizada, al considerarla lícita, jurídica, justificativa. Noción expuesta por Amuchategui." ¹⁸

Por su parte Tena las define como aquellas condiciones que tiene el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica representa un aspecto negativo del delito." ¹⁹

Los criterios que fundamentan a las causas de justificación son el; consentimiento y el interés preponderante. Mezger explica que el consentimiento del lesionado no excluye el injusto en todos los hechos punibles y agrega el consentimiento debe ser serio y voluntario y corresponder a la verdadera voluntad del consiente.

El interés preponderante surge cuando existen dos bienes jurídicos y no se pueden salvar ambos, por los cual se tiene que sacrificar uno para salvar el otro, se justifica privar de la vida a otro para salvar la propia.

La legislación contempla las siguientes causas de justificación.

¹⁸ OP. Cit. Supra P. P. 67-68.

¹⁹ Op. Cit. Supra. P. 235.

LEGITIMA DEFENSA. Consiste en repeler una agresión real actual o inminente y sin derecho, En defensa de bienes jurídicos propios o ajenos cuando exista necesidad racional de la defensa empleada y siempre que no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende, dicha noción esta contemplada en el Art. 15 C.P.D.F.

Por su parte la ley sustantiva penal en su Art.33 Fracc. expresa que la legitima defensa se obre en defensa de bienes jurídicos, propio o ajenos contra agresión ilegítima, actual o inminente, siempre que exista necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla o impedirla.

La legítima defensa ampara cualquier bien jurídico, sin embargo, la ley no precisa ni excluye ninguna. Así ampara el principio que dice "donde la ley no distingue no se debe distinguir" se entiende que todos los bienes jurídicos son susceptibles de protección por legitima defensa. Se trata no solo de bienes propios sin también de ajenos, pues la propia ley así lo establece.

Los elementos de la legítima defensa.

REPELER. Significa rechazar, evitar algo, eludir no permitir que algo ocurra o se acerque implica que la agresión ejercida, sin haberla provocado se rechace la repulsa es realizada por presunto responsable de la conducta lesiva, quien queda protegido por la legítima defensa.

AGRESIÓN. Consiste en atacar, acometer, acto mediante el cual se daña o pretende dañar a alguien. Es actuar contra una persona con intención de afectarla.

AGRESIÓN REAL. Que sea algo cierto, no imaginado, que no se trate de una simple suposición o presentimiento.

AGRESIÓN ACTUAL. Que ocurra en el mismo instante de repelerla quiere decir que la agresión y la repulsa deben seguir en un mismo espacio temporal o que aquella sea inminente.

AGRESIÓN INMINENTE. Que sea próxima o cercana, de no ser actual, que por lo menos este apunto de ocurrir.

SIN DERECHO. La agresión debe carecer de derecho por que la existencia de este anularía la antijuridicidad.

EN DEFENSA DE BIENE JURÍDICOS PROPIOS O AJENOS. Ya se menciona que la repulsa debe obedecer a la defensa de cualquier bien jurídico, sea propio o ajeno pues así lo señala la ley.

NECESIDAD RACIONAL DE LA DEFENSA EMPLEADA. Significa que la acción realizada para defender los bienes jurídicos debe ser la necesaria, proporcional al posible daño que se pretendía causar con la agresión injusta.

QUE NO MEDIE PROVOCACIÓN. El agredido no debe haber provocado la agresión ni el tercero a quien se defiende deberá haber dado causa a ella.

ESTADO DE NECESIDAD. Consiste en obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, respecto de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado por el agente, sin tener el deber de afrontar, siempre que no exista otro medio menos perjudicial a su alcance, con lo cual cause algún daño o afectación a bienes jurídicos ajenos.

Existe una cierta desigualdad entre varios autores para unos, el bien sacrificado debe ser de menor valor que el bien salvado, mientras que para otros, puede tener la misma jerarquía.

La definición antes mencionada tiene los siguientes elementos:

PELIGRO. Debe existir la amenaza de una situación que puede causar daño a alguno de los bienes jurídicos de los cuales es titular una persona al igual que la legítima defensa, el peligro debe ser real, actual o inminente.

EL PELIGRO NO DEBE HABERLO OCASIONADO EL AGENTE. La ley precisa expresamente este hecho al excluir las formas intencional y de grave imprudencia si esto ocurriera, no podría invocarse el estado de necesidad.

EL PELIGRO DEBE EXISTIR SOBRE BIENES JURÍDICOS PROPIOS O AJENOS. Al igual que en la legítima defensa, los bienes tanto propio como ajenos son amparados por el estado de necesidad. Tampoco aquí se precisa o distingue cuáles pueden ser, por lo cual se entiende que cualquiera puede serlo.

CAUSAR UN DAÑO. El agente obrará ante el peligro de tal forma que causara una afectación o daño a un bien jurídico para salvar otro (propio ajeno) el daño carecerá de antijuridicidad

QUE EL AGENTE NO TENGA EL DEBER DE AFRONTAR EL PELIGRO. Se precisa la ausencia de obligación por parte del agente de afrontar dicho peligro de existir esa obligación sería otra de justificación pero no estado de necesidad.

QUE NO EXISTA OTRO MEDIO PRACTICABLE Y MENOS PERJUDICIAL. Ante el peligro el sujeto activo deberá actuar para salvar el bien jurídico amenazado, pero será causa justificada, en cuanto no haya habido otro medio practicable al empleado o que no hubiera otro menos perjudicial a su alcance, pues lo contrario anularía la justificación.

Además de la forma genérica que contempla el estado de necesidad, regula dos específicos: el aborto terapéutico y el robo de indigente.

EJERCICIO DE UN DERECHO. Es ejercer un derecho es causar algún daño cuando se obra de forma legítima siempre que exista necesidad racional del medio empleado. En esta eximente, el daño se causa en virtud de ejercitar un derecho derivado de una norma jurídica o de otra situación, como el ejercicio de una profesión de una relación familiar.

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER. Consiste en causar un daño obrando en forma legítima en cumplimiento de un deber jurídico, siempre que exista necesidad racional del medio empleado.

OBEDIENCIA JERARQUICA. Consiste en causar un daño en obediencia a un superior legítimo en el orden jerárquico, aun cuando su mandato constituye un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía.

IMPEDIMENTO LEGÍTIMO. El impedimento legítimo consiste en causar un daño en contravención a lo dispuesto por una ley penal, de manera que se deje de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo. Constituye propiamente una omisión. Se trata de no ejecutar algo que una ley ordena, pues otra norma superior a aquella lo impide.”²⁰

Cuello Calón sostiene que es legítima defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor.”²¹

²⁰ Op. Cit. Supra P.P. 67-77

²¹ Op. Cit. Supra. P. 191.

Mientras tanto Franz Von Liszt, legitima la defensa necesaria para repeler una agresión actual y contraria al derecho mediante una agresión contra el atacante." ²²

Jiménez de Asúa la legitima defensa 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." ²³

Por lo que respecta a Castellanos es repulsa de una agresión antijurídica y actual o inminente por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección." ²⁴

Las presunciones de legitima defensa son IURIS TANTUM, es decir pueden admitir prueba en contrario; sin embargo, el sujeto cuya conducta encuadre en ellas, tiene a su favor la legal presunción de actuó con derecho.

ESTADO DE NECESIDAD. Es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que solo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona.

²² Fran Von Liszt Citado Por Castellanos Op. Cit. Supra. P. 258.

²³ Jimenez De Asua Citado Por Castellanos Op Cit Supra P. 240

²⁴ OP Cit Supra P. 19?

El estado de necesidad para Liszt, 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.”²⁵

Tena Comenta el estado de necesidad opta por la salvación de uno de ellos; aquí sigue cobrando vigor el principio del interés preponderante, nada más cuando el bien salvado supera al sacrificado se integra la justificante, por que sólo entonces el atacante obra con derecho, jurídicamente.”²⁶

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER, EJERCICIO DE UN DERECHO.

Nuestro código federal establece en la fracción VI del artículo 15, como excluyente del delito, cuándo “la acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar al otro”.

2.1.4. IMPUTABILIDAD.

Para la tratadista Amuchategui la imputabilidad es la capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal.

²⁵ OP Cit Supra P.P. 139

²⁶ OP Cit Supra P. 204

Implica salud mental, aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal, precisamente al cometer el delito. el sujeto primero tiene que ser imputable para luego ser culpable; así no puede haber culpabilidad si previamente no se es imputable.

"ACTIONES LIBERAE IN CAUSA. Las acciones liberae in causa son aquellas libres en su causa y consiste en que el sujeto, antes de cometer el delito, realiza actos de manera voluntaria o culposa que lo colocan en un estado en el cual es imputable y comete un acto criminal por tanto la ley lo considera responsable del delito." ²⁷

"El tratadista Castellanos sostiene que la imputabilidad es la capacidad de entender y de querer en el campo del derecho penal." ²⁸

"Franz Von Liszt afirma que la imputabilidad 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." ²⁹

2.2.4. INIMPUTABILIDAD.

²⁷ Op. Cit. Supra P. 78.

²⁸ Op. Cit. Supra P. 218.

²⁹ Op. Cit. Supra.

La imputabilidad es el soporte básico y esencial del delito como cada elemento que hemos analizado tiene su aspecto negativo el aspecto negativo de este elemento son las causas de inimputabilidad.

La celebre tratadista Amuchategui afirma que el aspecto negativo de la imputabilidad consiste en la ausencia de capacidad para querer y entender en el ámbito del derecho penal.

CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.

Trastorno mental. El trastorno mental incluye cualquier alteración o mal funcionamiento de las facultades psíquicas, siempre y cuando impidan al agente comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse acorde con esa comprensión.

Puede ser transitorio o permanente, por ingestión de alguna sustancia nociva o por un proceso patológico interno. Solo se excluye al caso en que el propio sujeto haya provocado esa incapacidad, ya sea intencional o imprudencialmente.

Desarrollo intelectual retardado. El desarrollo intelectual retardado es un proceso tardío de la inteligencia, que provoca incapacidad para entender y querer, la sordomudez será causa de inimputabilidad solo si el sujeto carece de capacidad para entender y querer.

Minoría de edad. En el ART. 37 del código represivo del Estado de Guanajuato expresa que las personas menores de dieciséis años no serán responsables penalmente con arreglo a lo dispuesto en este código; en ningún caso se les podrá imponer pena alguna.

"Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo, será responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad del menor." ³⁰

"Tena afirma que 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." ³¹

2.1.5. CULPABILIDAD.

Ya sea mencionado que el delito es una conducta que debe ser típica y antijurídica ahora se estudiara el otro elemento necesario para integrarse en su totalidad el delito.

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

³⁰ Op Cit. Supra P.P. 78-80.

³¹ Op Cit. Supra P.223.

"Mientras tanto Tena sostiene que es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto." ³²

Por su parte "Villalobos expresa que la culpabilidad genéricamente consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo o indirectamente por manifiesta por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa." ³³

"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 o imprudencia. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa dolo o por descuidar las precauciones indispensable exigidas por el Estado para la vida gregaria (culpa)." ³⁴

"Según Cuello Calón el dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuosa o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso." ³⁴

³² Ib. Ídem. P. 234.

³³ Villalobos Citado Por Castellanos Op. Cit. Supra P. 234.

³⁴ Op. Cit. Supra P. 237

³⁴ Op. Cit. Supra P. 239

Por su parte Jiménez de Asúa lo define 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.

"El dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico." ³⁶

EXISTEN DIVERSAS ESPECIES DE DOLO.

DOLO DIRECTO. Es aquel en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere, hay voluntariedad en la conducta y querer del resultado

DOLO INDIRECTO. Conocido también como dolo de consecuencia necesaria se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que causara otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aun previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho.

