

879309

UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE



FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



CLAVE 8793-09

CONTROVERSIA DOCTRINAL DE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA QUERRELLA

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

JOSÉ LUIS MANCERA SÁNCHEZ

ASESOR:

LIC. JOSE MANUEL GALLEGOS GONZALEZ

CELAYA, GTO.

MARZO 2005

m 343131



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

A DIOS

A ti Dios todo poderoso mi mayor agradecimiento por haberme dado la vida y que me hayas permitido llegar a la culminación de mis estudios profesionales por estar y haber estado siempre conmigo en todos mis triunfos y obstáculos iluminándome siempre el camino de la vida paso a paso y dándome la salud, la fuerza, sabiduría la fortaleza y tantas cosas que numerarlas todas sería imposible pero ante todo gracias a ti Dios dueño de mi ser y por seguir dándome la vida para continuar en el progreso de la misma y que sin ti sería imposible.

A MIS PADRES

A mis padres RAFAEL MANCERA ALVAREZ y MARIA SÁNCHEZ CARRANCO. Mi más sincero agradecimiento por darme siempre su amor, su confianza y comprensión y seguir siendo siempre parte de mi vida y apoyarme en mis sueños y anhelos que han sido también parte de los de ellos por guiarme por el buen camino por que sin su apoyo sería difícil el continuo progreso de mi carrera en la vida.

A MIS HERMANOS

A mis Hermanos y Hermanas por darme su apoyo y comprensión durante toda mi vida que han estado brindándome siempre lo mejor y que me han servido como ejemplo para que en la vida sea un buen ser humano.

A MIS CATEDRÁTICOS

A mi asesor el LIC. JOSE MANUEL GALLEGOS GONZALEZ. Que formo parte fundamental para el desarrollo de mi tesis por sus consejos, por su sabiduría impartida y por su confianza.

A mis catedráticos de la Universidad Lasallista Benavente que durante todo el transcurso de la carrera me enseñaron a forjarme para que sea una persona honorable y digno lleno de conocimientos por toda su sabiduría que me impartieron como lo fue el LIC. FRANCISCO GUTIERREZ NEGRETE, AL LIC JUAN JOSE MUÑOZ LEDO RABAGO, AL LIC. RICARDO QUIJANO AGUILARAL LIC. RICARDO KINNEY. Por solo mencionar algunos pero en general a todos aquellos que siempre me brindaron su conocimiento durante el transcurso de la carrera.

COMPAÑEROS Y AMIGOS DE LA UNIVERSIDAD

A mis amigos y compañeros de la Universidad que siempre estuvieron apoyándome y estando siempre en los triunfos y derrotas ayudándome a salir de ello y seguir en la terminación de la carrera.

A MIS GRANDES AMIGOS

A mis amigos que han estado siempre conmigo que han sido parte de mi vida al brindarme su amistad y confianza que me han ayudado a seguir en la lucha continua de esta vida sobre el buen camino y que están presentes siempre en todos mis logros, triunfos así como en los obstáculos que se me han presentado gracias Oscar, Fer y Erne.

A MI INOLVIDABLE DIOS

“Pero sobre todas las cosas gracias a ti Dios que sin tí yo no existiría por ser el único que me ha brindado esto y más.”

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO

DERECHO PENAL

1.1. DEFINICIÓN DE DERECHO PENAL-----	1
1.2. ELEMENTOS INTEGRANTES DEL DERECHO PENAL-----	4
1.2.1.El delito.-----	4
1.2.2. La Pena-----	7
1.2.3. Las medidas de seguridad-----	8
1.3. OBJETO DEL DERECHO PENAL-----	9
1.4. SUJETOS DE DERECHO PENAL-----	11
1.4.1.Titular del derecho penal-----	12
1.4.2. Destinatario del derecho penal-----	12
1.5. NORMA JURÍDICA-----	13
1.5.1. Características de la norma jurídica-----	14
1.5.2. Definición y características de la norma penal-----	15
1.5.3. Clases de normas penales-----	17
1.6. DERECHO PENAL EN SENTIDO OBJETIVO. U SUSTANTIVO-----	18
1.7. DERECHO PENAL EN SENTIDO SUBJETIVO.-----	19