"DOLO EVENTUAL. Existe cuándo el agente se representa como posible un resultado delictuoso, y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias. Hay voluntariedad de la conducta y representación de la posibilidad del resultado, este no se quiere

³⁶ Op. Cit. Supra. (23) P. 230.

directamente, ero tampoco se deja de querer, se menosprecia que en ultima instancia equivale a aceptarlo.”³⁷

El Código Penal del Distrito Federal en su Art. 8 menciona “las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

El dolo para Amuchategui es el causar intencionalmente el resultado típico, con conocimiento y conciencia de la antijuridicidad del hecho.

Los elementos del dolo son ético, que consiste en saber que se infringe la norma y volitivo, que es la voluntad de realizar la conducta antijurídica.

Las clases de dolo son:

DIRECTO. El sujeto activo tiene intención de causar un daño determinado y lo hace de manera que existe identidad entre la intención y el resultado típico.

INDIRECTO O EVENTUAL. El sujeto desea un resultado típico a sabiendas de que hay posibilidades de que surjan otros diferentes.

³⁷ Op Cit Supra P.P. 258-260.

GÉNÉRICO. Es la intención de causar un dolo o afectación o sea la voluntad consciente encaminada a producir el delito.

ESPECÍFICO. Es la intención de causar un daño con una especial voluntad que la propia norma exige en cada caso, de modo que deberá ser objeto de prueba.

INDETERMINADO. Consiste en la intención de delinquir de manera imprecisa, sin que el agente desee causar un delito determinado.

Existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso previsible y penado por la ley.”³⁸

“Sin embargo Mezger expresa que actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever.”³⁹

Para determinar la naturaleza de la culpa se han elaborado diversas teorías. Adquieren relevancia fundamental, como lo es la de la previsibilidad la cual fue sostenida principalmente por Carrara, para quien la esencia de la culpa “consiste en la previsibilidad del resultado no querido.” Afirma que la culpa consiste en la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsible del propio hecho; por ende se puede considerar que se funda en un vicio de la voluntad.

³⁸ OP Cit Supra P. 269-270

³⁹ Mezger Citado Por Castellanos Op Cit Supra P.247.

La segunda teoría expuesta por Binding acepta la previsibilidad del evento, pero añade el carácter de evitable o prevenible para integrar la culpa, de tal manera que no ha lugar al juicio de reproche cuando el resultado, siendo previsible, resulta inevitable.

Por último la teoría del defecto en la atención, sostenida principalmente por Angliolini, hace descansar la esencia de la culpa en la violación, por parte del sujeto, de un deber de atención impuesto por la ley.

Castellanos Tena manifiesta que existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero este surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cuales cautelas o precauciones legalmente exigidas.

DIVERSAS CLASES DE CULPA.

Culpa consciente, con previsión o con representación. Existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible pero no solamente no lo quiere, sino abriga la esperanza de que no ocurrirá. Hay voluntariedad de la conducta causal y representación de la posibilidad del resultado; éste no se quiere, se tiene la esperanza de su no producción.

CULPA INCONSCIENTE, SIN PREVISIÓN O SIN REPRESENTACIÓN. Es cuando no se prevé un resultado previsible existe

voluntariedad de la conducta causal pero no hay representación del resultado de naturales previsible.

El Art. 9 del C.P. D.F. expresa: Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previo siendo previsible o previo confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.”⁴⁰

Por su parte Amuchategui define a la culpa cuando se causa un resultado típico sin intención de producirlo, pero se ocasiona solo por imprudencia o falta de cuidado o de precaución, debiendo ser previsible y evitable.

La tratadista mencionada la tratadista, expresa que existen dos clases de culpa la culpa consciente e inconsciente.

CONSCIENTE. También llamada con previsión o con representación, existe cuando el activo prevé como posible el resultado típico, pero no lo quiere y tiene la esperanza de que no se producirá.

INCONSCIENTE. Conocida como culpa sin previsión o sin representación, existe cuando el agente no prevé el resultado típico; así, realiza la conducta sin pensar que puede ocurrir el resultado típico y sin prever lo previsible y evitable.

⁴⁰ Op Cit Supra P.P. 247-255.

JUSTIFICACIÓN DE LA PUNIBILIDAD. Se cuestiona por que si en los delitos culposos el agente no tiene intención de causar un daño o afectación a un bien jurídico, existe una pena, la respuesta es que el sujeto deja de tener la cautela o precauciones exigidas para evitar una consecuencia dañosa a otros.

DELITOS QUE PUEDEN REVESTIR LA FORMA CULPOSA. Dada la naturaleza de cada delito, solo algunos de ellos admiten la forma culposa, mientras que otros, por su propia esencia únicamente son intencionales.

CLASES DE ERROR. El error puede ser de derecho o de hecho y este a su vez ser esencial (VENCIBLE E INVENCIBLE) o accidental (aberratio ictus, aberratio in persona y aberratio delicti.)

ERROR DE DERECHO. El error de derecho ocurre cuando el sujeto tiene una falsa concepción del derecho objetivo. No puede decirse que es inculpable quien comete un ilícito por error de derecho, ni puede serlo por ignorar el derecho, pues su desconocimiento no excusa de su cumplimiento.”⁴¹

2.2.5. CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

⁴¹ Op Cit Supra P.P 84-85.

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad; significa la falta de reprochabilidad ante el derecho penal, por faltar la voluntad o el conocimiento del hecho. es aquí que nos encontramos con el quinto elemento del delito.

CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

Error esencial de hecho invencible.

Error. Es la falsa concepción de la realidad; no es la ausencia de conocimiento, si no un conocimiento deformado, o incorrecto.

Ignorancia. Es el desconocimiento absoluto de la realidad o la ausencia de conocimiento.

Error de hecho. El error recae en condiciones del hecho, así, puede ser de tipo o de prohibición. El primero es con respecto a los elementos del tipo, en el segundo, el sujeto cree que no es antijurídico obrar.

Error esencial. Es un error sobre un elemento de hecho que impide que se dé el dolo.

Error esencial vencible. Cuando subsiste la culpa a pesar del error.

Error esencial invencible. Cuando no hay culpabilidad. Este error constituye una causa de inculpabilidad.

Error accidental. Cuando recae sobre circunstancias accesorias y secundarias del hecho.

ABERRATIO ICTUS. Es el error en el golpe. De todas formas se contraria la norma.

ABERRATIO IN PERSONA. Es el error sobre el pasivo del delito.

ABERRATIO IN DELICTI. Es el error en el delito. se produce otro ilícito que no era el querido.

EXIMENTES PUTATIVAS. Son los casos en que el agente cree ciertamente (por esencial de hecho) que esta amparado por una circunstancia justificativa por que se trata de un comportamiento ilícito.

LEGÍTIMA DEFENSA PUTATIVA. El sujeto cree obrar en legítima defensa por un error esencial invencible de hecho.

LEGÍTIMA DEFENSA PUTATIVA RECIPROCA. Dos personas pueden obrar por error esencial invencible de hecho, ante la creencia de una agresión injusta y obrar cada una en legítima defensa por error.

LEGÍTIMA DEFENSA REAL CONTRA LA LEGÍTIMA DEFENSA PUTATIVA. Puede ocurrir también una conducta típica resultante de obrar una persona en legítima defensa real contra otra que actúa en legítima defensa putativa. Habrá dos resultados típicos y dos excluyentes de

responsabilidad, al primero le beneficiara una causa de justificación y al otro una causa de inculpabilidad.

ESTADO DE NECESIDAD PUTATIVO. La comisión de un delito puede existir cuando alguien por error esencial de hecho invencible, cree encontrarse en un estado de necesidad. Para algunos autores, cuando los bienes jurídicos son de igual jerarquía, consideran que se trata de su estado de necesidad como causa de inculpabilidad.

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER PUTATIVO. El sujeto puede creer que actúa en cumplimiento de un deber a causa de un error esencial de hecho invencible.

EJERCICIO DE UN DERECHO PUTATIVO. Esta figura será factible si se produce un delito bajo un error de la misma naturaleza, cuando el sujeto cree que actúa en ejercicio de un derecho.

OBEDIENCIA JERARQUICA. Cuando el inferior produzca un resultado típico en cumplimiento de una obligación legal, y será causa de inculpabilidad cuando sepa que la conducta es ilícita, pero por temor obedece a la disciplina pues se coacciona la voluntad.

Castellanos afirma que las eximentes putativas son 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 bien que su conducta no es típica.

Con las reformas de 1993, publicadas en 10 de enero de 1994, se elimina la preterintencionalidad, ya que el artículo 8 expresa " Las acciones y omisiones delictivas, solamente pueden realizarse dolosa o culposamente."

2.1.6. PUNIBILIDAD.

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción. También se utiliza la palabra punibilidad, con menos propiedad, para significar la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito.

Aún se discute si la punibilidad posee o no el rango de elemento esencial del delito. Dice Porte Petit. Para mi que he tratado de sistematizar los elementos legales extraídos del ordenamiento positivo, indudablemente la penalidad es un carácter de delito y no una simple consecuencia del mismo.

Opiniones en contrario, pueden citarse entre otras, las de Raúl Carranca y Trujillo, quién menciona que al hablar de las excusas absolutorias afirma, certeramente a nuestro juicio que tales causas dejan subsistir el carácter delictivo del acto y excluyen sólo la pena. De esto se infiere que para él la punibilidad no es elemento esencial del delito si falta (las excusas absolutorias forman el factor negativo) el delito permanece inalterable.

Celestino Porte Petit, después de nuevas y fecundas investigaciones decididamente se pronuncia por negar a la punibilidad el rango que antaño le concediera: "Cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho, típicos, antijurídicos, imputables y culpables pero no punibles en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad, lo cual viene a confirmar que esta no es un elemento sino una consecuencia del delito." ⁴²

"Por su parte Amuchategui define a la punibilidad como la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viole la norma." ⁴³

2.2.6. EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

En función de las excusas absolutorias no es posible aplicar una pena, puesto que constituyen el aspecto negativo de la punibilidad.

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

ALGUNAS ESPECIES DE EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Excusa en razón de mínima temibilidad. El Art. 375 del código penal vigente establece que cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el

⁴² Op Cit Supra P.P. 25-278

⁴³ Op Cit Supra P. 90

salario, sea restituido por el infractor espontáneo y pague este todos los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia. La razón de esta excusa debe buscarse en que la restitución espontánea es una muestra objetiva del arrepentimiento y de la mínima temibilidad del agente.

Excusa en razón de la maternidad consciente. El Art. 333 del código penal establece la impunidad en caso de aborto causado sólo por imprudencia de la mujer o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

Excusa por no exigibilidad de otra conducta. Se encuentra establecido en el Art. 400 del C. P. D. F., donde determina el encubrimiento de determinados parientes y ascendientes y de otras personas.

Excusa por estado de necesidad. Aquí la ausencia de punibilidad se presenta en función de que el sujeto activo se encuentra ante un estado de necesidad. Se encuentra establecido en el Art. 379 del C. P. D. F.

CAPÍTULO III

CAPITULO III

LA PENA.

Para algunos tratadistas, la Punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de cierta conducta, de modo que un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a una pena, tal merecimiento acarrea una conminación legal de aplicación de esa sanción.

"Aún se discute sobre la Punibilidad como elemento esencial del delito o no. Para Porte Petit es una consecuencia del delito, afirmando que cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de Punibilidad, concurre una conducta o hecho, típico, antijurídico, imputable y culpable, pero no punible en tanto no se llene la condición objetiva de Punibilidad." ⁴⁴

Para imponer una pena como castigo al delinciente por cometer un delito, se realiza el acto de punir, que se identifica con el IUS PUNIENDI, que es el derecho de castigar que el Estado ejerce a través de la disposición de las penas, de acuerdo con el artículo 21 Constitucional.

3.1. PENOLOGÍA.

⁴⁴ Porte Pétit. Apuntes de la Parte General del Derecho Penal. Ed. Mimeográfica. México, 1960. p. 150.

La penología es el conjunto de disciplinas que tiene por objeto el estudio de las penas, su finalidad y su ejecución, así como las medidas de seguridad.”⁴⁵

Algunos autores ubican a la penología dentro de la criminología; otros la consideran una rama autónoma.

La pena en palabras de Cuello Calón es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal.

Para Frank Von Liszt, es el mal que el juez inflinge al delincuente a causa de su delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor.

3.2. DIVERSAS DOCTRINAS DE LA PENA.

De forma que se han elaborado numerosas doctrinas para justificar a la pena, entre las cuales encontramos:

a) Teorías Absolutas, que afirman que la pena carece de una finalidad práctica, que se aplica por exigencia de la justicia absoluta, aseguran que es la justa consecuencia del delito cometido y el delincuente la

⁴⁵ García Ramírez Sergio. Represión y Tratamiento Penitenciario de Criminales. Ed. Porrúa, México, 1962. p. 45.

debe sufrir, ya sea a título de reparación o de retribución por el hecho ejecutado.

b) "Teorías Relativistas, consideran a la pena como medio necesario para asegurar la vida en sociedad. Es decir, previsión general como amenaza para que los sujetos no cometan delitos o como previsión particular, que consiste en la imposición de la pena para que sirva como ejemplo y el sujeto no vuelva a delinquir." ⁶

c) "Teorías Mixtas. Entre las más difundidas se encuentra la de Rossi, quien toma como base el orden moral eterno e inmutable, preexistente a todas las cosas. Junto a él, existe el orden social obligatorio, correspondiente a ambos órdenes, una justicia absoluta y otra relativa, respectivamente; La relativa es la misma justicia absoluta que desarrolla toda su eficacia en la sociedad humana por medio del poder social, dándole a la pena un tono moral para la represión criminal que la eleva y la ennoblece." ⁴⁷

3.3. FINES Y CARACTERÍSTICAS DE LA PENA.

"El fin último de la pena es la salvaguarda de la sociedad. Para eso, debe ser intimidatoria, evitando la delincuencia por el temor de su aplicación; debe ser ejemplar al servir de ejemplo a los demás, para que todos adviertan la efectividad de la amenaza estatal; debe ser correcta, al producir en el penado la readaptación a la vida normal, mediante tratamientos curativos y

⁶ Castellanos, Fernando. Op. Cit. p. 312.

⁴⁷ Cuello Calón. Derecho Penal T. I. Barcelona, 1947. p. 536.

educacionales, impidiendo la reincidencia; debe ser eliminatoria, ya sea temporal o definitiva, según el condenado pueda readaptarse o no a la vida social; y debe ser justa, pues de lo contrario acarrearía males mayores para toda la colectividad".⁴⁸

3.4. CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS.

- "Por su fin preponderante, se clasifican en:"⁴⁹

a) Intimidatorias, si se aplican a sujetos no corrompidos.

b) Correctivas, si se imponen a individuos susceptibles de corrección

c) Eliminatorias si se aplican a inadaptados peligrosos.

• Por el bien jurídico que afectan y atendiendo a su naturaleza, las penas pueden ser:

a) Contra la vida, como la pena capital

b) Corporales, como los azotes, marcas, mutilaciones, etc.

c) Contra la libertad como la prisión, confinamiento, prohibición de ir a lugar determinado.

d) Pecuniarias, privan de algunos bienes patrimoniales como la multa y reparación del daño.

⁴⁸ Castellanos, Fernando. Op. Cit. p. 313.

⁴⁹ Ib. Idem. p. 314.

e) Contra ciertos derechos, como la pérdida o suspensión de la patria potestad y la tutela.

3.5. PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD EN GUANAJUATO.

El C.P. de Gto. en su artículo 38, describe un catálogo de penas que pueden imponerse por la comisión de delitos:

- I. Prisión
- II. Semilibertad
- III. Trabajo a favor de la comunidad
- IV. Sanción Pecuniaria
- V. Decomiso de instrumentos del delito y destrucción de cosas peligrosas y nocivas.
- VI. Suspensión, privación e inhabilitación de derechos, destitución o suspensión de funciones o empleos e inhabilitación para su ejercicio y desempeño
- VII. Prohibición de ir a una determinada circunscripción territorial o de residir en ella.
- VIII. Las demás que prevengan las leyes.

La prisión consiste en la privación de la libertad personal, en la institución penitenciaria que el Ejecutivo del Estado designe. Su duración va de 10 días a 40 años.

El trabajo a favor de la comunidad consiste en la prestación de servicios no remunerados, en instituciones públicas o instituciones asistenciales privadas y puede ser una pena autónoma o sustitutiva de la prisión o de la multa.

La semilibertad condicionada consiste en alternar periodos de libertad con periodos de prisión, según las circunstancias del caso y las condiciones que establece el Código.

Las sanciones pecuniarias son la multa y la reparación del daño. La multa consiste en el pago al Estado de una suma de dinero que se fije en la sentencia por días multa, tomando en cuenta las reglas para fijación de la cuantía, la capacidad económica del sentenciado y circunstancias personales.

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

- I. La restitución de la cosa obtenida por el delito, con sus frutos y acciones, así como el pago de deterioros y menoscabos en su caso.
- II. El pago del daño material causado.
- III. El pago del daño moral.
- IV. La indemnización de los perjuicios ocasionados (Art. 55 y 56).

La reparación del daño puede ser exigible a terceros con el carácter de responsabilidad civil (Art. 59). Tienen derecho a la reparación

del daño el sujeto pasivo y las personas que dependían económicamente de él, conjuntamente con quien tengan derecho a alimentos conforme a la ley.

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

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

La destitución consiste en la separación definitiva de las funciones, cargos, empleos o comisiones públicas que se estén ejerciendo. La inhabilitación implica una incapacidad legal temporal o definitiva para obtenerlos y ejercerlos.

En cuanto a la prohibición de ir a determinada circunscripción territorial o de residir en ella, se regula, en virtud de que el Tribunal toma en cuenta las circunstancias del delito y del delincuente y comenzará a partir de que sea compurgada la pena de prisión impuesta.

MEDIDAS DE SEGURIDAD.

Intentan de modo fundamental la evitación de nuevos delitos, recaen sobre una persona especialmente determinada en cada caso, por haber

cometido una infracción típica y se aplican como alternativa cuando no se aplique una pena. " ⁵⁰

De acuerdo con el artículo 89 del C. P. Gto., las medidas de seguridad que podrán imponerse son:

- I. Tratamiento de inimputables.
- II. Deshabitación.
- III. Tratamiento psicoterapéutico integral.
- IV. Las demás que señalen las leyes.

El tratamiento de inimputables, consistirá en internación en el establecimiento especial público o privado que se juzgue adecuado para la rehabilitación del inimputable o la rehabilitación bajo custodia familiar.

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

El tratamiento psicoterapéutico integral se aplica al responsable de violencia intra familiar o de un delito cometido a un sujeto con quien tenga relación de parentesco, matrimonio, o concubinato.

⁵⁰ Villalobos. Ignacio. Op. Cit. P. 512.

3.6. APLICACIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD EN GUANAJUATO.

Las penas y medidas de seguridad se fijan de acuerdo a los límites señalados para cada caso y de acuerdo a las reglas señaladas en el artículo 100 y siguientes del C. P. Gto., para individualizar la pena y medida de seguridad.

La conmutación de la pena de prisión puede aplicarse cuando los delincuentes cumplan con los requisitos del Art. 45 y que la pena no exceda de 4 años por multa a razón de un día multa por cada día de prisión.

La condena condicional suspende la ejecución de la sanción privativa de libertad impuesta, si concurren los requisitos del Art. 105 del C. P. Gto.

Ausencia de Punibilidad: Las excusas absolutorias.

En función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena, pues constituyen el actor negativo de la Punibilidad. "Las excusas absolutorias son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta, impiden la aplicación de la pena."⁵¹

El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o de equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En

⁵¹ Castellanos, Fernando. Op. Cit. p. 276.

presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito, permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición.

Las excusas absolutorias se encuentran diseminadas por todo el Código Penal de Guanajuato, en la parte especial. Algunas especies de excusas absolutorias las encontramos en:

A) Art. 155. Homicidio y lesiones culposos no serán punibles cuando el sujeto pasivo sea cónyuge, concubino o concubina, ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano o pariente por afinidad hasta el segundo grado, adoptante o adoptado del activo.

B) Art. 163. Aborto consentido o procurado por culpa de mujer embarazada o cuando el embarazo sea producto de una violación.

C) Art. 196. Robo no se pune cuando la cuantía no exceda de 20 días de salario mínimo y el activo repara voluntaria e íntegramente el daño.

D) Art. 232. Párrafo 3. A los que violen correspondencia que ejerzan la patria potestad o la tutela tratándose de sus hijos menores de edad o de quienes se hallen bajo su guarda.

E) Art. 277. Encubrimiento no se sanciona si se trata de parientes en línea recta ascendiente o descendiente, consanguínea, afín o por adopción, etc.

CAPÍTULO IV

CAPITULO IV

LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN.

4.1. CONCEPTOS.

Las medidas de cautela o garantía pueden ser primarias o principales, por un lado, y secundarias por el otro. Las más conocidas y estudiadas son las principales.

Mientras que las primarias o principales aseguran, entre otras cosas, la eventual ejecución de una sentencia condenatoria -es decir, son medidas que están subordinadas a una medida definitiva-, las secundarias son medidas que aseguran que no se aplique la medida cautelar principal, debido a lo cual, son contragarantías.

En el campo procesal penal decimos que la privación provisional de la libertad funciona como una medida de cautela o garantía (cuyo objeto es la eventual sentencia condenatoria). Podemos agregar que se trata de una medida de cautela primaria o principal, porque esa medida también tiene su "antídoto" para que no se ejecute; y la contragarantía.

En su esencia, los medios de contragarantía -como llamaremos a esas medidas secundarias- son verdaderas medidas cautelares, pero se caracterizan por ser medidas o proveimientos que garantizan o aseguran la no ejecución de otra medida cautelar. Podemos decir que son medidas de cautela

que evitan se aplique una medida cautelar principal. Son contramedidas; esto es, contragarantías.

"Aquí la caución -dice Calamandrei, refiriéndose a una de las medidas de contracautela a que aludiremos- funciona, pues, en calidad de cautela de la cautela o, como se ha dicho autorizadamente, de contracautela".

7

También puede afirmarse que la privación ilegal de la libertad física por un lado, y por el otro la caución, el arraigo, o la palabra empeñada, funcionan ambas de manera opuesta, otorgadas a cada parte, como si buscaran el equilibrio interpartes.

"Las medidas de contracautela (más precisamente de contragarantías), afirma Calamandrei, para suavizar los inconvenientes que podrían derivar de errores de previsión, dan al juez la posibilidad de acordar en vía cautelar, junto a la medida dispuesta para la hipótesis de que la providencia principal sea favorable al solicitante una contramedida destinada a funcionar en el caso de que la providencia principal le sea desfavorable".⁸

No se olvide, que en el caso de libertad provisional no se deniega el procesamiento, sino la detención, es decir, se excarcelara mientras sigue el proceso. Dicho de otra manera: la contragarantía sustituye la detención provisional.