CAPITULO SEGUNDO

TEORIA DEL DELITO

TEORIA DEL DELITO

2.1.	GENERALIDADES -----	21
2.2.	DELITO -----	22
2.3.	LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA-----	26
2.3.1.	Concepto -----	26
2.3.2.	Delitos de acción o comisión-----	28
2.3.3.	Delitos por omisión o abstención-----	28
2.3.4.	Delitos de omisión impropia o comisión por omisión -----	29
2.3.5.	Delitos de simple omisión u omisión propia -----	29
2.3.6.	Ausencia de conducta -----	31
2.4.	LA TIPICIDAD Y SU AUSENCIA -----	33
2.4.1.	La tipicidad -----	33
2.4.2.	El tipo penal-----	34
2.4.3.	Típico o típica -----	36
2.4.4.	Falta de tipo-----	36
2.4.5.	Atipicidad -----	37
2.5.	LA ANTIJURIDICIDA Y CAUSAS DE JUSTIFICACION -----	38
2.5.1	Concepto -----	38
2.5.2.	Antijuridicidad formal -----	39
2.5.3.	Antijuridicidad material -----	40
2.5.4.	Causa de justificación -----	40
2.6.	LA IMPUTABILIDAD Y SU AUSENCIA -----	42

2.6.3.	Concepto -----	42
2.6.4.	Elementos de la imputabilidad -----	43
2.6.5.	Imputabilidad disminuida -----	43
2.6.6.	Inimputabilidad -----	44
2.6.7.	Actio libera in causa -----	45
2.7.	LA CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD -----	45
2.7.3.	Generalidades -----	45
2.7.4.	Concepto -----	46
2.7.5.	Naturaleza jurídica de la culpabilidad -----	46
2.7.6.	Dolo -----	47
2.7.7.	Culpa -----	49
2.7.8.	Diferencia entre dolo eventual y culpa consciente -----	50
2.7.9.	Preterintencionalidad -----	50
2.7.10.	Causas de inculpabilidad-----	51
2.8.	LA PUNIBILIDAD -----	52
2.8.3.	Concepto de punibilidad -----	52
2.8.4.	Diferencia entre punibilidad y punición -----	53
2.8.5.	Penas y medidas de seguridad -----	53
2.8.6.	Excusas absolutoria -----	55

CAPITULO TERCERO

EL PROCEDIMIENTO PENAL

3.1.	PROCESO PENAL -----	56
3.1.1.	Concepto de derecho procesal penal-----	56

3.1.2.	Naturaleza jurídica del proceso -----	57
3.2.	PROCEDIMIENTO EN GENERAL -----	58
3.3.	PROCEDIMIENTO PENAL -----	59
3.3.1.	Concepto -----	59
3.3.2.	Objeto y fines del procedimiento-----	59
3.3.3.	Sujetos-----	60
3.3.4.	Etapas del procedimiento penal según la doctrina -----	61
3.3.5.	Etapas del procedimiento según la ley -----	61
3.4.	PERIODO DE PREPARACIÓN DE LA ACCION PENAL -----	62
3.4.1.	La denuncia -----	63
3.4.2.	La querella -----	64
3.4.3.	La averiguación previa -----	65
3.4.4.	Función persecutoria -----	68
3.4.5.	Actividades de la función persecutoria -----	68
3.4.6.	Cuerpo del delito-----	69
3.4.7.	Probable responsabilidad -----	70
3.4.8.	Determinación -----	71
3.5.	ETAPAS DE PREPARACIÓN DEL PROCESO -----	71
3.5.1.	Concepto de acción -----	72
3.5.2.	Acción penal procesal -----	72
3.5.3.	Características de la acción penal -----	74
3.5.4.	Concepto de consignación-----	75
3.5.5.	Consignación sin detenido -----	76
3.5.6.	Consignación con detenido -----	76