⁷ Calamandrei Piero, *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, Edición Bibliográfica, Buenos Aires, 1945, Pág. 64.

⁸ Ib. Ídem. Pág. 76.

Dentro del Derecho Procesal Penal nos referiremos básicamente a tres medios de contracautela o contragarantía, en tanto de medios para obtener la libertad provisional:

- a) Caución.
- b) Arraigo, y
- c) Palabra.

Esto no significa que neguemos que en el derecho procesal sean conocidas otras formas de contragarantías. En el proceso civil, por ejemplo, se conoce la caución para que no se lleve a cabo embargo, que en nuestro Código Federal se encuentra establecida en el Art. 149. No obstante, sólo nos referiremos a las tres mencionadas, por considerar que son las principales en el procedimiento penal.

Adviértase que no debe confundirse la contramedida (caución, arraigo, palabra) con el resultado que se obtiene luego de constituida o depositada (esto es, la libertad provisional). Tampoco debe creerse que siempre que se conceda o reconozca una libertad estamos en presencia de una hipótesis que permita pensar en una contragarantía. Hay casos en que libertad física del enjuiciado se concede de manera pura o simple, es decir, sin contragarantía, como en los casos en que se decreta "auto de libertad sin fianza ni protesta", que es un auto restitutorio de la libertad (total o parcial)

debido a que el delito por el que ha de continuar el proceso no se sanciona con pena corporal. Y hay casos en que la libertad sólo opera mediante contragarantía. Es a este segundo caso al que nos abocaremos en este capítulo.

Antes de continuar en el estudio de cada una de las formas para obtener la libertad mediante la contragarantía, conviene preguntarnos si su naturaleza es o debe ser la de un incidente o de una medida cautelar o contragarantía.

Por lo pronto, tenemos el dato de que nuestras leyes tratan a esas formas de contragarantía en el capítulo de los incidentes. Contamos, además, con gran número de penalistas (no procesalistas) que sin reflexión alguna, así como por inercia, se atreven a llamarles incidentes.

Realmente, no son incidentes. "García Ramírez, por ejemplo, asienta que no lo son, pues la libertad bajo caución -que es a la que se refiere-, debe darse de inmediato. Si se diese carácter incidental al otorgamiento de la libertad provisional bajo caución, se violará la garantía constitucional, al desconocer la inmediatez que esta dispone".⁹

Retomar la idea de que la libertad provisional es un incidente, o que la caución, el arraigo o la palabra son incidentes, equivale a volver aún más atrás de las ideas de Carnelutti, cuando centró su atención en lo que llamó

⁹ García Ramírez, Sergio y Adato, Victoria, *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, Editorial Porrúa. México 1980. Pág. 533.

procesos cautelares, óptica ésta que afortunadamente, fue después enderezada por Calamandrei, al poner el acento en la medida.

La libertad provisional, o cualquiera de las contragarantías que a ella dan lugar, no constituyen un proceso autónomo y tampoco son proceso. En ellos no se plantean conflictos y, por lo tanto, tampoco son un proceso incidental. Se trata simplemente de una contramedida, de una contragarantía que restituye la libertad.

4.2. CAUCIÓN.

"A partir del liberalismo -apunta Rivera Silva-, el dinero adquiere un puesto tan importante como la libertad. Spengler, con mucha razón, manifiesta que el símbolo de la sangre deja su lugar al símbolo del dinero. Esta importancia que adquieren los factores económicos a partir de la Revolución Francesa, se subraya en las instituciones que estamos estudiando, en donde un valor muy apreciado, como es la libertad, sólo es sustituido por otro muy apreciado: el dinero. La situación indicada provoca, en todos los que no tienen poder económico, una fuerte protesta contra la libertad bajo caución, en la cual ven un producto fiel del pensamiento burgués".¹⁰

¹⁰ Rivera Silva Manuel, *El Procedimiento Penal*, Editorial Porrúa, México 1975, Pág. 347.

"García Ramírez, corrige a Rivera Silva, pues el dinero no queda en lugar de la libertad, sino en lugar de la prisión, porque dinero y libertad concurren y no en cambio, dinero y prisión".¹¹

De esta manera, la privación provisional de la libertad (arresto o prisión preventiva) es canjeada por la caución, esto es, por otro bien con respaldo económico. "Y aún cuando, como lo expresa Juventino Castro al indicar que no existe equivalencia entre el aseguramiento de un inculpado para evitar se escape de la justicia, y la obtención de una suma de dinero para el Estado para el caso de que este evento ocurra, lo cierto es que la Constitución así lo prevé".¹²

En Estados Unidos, muchos expertos sostienen que la caución monetaria es uno de los más inaceptables aspectos de la justicia penal. Es discriminatoria porque funciona contra los pobres, es costosa porque el gobierno tiene que pagar por la reclusión de aquellos acusados imposibilitados para cubrir una fianza y que en otra condición podrían estar en la comunidad; es muy creíble que una alta porción de sentencias condenatorias sean dadas para aquellos que en la cárcel esperan juicio, en comparación con los que disfrutaban de la caución; y la detención de las personas que no pueden pagar ha provocado efectos deshumanizante entre ellos.

¹¹ García Ramírez Sergio, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Editorial Porrúa, México 1974, Pág. 409.

¹² Castro Juventino, *Lecciones de Garantías y Amparo*, Editorial Porrúa, México 1974, Pág. 257.

Por lo que atañe al objeto garantizado, las opiniones de los estudiosos se han conferido hacia dos áreas: a) la puramente penal, y b) la civil de resarcimiento del daño.

“En lo que hace a la primera, González Bustamante afirma que la caución tiende a garantizar que el inculpado no se sustraiga a la acción de la justicia”.¹³ Por su parte, “Colín Sánchez agrega que también para que el acusado comparezca a participar en los actos procedimentales, cuantas veces sea requerido”.¹⁴

Mientras que en lo civil este tipo de contragarantías se dice que garantiza los daños que se pudiera causar a la contraparte, en lo penal se podría afirmar que funciona como una especie de sanción al incumplir condiciones que se imponen y aparecen al otorgarse la libertad bajo caución. De manera que si se incumplen esas condiciones paralelas, se pierde a favor del Estado el monto de la caución depositada.

Al examinar la cuestión con mayor detenimiento se advertirá que la caución (patrimonio afectado) funciona como un sustituto de la prisión o detención preventiva, y que (sin tener en cuenta las sanciones) garantiza precisamente la detención o prisión sustituida.

¹³ González Bustamante, Juan José, Principios de Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa, México 1971, Pág. 300 y 301.

¹⁴ Colín Sánchez Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, Tomo I, México 1964, Pág. 271.

En lo que concierne a la garantía civil, se ha dicho que otro de los objetos que ha de garantizar la caución es el resarcimiento del daño causado con motivos del delito, y aquí se plantea como apoyo lo establecido en el artículo 35 del Código Penal, cuando establece que "los depósitos que garanticen la libertad caucional se aplicarán al pago de la sanción pecuniaria..."; así como en el artículo 399 del C. F. P. P., cuando indica que el tribunal, al fijar el monto de la garantía debe hacer "señalamiento específico sobre los daños y perjuicios...". A estas disposiciones se agrega lo establecido en el artículo 417 del C. F. P. P.. En este caso, tal parece que la caución se remontara a la antigüedad, rememorando la *cauti iudicatum solvi*.

En realidad, la caución depositada dentro del proceso penal puro no garantiza el pago del daño, que es objeto o materia del proceso civil derivado del delito. En todo caso, el legislador sólo ordena que para la fijación del monto de la caución penal (no la civil) se tenga en consideración el valor del daño, pero no que lo garantice.

4.3. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

El artículo 20 establece: En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

- 1.- Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su

caso puedan imponerse al inculpaado y no se trate de delitos en que por su gravedad de la ley expresamente prohíba conceder este beneficio.

El monto y la forma de caución que se fije deberán ser asequibles para el inculpaado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución inicial.

El juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso.

Antes de referirme a las fracciones del artículo 20, es preciso examinar el primer párrafo del precepto, la cabeza a la que se vinculan sus estipulaciones. Ese encabezado decía así antes de la reforma de 1993: "En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías: Hoy manifiesta: "En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpaado las siguientes garantías. Este texto contiene varios conceptos relevantes. Uno de ellos, el de garantías, es común a todas las normas concentradas en el capítulo I del título primero de la Constitución. Bajo aquel nombre, el artículo 20 está disponiendo cierto número de derechos públicos subjetivos -derechos humanos- en favor de una categoría de individuos -los inculpaados- en determinada circunstancia o situación jurídica - el proceso penal. Se trata, pues, de facultades, derechos o prerrogativas que el hombre puede esgrimir frente al Estado y que éste, en consecuencia, debe respetar.

La cabeza del artículo 20 habló, como dije, de juicio del orden criminal. Anteriormente se abordan las cuestiones penales con ese giro: criminal. Una antigua división de conductas antisociales -que algunos países conservan- distinguió entre faltas, delitos y crímenes, que eran o son los delitos más graves. En la época napoleónica de las grandes codificaciones, el ordenamiento procesal de esta materia se denominó Código de Instrucción Criminal. También se identificó como derecho criminal, esto es, de los crímenes, a la rama del orden jurídico que hoy conocemos como derecho penal, es decir, de las penas. Esta perspectiva tradicional se incorporó en la cabeza del artículo 20; de ahí, pues, que se hablase de juicio del "orden criminal".

En la actualidad se alude, según señalé, a proceso de orden penal, expresión que equivale, en lo fundamental, a juicio del orden criminal, y que distingue a este proceso de otros enjuiciamientos con diverso contenido: civil, familiar, laboral, agrario, administrativo, etc.

Dos palabras acerca de la expresión proceso. Así se denomina al medio para resolver la controversia que se ha planteado y sobre la cual decidirá un órgano estatal: tribunal o juzgado. En este sentido, para que haya proceso es necesario que el asunto esté sujeto al conocimiento de dicho órgano. Si esto aún no sucede, no haya proceso: si el juez o el tribunal han concluido su conocimiento del asunto, el proceso ha terminado.

Así, no hay todavía proceso de orden penal cuando el Ministerio Público está investigando los hechos para normar su propio criterio y actuar

en consecuencia. El Ministerio Público no juzga, sino indaga; es el juez quien juzga. Esto último ocurre cuando el Ministerio Público ejercita la acción penal -formula una consignación, se suele decir- y presenta el caso a la autoridad judicial. Ésta asume entonces el conocimiento del problema; inicia el despacho de sus propias atribuciones; el proceso ha comenzado. Bajo esta misma perspectiva son equivalentes las voces "juicio" y "proceso", que resultarían diferentes a la luz de otras referencias técnicas, ajenas al propósito y el alcance del presente comentario.

El primer párrafo del artículo 20 utilizó el concepto "acusado". Éste era el titular o el beneficiario de las garantías en el juicio del orden criminal. Se dice que un sujeto es acusado, penalmente, cuando el órgano de la acusación, esto es, el Ministerio Público, ha formulado en su contra una acusación ante el tribunal que conoce la causa. Si todavía no hay acusación ante el juez, tampoco existe, propiamente, un acusado. Es esto lo que acontece en el periodo de averiguación previa, en que el Ministerio Público investiga el delito y la probable responsabilidad de quienes han sido señalados como autores del delito. Entonces hay indiciados, inculcados o imputados, pero no acusados, puesto que no se ha formulado acusación alguna, ni es posible que se formule aún, dado que la indagación no ha concluido ni se ha sometido el asunto al juez o tribunal que debe resolver en definitiva.

Si se hubiese considerado esa expresión constitucional en su valor estricto, cosa que nunca ocurrió, se habría llegado a la conclusión de que las garantías o derechos que consagra el artículo 20 sólo beneficiaban al individuo que tenía la condición de acusado en un juicio penal, o dicho de otro

modo, a quien había sido consignado y se encontraba sujeto a la autoridad de un juez. A la misma conclusión se llegaba con la simple lectura de las fracciones del artículo 20, en sus términos anteriores a 1993: aludían claramente a la etapa del procedimiento en que el sujeto se hallaba sometido al proceso, y no a una fase anterior. Por ende, las garantías del artículo 20 no abarcaban el periodo del procedimiento que se desarrolla ante el Ministerio Público, la averiguación previa, que no constituye un verdadero juicio o proceso y en la que el individuo no tiene el carácter de acusado.

Ahora bien, es importante destacar, para la comprensión del desarrollo que en nuestro derecho han tenido varias garantías procesales, que se sostuvo frecuentemente la posibilidad -trasladada a normas secundarias- de que la ley extendiera los derechos del acusado, convirtiéndolos en derechos del individuo sometido a una averiguación previa. Esto significó una anticipación de garantías. Por otra parte, también se apoyó la posibilidad de ampliar, en el proceso mismo, el alcance de las garantías que consagraba la Constitución. Esto implicó, a su vez, una ampliación de garantías por obra de la ley secundaria. Tal cosa aconteció en lo que respecta, por ejemplo, a la libertad bajo caución y a la intervención del defensor. También sucedió en lo que toca a la emisión del auto de formal prisión, regido por el artículo 19 constitucional, a cuyo comentario me remito.

¿Cómo era posible semejante anticipación o ampliación de la garantía constitucional, a efecto de que abarcase situaciones que no fueron consideradas por el Constituyente ni quedaron establecidas en la ley suprema? Esto se debió a que la Constitución sólo contiene una porción de los

derechos del hombre, pero no la totalidad. Recordemos que el concepto de Estado de derecho implica que los individuos -gobernados, administrados, ciudadanos- tienen, en principio, amplias libertades, sólo limitadas por el derecho de los demás integrantes de la comunidad política. En cambio, el Estado únicamente tiene las atribuciones que las leyes expresamente le confieren. La regla, pues, es la libertad del hombre y la restricción del poder público.

La Constitución, por su parte, recoge esa regla y establece el conjunto fundamental de los derechos del ser humano: las facultades que los antiguos textos denominaron naturales e inalienables, es decir, los derechos de mayor relevancia y jerarquía. Esto no supone, en modo alguno, que esos sean todos los derechos del individuo y que para ampliar éstos -en numerosos ámbitos- sea preciso reformar la Constitución e incorporar explícitamente cada una de las nuevas facultades.

La Constitución incorpora un *minimum* de derechos, irreductible para el legislador ordinario; éste puede, sin embargo, extender ese *minimum* y crear nuevos derechos que vengán a enriquecer el catálogo de las libertades del individuo. Esto es lo que hicieron, con plena razón y propósito inobjetable, las normas de la legislación secundaria que ensancharon los derechos relativos a la libertad provisional, la asistencia jurídica mediante defensor o el plazo para emitir auto de formal prisión.

A continuación me referiré a las medidas precautorias incluidas en el artículo 20 de la Constitución. Se localizan en las fracciones I, II y X.

Antes de examinar estas normas conviene advertir que las medidas cautelares o precautorias sirven al propósito de salvaguardar la materia del proceso o asegurar a las personas y las cosas relacionadas con éste, para hacer posible, en su hora, la emisión y el cumplimiento de la sentencia. No implican la decisión del litigio: siempre queda a salvo la resolución final, que confirmará o modificará el sentido de la medida precautoria. Por ejemplo, el juez puede disponer el embargo de un objeto o la detención de una persona, todo ello con carácter provisional, hasta que llegue la hora de dictar sentencia.

Las medidas precautorias pueden recaer sobre personas o cosas. Esto ocurre en diversas ramas del derecho, y desde luego en el ámbito penal. Aquí son más intensas, frecuentes e importantes las medidas sobre las personas: generalmente se relacionan con la libertad, sea que priven de ella (detención, prisión preventiva), sea que sólo la restrinjan (arraigo).

La Constitución no regula todas las medidas de este género; sólo se refiere a las más importantes. Así, el artículo 11, acerca de la libertad de tránsito, previene que el ejercicio de este derecho se subordina a las facultades judiciales en los casos de responsabilidad penal o civil. El artículo 16 aborda la detención del presunto responsable de un delito hasta que el Ministerio Público disponga su consignación o libertad, según corresponda, o sea presentado ante el juez que dictó la orden de aprehensión. El artículo 18 -a cuyo comentario me remito- rige en materia de prisión preventiva. Y el artículo 20 se refiere a incomunicación (fracción II), prisión preventiva (fracción X) y libertad provisional (fracción I).

Una severa y justificada crítica se alza en contra de las medidas que restringen o suprimen la libertad del inculpado. En efecto, es injusto "castigar para saber si se debe castigar", como dijo un clásico; lo es anticipar una pena; lo es privar de un bien valioso a un individuo cuya responsabilidad penal permanece incierta. Empero, hasta ahora no ha sido posible prescindir de la detención del inculpado por graves delitos. Con ello se pretende asegurar la presencia del sujeto en el proceso y garantizar la eficacia de la sentencia. Esto abarca la detención, en estricto sentido (artículo 16) y la prisión preventiva (artículos 18 y 20, fracción X).

Desde hace mucho tiempo se ha previsto y utilizado la incomunicación como medio para acentuar la detención del inculpado y favorecer la investigación del delito. No me refiero, por supuesto, a detenciones ilegítimas y abusivas, sino sólo a medidas de este género autorizadas y reguladas por la ley. Ahora bien, en nuestro país está absolutamente prohibida la incomunicación, por expreso mandato de la fracción II del artículo 20 constitucional. Originalmente, esta norma se refirió a la incomunicación con la que se compelia al acusado para que declarase en su contra. Empero, la interpretación uniforme de esa fracción rechazó cualquier incomunicación, independientemente del propósito que se persiguiese con ella en el procedimiento penal. La redacción actual de la fracción II prohíbe de plano la incomunicación.

Dije que el precepto fundamental sobre la prisión preventiva es el artículo 18 de la ley suprema; éste indica cuándo es posible, legalmente,

imponer prisión preventiva. A su turno, la fracción X del artículo 20 estatuye dos limitaciones a esta medida (primero y segundo párrafos) y una regla sobre el cómputo de la prisión preventiva para la ejecución de la pena privativa de la libertad (tercer párrafo).

Previene el primer párrafo de esa fracción que "en ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por la falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo". Se suele sintetizar esta disposición diciendo que "no hay prisión por deudas". De este modo se ha cerrado la puerta a una costumbre antigua y opresiva: la reclusión de los deudores, es decir, no de los responsables del delito, sino de quienes asumieron una obligación puramente civil que no han podido o querido cumplir.

En la actualidad, el inculpado tiene derecho a obtener su libertad bajo caución "siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio". En tal virtud: a) la libertad procede con independencia de la sanción aplicable al delito, a no ser que se trate de los llamados delitos graves, que la ley secundaria precisa -como se desprende de las normas transitorias del decreto de reforma constitucional-, en cuyo caso el juez carece de atribuciones para conceder la excarcelación provisional. Así, el juez se limita a otorgar o negar la libertad en función de la naturaleza grave o no del delito, pero no puede valorar las características del hecho o del probable infractor para desprender de esa valoración la

conveniencia o inconveniencia de liberar al sujeto, y b) para fijar el monto de la caución, el juzgador sólo tomará en cuenta -además de los elementos que en el siguiente párrafo mencionaré- el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias- esto es, la multa- que pudieran imponerse al imputado. Por ende, para establecer la garantía no está constitucionalmente obligado a considerar otros datos, como las circunstancias personales del inculpaado y la gravedad del delito que se impute a éste; ni se hace referencia a otros factores que pudieran influir en la caución, como el riesgo mayor o menor de que el sujeto pueda sustraerse a la acción de la justicia; ni ha de tomar en cuenta el perjuicio causado a la víctima -concepto diferente al daño-; ni existe un monto máximo de caución, que no pueda rebasar el juzgador; ni entran en juego apreciaciones derivadas del grado de culpabilidad del probable infractor: dolo o culpa.

El segundo párrafo de la fracción I señala que el monto y la forma de caución "deberán ser asequibles para el inculpaado". Empero, "en circunstancias que ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución inicial". Esta prevención fue incorporada en la ley suprema para favorecer la excarcelación de personas con escasos recursos económicos. Nótese que el precepto sólo se refiere a la disminución del monto de la caución inicial, es decir, la establecida en primer término; no se alude a los montos fijados en actos posteriores, a la luz de nuevas estimaciones sobre el daño causado y la multa aplicable.

El tercer párrafo de la fracción I incorpora la revocabilidad de la libertad provisional bajo caución, que no consideraba la redacción anterior,

"cuando el procesado incumpla en forma grave cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso". Como se ve, la Constitución no sustenta la revocabilidad en cualesquier incumplimientos, sino sólo en los de carácter grave, y para este fin se refiere únicamente -a título de garantía del inculpaado- a los deberes que éste tenga "en razón del proceso" que se les sigue, no a otro género de obligaciones.

Además de la libertad bajo caución, en nuestro procedimiento penal existe la libertad provisional bajo protesta -es decir, bajo palabra-, que no aparece la entrega de una garantía patrimonial. Esta segunda forma de libertad provisional no se halla recogida en la Constitución. Es obra del legislador secundario, que de este modo amplió -con acierto y fundamento- el derecho del inculpaado a la excarcelación mientras se tramita el proceso.

4.4. Análisis del Artículo 387 al 405 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato.

Todo inculpaado tendrá derecho durante la averiguación previa a ser puesto en libertad provisional, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:

I.- Que garantice el monto estimado de la reparación del daño.

Tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo.

II.- Que caucione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, que la Ley establece en razón del proceso; y

III.- Que no se trate de algunos de los delitos señalados como graves por el Art. 182 de este Código.

La garantía a que se refiere la fracción I y la caución a que se refiere la fracción II, podrán consistir en depósito en efectivo, fianza, prenda o hipoteca formalmente constituida.

A petición del inculcado o su defensor, la caución que garantice el incumplimiento de las obligaciones que la Ley establece a cargo del primero en razón del proceso, se deducirá en la proporción que el juzgador estime justa y equitativa, por cualquiera de las circunstancias siguientes:

I.- El tiempo en que el inculcado lleve privado de su libertad;

II.- La disminución acreditada de las consecuencias o efectos del delito;

III.- La imposibilidad económica demostrada para otorgar la caución señalada inicialmente, aún con pagos parciales;

IV.- El buen comportamiento observado en el centro de reclusión; y

V.- Otras, que racionalmente conduzcan a crear seguridad de que no procurará sustraerse a la acción de la justicia.

La petición de reducción se tramitará en incidente que se sustanciará conforme a las reglas señaladas en el Art. 481 de este Código.

La garantía a que se refiere la fracción I del Art. 387 de este Código, solo podrá ser reducida en los términos expuestos en el primer párrafo del presente artículo, cuando se verifique la circunstancia señalada en la fracción III de este precepto. En este caso, si se llegare a acreditar que para obtener la reducción el inculpado simuló su insolvencia, o bien, que con posterioridad a la reducción de la caución recuperó su capacidad económica para cubrir los montos de las garantías inicialmente señaladas, de no restituir éstas en el plazo que el juzgador señale para este efecto se le revocará la libertad provisional que tenga concedida.

Si se negare la libertad caucional podrá solicitarse de nuevo y concederse por causas supervenientes.

El monto de la caución relacionada con la fracción II del Art. 387 de este Código, deberá ser asequible para el inculpado y se fijará tomando en cuenta:

I.- Los antecedentes del inculpado;

II.- La gravedad y las circunstancias del delito imputado;

III.- El mayor o menor interés que pueda tener el inculpado en sustraerse de la acción de la justicia;

IV.- Las condiciones económicas del inculpado; y

V.- La naturaleza de la garantía que se ofrezca.

La naturaleza de la caución quedará a elección del inculpado, quien al solicitar la libertad manifestará la forma que elige, para los efectos de la fracción V del artículo anterior. En caso de que el inculpado, su representante o su defensor, no hagan la manifestación mencionada, el tribunal, de acuerdo con el artículo que antecede, fijará las cantidades que correspondan a cada una de las formas de la caución.

La caución consistente en depósito en efectivo, se hará por el inculpado o por terceras personas en la Oficina de Rentas respectiva. El certificado correspondiente se depositará en la caja de valores del tribunal, asentándose constancia de ello en autos. Cuando por razón de la hora o por ser día feriado no pueda constituirse el depósito directamente, el tribunal recibirá la cantidad exhibida y la mandará depositar el primer día hábil.

Cuando la garantía consista en hipoteca, el inmueble no deberá tener gravamen alguno y su valor fiscal será, cuando menos, de tres veces el monto de la suma fijada como caución.

Cuando se ofrezca como garantía, fianza personal por cantidad que no exceda del equivalente a la percepción durante seis meses del salario mínimo vigente, quedará bajo la responsabilidad del juzgador la apreciación que haga de la solvencia e idoneidad del fiador para que la garantía no resulte ilusoria.

Cuando la garantía exceda del equivalente a la percepción durante seis meses del salario mínimo general, el fiador deberá comprobar que tiene bienes raíces en el Estado, inscritos en el Registro Público de la Propiedad, cuyo valor sea, cuando menos, tres veces el monto de la cantidad señalada como garantía, salvo cuando se trate de empresas afianzadoras legalmente constituidas y autorizadas.

Cuando se ofrezca como garantía fianza personal por cantidad que exceda del equivalente a la percepción durante seis meses del salario mínimo general o hipoteca, a fin de que el juzgador califique la solvencia, se deberá presentar certificado de libertad de gravámenes, que comprenda un término de veinte años, y constancia de estar al corriente en el pago de las contribuciones respectivas.

Las fianzas de que habla este capítulo se extenderán en la misma pieza de autos o se agregarán a éstos.

El fiador, excepto cuando se trate de las empresas mencionadas en el artículo 395, declarará ante el juzgador, bajo protesta de decir verdad, si ha otorgado con anterioridad alguna otra fianza judicial y, en su caso, la cuantía y circunstancia de la misma, para que esa declaración se tome en cuenta al calificar su solvencia.

Al notificarse al inculcado el auto que conceda la libertad caucional, se le hará saber que contrae las siguientes obligaciones: presentarse ante el juzgador que conozca de su caso, los días fijos que se estime convenientes señalarle y cuantas veces sea citado o requerido para ello; comunicar al mismo juzgador los cambios de domicilio que tuviere, y no ausentarse del lugar sin permiso del citado tribunal, el que no se le podrá conceder por tiempo mayor de un mes.

También se le harán saber las causas de revocación de la libertad caucional.

En la notificación se hará constar que se hicieron saber al acusado las anteriores obligaciones y las causas de revocación, pero la omisión de este requisito no librará de ellas ni de sus consecuencias al inculcado.

Cuando el inculcado haya garantizado por sí mismo su libertad, se le revocará en los casos siguientes:

I.- Cuando desobedeciere, sin causa justa y comprobada, las órdenes legítimas del juzgador que conozca de su asunto;

II.- Cuando antes de que el expediente en que se le concedió la libertad esté concluido (sic) por sentencia ejecutoria, cometiere un nuevo delito que merezca pena corporal;

III.- Cuando amenazare al ofendido o algún testigo de los que hayan depuesto o tengan que deponer en su asunto o tratare de cohechar o sobornar a alguno de estos últimos, a algún funcionario del tribunal o al agente del Ministerio Público que intervenga en el caso;

IV.- Cuando lo solicite el mismo inculpado y se presente ante el juzgador;

V.- Cuando aparezca con posterioridad que le corresponde al inculpado una pena que no permita otorgara la libertad;

VI.- Cuando en el proceso cause ejecutoria la sentencia condenatoria dictada en primera o segunda instancia;

VII.- Cuando el inculpado no cumpla con alguna de las obligaciones a que se refiere el Art. 399.

Cuando un tercero haya garantizado la libertad del inculpado, aquélla se revocará:

I.- En los casos que se mencionan en el artículo anterior;

II.- Cuando el tercero pida que se le releve de la obligación y presente al inculpado;

III.- Cuando, con posterioridad, se demuestre la insolvencia del fiador;

IV.- En el caso del Art. 404.

En los casos de las fracciones I y VII del Art. 400 de este Código, se mandará re-aprehender al inculpado y la caución se hará efectiva a favor del Estado, quien la destinará a la satisfacción de las necesidades del Poder Judicial.

En los casos de las fracciones II, III, V y VI del mismo artículo y III del Art. 401 se ordenará la re-aprehensión del inculpado. En los de las fracciones IV del Art. 400 y II del Art. 401, se remitirá al inculpado al establecimiento que corresponda.

El juzgador ordenará la devolución del depósito o mandará cancelar la garantía:

I.- Cuando, de acuerdo con el artículo anterior, se remita al inculpado al establecimiento correspondiente;

II.- En los casos de las fracciones II, III, V y VI del Art. 400, cuando se haya obtenido la re-aprehensión del inculpado;

III.- Cuando se decrete el sobreseimiento en el asunto o la libertad del inculpado;

IV.- Cuando el acusado sea absuelto;

V.- Cuando resulte condenado el acusado y se presente a cumplir su condena.

Cuando un tercero haya garantizado la libertad de un inculpado, las órdenes para que comparezca éste se entenderán con aquél. Si no pudiere desde luego presentarlo, el juzgador podrá otorgarle un plazo hasta de treinta días para que lo haga, sin perjuicio de librar orden de re-aprehensión si lo estima oportuno. Si concluido el plazo concedido no se obtiene la comparecencia del inculpado, se ordenará su re-aprehensión y se hará efectiva la garantía que en su caso se hubiere otorgado.

CAPÍTULO V

CAPITULO V

PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.

5.1. LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PUBLICOS.

Esta Ley tiene por objeto reglamentar el Título Cuarto Constitucional en materia de:

I.- Los sujetos de responsabilidad en el servicio público;

II.- Las obligaciones en el servicio público;

III.- Las responsabilidades y sanciones administrativas en el servicio público, así como las que se deban resolver mediante juicio político;

IV.- Las autoridades competentes y los procedimientos para aplicar dichas sanciones;

V.- Las autoridades competentes y los procedimientos para declarar la procedencia del procesamiento penal de los servidores públicos que gozan de fuero, y

VI.- El registro patrimonial de los servidores públicos.

5.2. SUJETOS PROCESALES INTERVINIENTES.

Son sujetos de esta Ley, los servidores públicos mencionados en el párrafo primero y tercero del artículo 108 constitucional y todas aquellas personas que manejen o apliquen recursos económicos federales.

En los términos del primer párrafo del artículo 110 de la Constitución General de la República, son sujetos de juicio político los servidores públicos que en él se mencionan.

Los Gobernadores de los Estados, los Diputados a las Legislaturas Locales y los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales podrán ser sujetos de juicio político por violaciones graves a la Constitución General de la República, a las Leyes Federales que de ella emanen, así como por el, manejo indebido de fondos y recursos federales.

5.3. DEL PROCEDIMIENTO POR ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.

Cuando se presente denuncia o querrela por particulares o requerimiento del Ministerio Público cumplidos los requisitos procedimentales respectivos para el ejercicio de la acción penal, a fin de que pueda procederse penalmente en contra de algunos de los servidores públicos a que se refiere el primer párrafo del artículo 111 de la Constitución General de la República, se actuará, en lo pertinente de acuerdo con el procedimiento

previsto en el capítulo anterior en materia de juicio político ante la Cámara de Diputados. En este caso, la sección instructora practicará todas las diligencias conducentes a establecer la existencia del delito y la probable responsabilidad del imputado, así como la subsistencia del fuero constitucional cuya remoción se solicita. Concluida esta averiguación, la sección dictaminará si ha lugar a proceder penalmente en contra del inculpado.

Si a juicio de la sección, la imputación fuese notoriamente improcedente, lo hará saber de inmediato a la Cámara, para que ésta resuelva si se continúa o desecha, sin perjuicio de reanudar el procedimiento si posteriormente aparecen motivos que lo justifiquen.

Para los efectos mencionados, la sección deberá rendir su dictamen en un plazo de sesenta días hábiles, salvo que fuese necesario disponer de más tiempo, a criterio de la sección. En este caso se observarán las normas acerca de ampliación de plazos para la recepción de pruebas en el procedimiento referente al juicio político.

Dada cuenta del dictamen correspondiente, el Presidente de la Cámara anunciará a ésta que debe erigirse en Jurado de Procedencia al día siguiente a la fecha en que se hubiese depositado el dictamen, haciéndolo saber al inculpado y a su defensor, así como al denunciante, al querellante o al Ministerio Público, en su caso.

El día designado, previa declaración al Presidente de la Cámara, ésta conocerá en Asamblea del dictamen que la sección le presente y actuará en los mismos términos del juicio político.

Si la Cámara de Diputados declara que ha lugar a proceder contra el inculpado, éste quedará inmediatamente separado de su empleo, cargo o comisión y sujeto a la jurisdicción de los tribunales competentes. En caso negativo, no habrá lugar a procedimiento ulterior mientras subsista el fuero, pero tal declaración no será obstáculo para que el procedimiento continúe su curso cuando el servidor público haya concluido el desempeño de su empleo, cargo o comisión.

Por lo que toca a Gobernadores, Diputados a las Legislaturas Locales y Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados a quienes se les hubiere atribuido la Comisión de Delitos Federales, la declaración de procedencia que al efecto dicte la Cámara de Diputados, se remitirá a la legislatura local respectiva, para que en ejercicio de sus atribuciones proceda como corresponda y, en su caso, ponga al inculpado a disposición del Ministerio Público Federal o del Órgano Jurisdiccional respectivo.

Cuando se siga proceso penal a un servidor público de los mencionados en el artículo 111 Constitucional, sin haberse satisfecho el procedimiento al que se refieren los artículos anteriores, la Secretaría de la misma Cámara o de la Comisión Permanente liberará oficio al Juez o Tribunal

que conozca de la causa, a fin de que suspenda el procedimiento en tanto se plantea y resuelve si ha lugar a proceder.

5.4. REGISTRO PATRIMONIAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.

La Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo llevará el registro y seguimiento de la evolución de la situación patrimonial de los servidores públicos de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, así como de los órganos jurisdiccionales, como lo son el Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa, los Tribunales de Trabajo y los demás órganos jurisdiccionales que determinen las leyes.

Tales atribuciones se otorgarán a la Secretaría, a las Cámaras de Senadores y Diputados del Congreso de la Unión y a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

Para los efectos del párrafo que antecede, las citadas autoridades conforme a la legislación respectiva, determinarán los órganos encargados de ejercer dichas atribuciones, así como los sistemas que se requieran para tal propósito.

Tendrán la obligación de presentar declaraciones de situación patrimonial, ante la autoridad competente, bajo protesta de decir verdad, en los términos siguientes:

I.- En el Congreso de la Unión: Diputados y Senadores, Oficiales Mayores, Tesoreros y Directores de las Cámaras, y Contador Mayor de Hacienda;

I BIS.- En la Asamblea Legislativa del Distrito Federal: Los Diputados, Oficial Mayor, Tesorero, Directores, Subdirectores y Jefes de Departamento de la misma.

II.- En el Poder Ejecutivo Federal: Todos los funcionarios, desde el nivel de jefes de departamentos hasta el de Presidente de la República, además de los previstos en las fracciones IV, V y IX de este artículo.

III.- En la Administración Pública Paraestatal: Directores generales, gerentes generales, subdirectores generales, subgerentes generales, directores, gerentes, subdirectores y servidores públicos equivalentes de los órganos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria y sociedades y asociaciones asimiladas, fideicomisos públicos.

IV.- En el órgano ejecutivo local del gobierno del Distrito Federal: Todos los funcionarios, desde el nivel a que se refiere la fracción II hasta el jefe de Gobierno del Distrito Federal, incluyendo Delegados Políticos, Subdelegados y Jefes de Departamento de las Delegaciones.

V.- En la Procuraduría General de la República y en la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal: Todos los funcionarios, desde el

nivel mencionado en la fracción II hasta los de Procurador General de la República y Procurador General de Justicia del Distrito Federal, incluyendo a Agentes del Ministerio Público y policías ministeriales;

VI.- En el Poder Judicial Federal: Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Magistrados de Circuito, Jueces de Distrito, secretarios judiciales y actuarios de cualquier categoría o designación;

VII.- En el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal: Magistrados y Secretarios o sus equivalentes;

VIII.- En el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en los Tribunales de Trabajo y en los demás órganos jurisdiccionales que determinen las leyes: Magistrados, miembros de juntas y Secretarios o sus equivalentes, y

IX.- En la Secretaría de la Contraloría General: Todos los servidores públicos de confianza.

El servidor público que en su declaración de situación patrimonial faltare a la verdad en relación con lo que es obligatorio manifestar, será suspendido, y cuando por su importancia lo amerite, destituido e inhabilitado de tres meses a tres años.

Asimismo, deberán presentar las declaraciones, los demás servidores públicos de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal

y de los órganos jurisdiccionales, que determine el Secretario de la Contraloría General de la Federación, mediante las disposiciones generales debidamente motivadas y fundadas.

5.5. TIEMPO PARA LA DECLARACIÓN PATRIMONIAL.

La declaración de su situación patrimonial de los servidores públicos deberá presentarse en los siguientes plazos:

I.- Dentro de los sesenta días naturales siguientes a la toma de posesión.

II.- Dentro de los treinta días naturales siguientes a la conclusión del encargo, y

III.- Durante el mes de mayo de cada año deberá presentarse la declaración de situación patrimonial, acompañada de una copia de la declaración anual presentada por personas físicas para los efectos de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, salvo que en ese mismo año se hubiese presentado la declaración a que se refiere la fracción I.

Si transcurrido el plazo a que hace referencia la fracción I, no se hubiese presentado la declaración correspondiente, sin causa justificada, quedará sin efectos el nombramiento respectivo previa declaración de la Secretaría. Lo mismo ocurrirá cuando se omita la declaración contemplada en la fracción III.

Para el caso de omisión, sin causa justificada, en la presentación de la declaración a que alude la fracción II, se inhabilitará al infractor por un año.

La Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, expedirá las normas y los formatos bajo los cuales el servidor público deberá presentar la declaración de situación patrimonial, así como los manuales e instructivos que indicarán lo que es obligatorio declarar.

En la declaración inicial y final de situación patrimonial se manifestarán los bienes inmuebles, con la fecha y valor de adquisición.

En las declaraciones anuales se manifestarán sólo las modificaciones al patrimonio, con fecha y valor de adquisición. En todo caso se indicará el medio por el que se hizo la adquisición.

Tratándose de bienes muebles, la Secretaría decidirá, mediante acuerdo general, las características que deba tener la declaración.

5.6. PRÁCTICA DE VISITAS Y AUDITORÍA.

Cuando los signos exteriores de riqueza sean ostensibles y notoriamente superiores a los ingresos lícitos que pudiera tener un servidor público, la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo podrá ordenar, fundando y motivando su acuerdo, la práctica de visita e inspección y auditorías. Cuando estos actos requieran de autoridad judicial, la Secretaría hará ante ésta la solicitud correspondiente.

Previamente a la inspección o al inicio de la auditoria, se dará cuenta al servidor de los hechos que motivan estas actuaciones y se le presentaran las actas en que aquellos consten, para que exponga lo que a su derecho convenga.

El servidor público a quien se practique visita de investigación o auditoria podrá interponer inconformidad ante la Secretaría contra los hechos contenidos en las actas, mediante escrito que deberá presentar dentro de los cinco días siguientes a la conclusión de aquéllas, en el que se expresará los motivos de inconformidad y ofrecerá las pruebas que considere necesario acompañar o rendir dentro de los treinta días siguientes a la presentación del recurso.

Todas las actas que se levanten con motivo de la visita deberán ir firmadas por el servidor público y los testigos que para tal efecto designe. Si el servidor público o los testigos se niegan a firmar, el visitador lo hará constar, sin que estas circunstancias afecten el valor probatorio que, en su caso, posea el documento.

5.7. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.

Serán sancionados en los términos que disponga el Código Penal los servidores públicos que incurran en enriquecimiento ilícito.

Para los efectos de la Ley Federal de Servidores Públicos y del Código Penal de nuestro Estado, se computarán entre los bienes que adquieran los servidores públicos o con respecto de los cuales se conduzcan como dueños,

los que reciban o de los que disponga su cónyuge y sus dependientes económicos directos, salvo que acredite que estos los obtuvieron por sí mismos y por motivos ajenos al servidor público.

De acuerdo a la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos, durante el desempeño de su empleo, cargo o comisión, y un año después, los servidores públicos no podrán solicitar, aceptar o recibir por sí o por interpósita persona, dinero o cualquier otra donación, servicio, empleo, cargo o comisión para sí, o para las personas que tengan un interés personal, familiar o de negocios, incluyendo aquellos de los que pueda resultar algún beneficio para él, su cónyuge o parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, por afinidad o civiles o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios o para socios o sociedades de que el servidor públicos forme o haya formado parte o que procedan de cualquier persona cuyas actividades profesionales, comerciales o industriales se encuentren directamente vinculadas, reguladas o supervisadas por el servidor público en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, que determinen conflicto de intereses.

Para los efectos del párrafo anterior, no se consideran los que reciba el servidor público en una o más ocasiones, de una misma persona física o moral de las mencionadas en el párrafo precedente, durante un año, cuando el valor acumulado ese durante un año no sea superiora diez veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de su recepción.

En ningún caso se podrán recibir de dichas personas títulos valor, bienes inmuebles o cesiones de derechos sobre juicios o controversias en las que se dirima la titularidad de los derechos de posesión o de propiedad sobre bienes de cualquier clase.

Se castigará como cohecho las conductas de los servidores públicos que violen la ley, siendo sancionados en términos de la legislación penal.

Cuando los servidores públicos reciban obsequios, donativos o beneficios en general de los que se mencionan en el párrafo anterior y cuyo monto sea superior al que en él se establece o sean de los estrictamente prohibidos, deberán informar de ello a la autoridad que la Secretaría determine a fin de ponerlos a su disposición. La autoridad correspondiente llevará un registro de dichos bienes.

Conforme al Código Penal de nuestro Estado El enriquecimiento ilícito se tipifica de la siguiente manera: "Al servidor público que durante el tiempo de su cargo y por motivos del mismo, aumente ilícitamente su patrimonio o se conduzca como dueño de bienes no incluidos formalmente en aquél, se le aplicará de uno a nueve años de prisión y de sesenta a doscientos días multa, destitución del empleo o cargo e inhabilitación hasta por dieciocho años.

Las mismas sanciones se aplicarán a quien haga figurar como suyos bienes que el servidor público adquiriera o haya adquirido ilícitamente, a sabiendas de esa circunstancia.

DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.

ELEMENTOS DEL DELITO.

Sujeto activo: Servidor público.

Sujeto pasivo: Administración pública.

Conducta: Aumentar sustancialmente su patrimonio por sí o por interpósita persona, adquirir bienes cuya procedencia lícita no se pueda justificar, o conducirse como dueño por sí o por interpósita persona.

Finalidad: Ocasionar daño económico para cualquiera de las entidades públicas, ya sean en el Estado, municipios u organismos descentralizados y enriquecimiento ilícito en detrimento de la Administración Pública.

CARACTERÍSTICAS DEL DELITO:

Sanción: Si.

Corporal: No admite libertad provisional porque el término medio aritmético de la pena es de: cuatro años y medio.

Pecuniaria: De sesenta a doscientos días multa.

Especial: Destitución e inhabilitación.

Bien jurídico tutelado: Administración Pública.

Forma de persecución: De oficio.

En cuanto a los sujetos que intervienen: Unisubjetivo y plurisubjetivo porque el tipo prevé la realización de la conducta por sí mismo a través de interpósita persona.

5.8. NECESIDAD DE CONSIDERARLO COMO DELITO GRAVE.

La razón fundamental de que este tipo penal sea considerado como grave para nuestra legislación punitiva, versa en que el objeto jurídico tutelado lo es el interés de la colectividad social, y por ello el Estado debe brindar el eficaz cumplimiento y funcionamiento de los servicios que están a cargo de la administración pública y en particular del servicio que otorgan los servidores públicos, independientemente del papel que desempeñen, actuando bajo un marco de justicia y legalidad.

En ese sentido y bajo la perspectiva de que el Estado es el motor de toda sociedad, resulta necesario que el actuar de todo servidor público debe estar sujeto a un estricto control y vigilancia en sus funciones, en razón a que los actos que ejecuta son atendiendo a mantener el servicio que requiere todo gobernado, es decir satisfacer sus necesidades como lo pueden ser: Seguridad jurídica y personal, certeza, reconocimiento de derechos y obligaciones, procuración y aplicación de una correcta justicia, salvaguarda de sus derechos constitucionales, etc. Luego entonces, cuando el gobernado ve quebrantado cualquiera de estos principios mínimos que debe poseer, se afecta también la funcionalidad del Estado y coarta todo alcance que pudieren perseguir ambos, ante esto considero oportuno mencionar que el delito de responsabilidad de los servidores públicos regulado por nuestro

código punitivo del Estado, debe ser considerado como un tipo penal que se encuentre catalogado como grave, en virtud de que al estar establecido actualmente como una conducta no tan peligrosa ni grave, rompe con todo el esquema punitivo al no existir una concordancia entre lo que busca y lo que sanciona dejando al margen los principios mínimos de justicia y seguridad que debe tener toda persona, por ello el Estado debe aumentar la punibilidad de este delito y encuadrarlo en el esquema de los delitos graves establecidos en el Código Penal de Guanajuato, para salvaguardar así el correcto funcionamiento del Estado en todos los ámbitos de sus administración y garantizarle a la sociedad en general, que la aplicación de justicia penal comienza por el interior del propio Estado y que no permitirá que unos cuantos se hagan millonarios a costa del erario público.

Otra razón fundamental para considerarlo como grave, es por el daño que se causa, ya que este puede ser patrimonial o moral, el primero se refiere al detrimento, perjuicio o menoscabo sufrido en el patrimonio, en tanto que el segundo se referirá a toda lesión sufrida por la víctima en sus valores espirituales como son el honor, sentimientos y afecciones, es decir, toda aquella interferencia no autorizada por la norma legal en la conducta o en la esfera, de lo que se deduce que la conducta desplegada del agente público es consecuencia de un actuar ilícito, violando el principio de estricta justicia y más aún la violación de los valores y principios de la actividad representativa del servicio público.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES.

PRIMERO: En el desarrollo del presente trabajo se estableció primeramente que el Estado esta facultado y obligado a valerse de los medios adecuados para impartir una justicia equitativa, originándose así la necesidad y justificación del Derecho Penal y por su naturaleza propia es esencialmente punitivo, debido a que es capaz de crear y conservar el orden social. Así, el Derecho Penal es una expresión del control social formal perteneciente al ordenamiento jurídico público regulador del poder punitivo que goza el propio Estado autorizado para prohibir determinadas conductas o hechos que realiza un sujeto mediante un conjunto de normas jurídicas siendo este el momento de tener la función de imponer una pena previamente establecida a cualquier sujeto que realiza una conducta que se considera delictuosa así mismo se impone como misión la de proteger el bien jurídico y lograr la conservación del orden dentro de la sociedad, mediante la aplicación de la pena como poder coercitivo del Derecho Penal es la salvaguarda de la sociedad evitando a toda costa la delincuencia por el temor de su aplicación advirtiendo la efectividad de la amenaza por parte del Estado; debiendo su aplicación ser correcta y justa, al producir en el penado la readaptación a la vida normal, mediante tratamientos curativos y educacionales, impidiendo la reincidencia, pues de lo contrario acarrearía males mayores para toda la colectividad. Así las penas se fijan de acuerdo a los límites señalados para cada caso y de acuerdo a las reglas señaladas en el ordenamiento penal, para individualizar cada delito en particular.

SEGUNDO: De tal manera, que el individuo por su capacidad racional puede ser sujeto de delitos, por lo tanto, él puede ser denominado delincuente y criminal, por su capacidad para delinquir y de realizar actos que el Estado y la sociedad los catalogan como delictuosos, de tal manera que el hombre puede ser sujeto activo o pasivo del delito. El sujeto pasivo como titular del bien jurídico tutelado entre ellos el Estado, puede sufrir directamente los efectos de la conducta delictiva recayendo material o jurídicamente la acción o la omisión ejecutada por el sujeto activo y que produce el daño o el peligro al bien jurídico tutelado.

TERCERO: El delito es definido como un acontecimiento humano, culpable, antijurídico, imputable y sancionado por la ley. También se determino que el hombre como sujeto racional es capaz de cometer algún delito y es precisamente cuando en esos momentos aparecen los elementos del delito como partes integrantes de éste, dicho de otra manera, tiene vida en razón de los elementos, a saber: conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, imputabilidad, punibilidad.

Así los elementos del delito son los aspectos positivos, a los cuales y cada uno corresponde uno negativo, que llega a ser la negación de aquel; significa que anula o deja sin existencia al positivo, y por lo tanto, al delito.

CUARTO: Así, se establece la punibilidad como el merecimiento de una pena en función de cierta conducta, de modo que un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a una sanción, tal merecimiento acarrea una

conminación legal de aplicación de esa sanción, es decir es el derecho de castigar que el Estado ejerce a través de la disposición de las penas.

QUINTO: Se alude al significado caución como medida que otorga el Derecho Penal al presunto responsable y de la cual éste evita encontrarse privado de su libertad personal, al ser canjeada por otro bien con respaldo económico, es decir por una suma de dinero tendiente a garantizar que el inculcado no se sustraiga a la acción de la justicia y que comparezca a participar en todos los actos de proceso penal fincado en su contra, cuantas veces sea requerido.

SEXTO: Así, se determinan las responsabilidades a las cuales se sujetan los servidores públicos en el ámbito de sus funciones, todo ello conforme a la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores públicos, por lo que en ese sentido se logra determinar que la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado supone la existencia de dos sujetos de la misma. Uno, denominado activo que tiene el derecho personal de exigir una prestación, y otro, denominado pasivo que tiene la obligación de realizar la prestación respectiva. Como toda materia de obligaciones puede haber tanto concurrencia de titulares o sujetos activos de la relación jurídica, como de personas o sujetos pasivos obligados a la indemnización en que consista la prestación debida.

En la propuesta que se plantea habré de señalar que serán sujetos activos aquellos que tienen el derecho a ser indemnizados y, correlativamente, al o los sujetos pasivos a quienes correspondería el deber jurídico de pagarla

-la indemnización-, con motivo de la presencia de lesiones que se infirieran a los primeros por virtud del actuar administrativo - o no actuar en ciertos casos - de los segundos. Tal lesión podría comprender cualquier bien o derecho del sujeto activo.

Esta protección del patrimonio de los particulares, que son los sujetos activos de la relación jurídica obligacional, se derivaría de nuestra propuesta de garantía a la seguridad e integridad patrimonial que se sugiere incorporar al texto de nuestra Ley Penal Estatal.

Por cuanto hace al denominado sujeto pasivo de la relación jurídica obligacional, es claro que se trata del Estado a través de los servidores públicos en funciones; en la inteligencia de que a mi juicio la solicitud de indemnización, debe formularse contra la entidad administrativa de que forme parte el servidor público causante del daño reclamable, aun cuando no se pueda individualizar al mismo o mismos, siempre que cuente con personalidad jurídica y patrimonio propio, ya que de otra manera tendría que enderezarse la solicitud de reparación contra el Estado, que es quien tiene la personalidad jurídica.

En relación con el aspecto concerniente al sujeto pasivo de la relación. Se trata de imputar la acción u omisión determinante de la lesión patrimonial al Empleado, Servidor o Funcionario Público, es decir, a la Administración Pública, sujeto pasivo de la relación obligacional. Debemos reconocer, sin embargo, que en la práctica no siempre es fácil identificar cuál es la entidad administrativa a quien pueda imputarse la obligación reparadora,

toda vez que en gran número de ocasiones pueden presentarse actos u hechos productores de daños correspondientes a diversas entidades, o bien, que una entidad ejecute la orden de otra, etc. En exacta correspondencia con esta situación es completamente usual que más de una Administración Pública contribuya simultánea o sucesivamente a la producción de lesiones en los bienes o derechos de los ciudadanos, como consecuencia de sus hechos o actos.

SEPTIMO: De conformidad con el objeto del derecho penal, la reparación del daño producido constituye en dejar indemne al sujeto activo de la relación, es decir, aquel o aquellos que hayan resentido en sus bienes o derechos los daños derivados de la actividad administrativa, compensándolos económicamente de manera tal que se restaure la integridad del patrimonio afectado con tal actuación administrativa, sean éstos producto de un hecho o acto administrativo, que para la materia penal es un delito.

La característica de la reparación debida es la de que debe ser integral a fin de restablecer la igualdad que supone soportar equitativamente las cargas públicas -derivado de que también todos se aprovechan de sus beneficios-, si bien en ningún caso debe ser motivo de lucro o enriquecimiento injusto. La pena corporal y la indemnización deberán ser equivalentes al daño sufrido, es decir, la restitución del patrimonio afectado debe recuperar su pleno valor anterior al suceso dañoso, mediante la reparación integral de los daños y perjuicios ocasionados.

OCTAVO: Por todo lo manifestado con antelación, resulta conducente establecer la necesidad de que el delito de enriquecimiento ilícito plasmado en nuestro Código Penal del Estado, y que fuere cometido por servidores públicos, sea considerado por nuestro legislador de Guanajuato como una conducta antisocial grave y que no alcance la fianza respectiva, ello por las consideraciones expuestas a lo largo de este trabajo.

El tema de la responsabilidad del servidor público se presenta con variantes, empero, creó que es posible deducir algunos supuestos básicos que deben tomarse en consideración, tales como el supuesto natural de la responsabilidad del Estado y servidor público es decir soportar por todo administrado

La obligación de indemnizar las lesiones debidamente probadas que sean consecuencia de la actividad administrativa del Estado y que los particulares no tengan el deber jurídico de soportar, se deberá extender a los actos legislativos del Congreso de la Unión, cuando por una desigual gravitación o distribución de cargas públicas se produce un enriquecimiento sin causa.

La obligación indemnizatoria del Estado debe comprender las lesiones derivadas de las actividades relativas a la impartición de justicia tanto en el ámbito federal como estatal; tal obligación deberá ajustarse a lo dispuesto por las leyes orgánicas y procedimentales aplicables, que rigen dichas actividades tanto en la esfera judicial como en la administrativa.

De lo dicho se deduce la conveniencia de examinar cada caso en particular para determinar el alcance de la obligación reparadora de la o las entidades administrativas involucradas en la producción del daño reparable.

No sin olvidarse que los agentes o el personal al servicio de la Administración Pública pueden haber causado daños a los bienes o derechos de los particulares como consecuencia de haber incurrido en las conductas de las que se advierte dolo, culpa o negligencia graves. En estos casos, cuando la Administración Pública se comprometa a indemnizar directamente a los lesionados, podrá repetir de sus agentes lo que hubiera pagado. Al respecto consideramos que el esfuerzo de identificación del sujeto pasivo de la relación, debe partir del criterio de imputar el daño preferentemente a quien sea el titular del servicio público o actividad administrativa de que se trate. Este criterio, es el que mejor respondería a la salvaguarda de la garantía de integridad patrimonial del particular, obviando muchos de los problemas de imputación que se podrían presentar y cuya falta de armonización haría nugatorio el derecho de indemnización al sujeto activo de la relación obligacional.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFÍA.

1. Amuchategui Requena, Irma, Derecho Penal, Editorial Oxford, México, D. F. Págs. 476.
2. Calamandrei Piero, Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, Edición Bibliográfica, Buenos Aires, 1945, Págs. 640.
3. Carranca y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General 22^a ed. Editorial Porrúa, México, 1997. Págs. 1019.
4. Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal 37^a Edición, Editorial Porrúa México, 1991. Págs. 359.
5. Castro Juventino, Lecciones de Garantías y Amparo, Editorial Porrúa, México 1974, Págs. 257.
6. Colín Sánchez Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, Tomo I, México 1964, Págs. 271.
7. Cuello Calon Eugenio, Derecho Penal, 19^a Edición. Editorial Nacional México. Págs. 301.
8. De Pina Vara Rafael, Diccionario de Derecho 24^a edición. Editorial Porrúa, México, 1997 P. 238.

9. García Maynez Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho* 33ª edición. Editorial Porrúa, México, Págs. 444.
10. García Ramírez Sergio, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Editorial Porrúa, México 1974, Págs. 409.
11. García Ramírez Sergio. *Represión y Tratamiento Penitenciario de Criminales*. Ed. Porrúa, México, 1962. Págs. 450.
12. García Ramírez, Sergio y Adato, Victoria, *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México 1980, Págs. 533.
13. González Bustamante, Juan José, *Principios de Derecho Procesal Penal*, Editorial Porrúa, México 1971, Pág. 300.
14. Jiménez de Asúa Luis, *Lecciones de Derecho Penal* Ed. Episa Págs. 450.
15. Moto Salazar Efraín, *Elementos de Derecho* 26ª Ed. Editorial Porrúa México 1980 Págs. 425.
16. Octavio Alberto Orellana Wiarco, *Curso de Derecho Penal Parte General* Editorial Porrúa P. 216.
17. Pavón Vasconcelos Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano* 4ª edición. Editorial Porrúa, México, 1978, Págs. 596.

18. Porte Pétit, *Apuntes de la Parte General del Derecho Penal*. ed. Mimeográfica. México, 1960. Págs. 150.
19. Rivera Silva Manuel, *El Procedimiento Penal*, Editorial Porrúa, México 1975, Págs. 403.

LEGISLACIÓN.

1. *Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato*, Ediciones Titán, México D. F. 2003.
2. *Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos*, Ediciones Fiscales Isef, México, D. F. 2002.