3.5.7.	Auto de radiación -----	77
3.5.8.	Declaración preparatoria -----	78
3.5.9.	Termino constitucional de 72 horas -----	79
3.5.10.	Resoluciones del juez para resolver la situación jurídica del indiciado-- -----	80
3.6.	ETAPA DE PROCESO -----	83
3.6.1.	Instrucción -----	83
3.6.2.	La prueba -----	85
3.6.3.	Medios de prueba -----	85
3.6.4.	Cierre de Instrucción -----	91
3.6.5.	Conclusiones del Ministerio Publico-----	92
3.7.	ETAPA DE JUICIO -----	93
3.7.1.	Audiencia final -----	94
3.7.2.	Sentencia -----	95
3.8.	ETAPA DE EJECISION DE LA SENTENCIA-----	96

CAPITULO CUARTO

LA QUERELLA

4.1.	CONCEPTO -----	98
4.2.	ELEMENTOS DE LA QUERELLA -----	99
4.3.	SUJETOS QUE TIENEN DERECHO A QUERELLASE -----	
	101	
4.3.1.	El ofendido -----	101
4.3.2.	El legitimo representante-----	101

4.3.3.	El apoderado	-----	102
4.4.	FORMAS DE PRESENTAR LA QUERELLA	-----	103
4.5.	FOMAS DE EXTINCIÓN DE LA QUERELLA	-----	103
4.5.1.	Muerte del agraviado	-----	104
4.5.2.	El perdón del ofendido y su momento procesal	-----	105
4.5.3.	Muerte del ofendido	-----	106
4.5.4.	Prescripción	-----	106
4.6.	ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA DOCTRINAL DE LOS DELITOS QUE SE PERSIGUEN POR QUERELLA	-----	107
4.7.	LA QUERELLA COMO CONDICIÓN OBJETIVA DE PUNIBILIDAD	-----	108
4.8.	LA QUERELLA CONSIDERADA COMO UN REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD	-----	110
4.9.	DIVERSOS CRITERIOS RESPECTO A LA QUERELLA	-----	111
4.9.1.	González Bustamante	-----	111
4.9.2.	Antonio Díaz de León	-----	112
4.9.3.	Colin Sánchez	-----	113
4.9.4.	Fernando Castellanos	-----	113

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCION

Esta investigación está orientada a desentrañar la naturaleza jurídica de la querrela ya que a través del tiempo y gracias a las enumeradas investigaciones que han hecho los diversos estudiosos del Derecho Penal se ha suscitado una contraposición de opiniones acerca de la querrela desde el punto de vista meramente doctrinal de aquí se desprende una primera opinión que ubica a la querrela en la parte **General del Derecho Penal**, considerándola como una exigencia **objetiva de punibilidad**, y la segunda doctrina contemporánea que sitúa a la querrela dentro del campo del **Derecho de Procedimientos Penales**, considerándola como una **"condición de procedibilidad"**.

Como se revela en esta investigación la querrela es un requisito necesario dentro de nuestro Derecho de Procedimiento Penales, mas sin embargo es de suma importancia el definir el porque nuestro sistema jurídico lo contempla de esta manera y cuales son sus bases jurídicas para sustentarlo.

Para que se pueda mantener el orden en una sociedad y para que el individuo no abuse de sus derechos, es necesario que el Estado, por medio de Normas Jurídicas limite y restrinja su actividad para y así velar por los interés de la colectividad.

CAPITULO PRIMERO

DERECHO PENAL

1.1. DEFINICIÓN DE DERECHO PENAL

Sin duda el Derecho Penal, es un producto social que se ha dado a través de diversas etapas en su desenvolvimiento histórico.

Cuando las relaciones de los individuos entran en conflicto aparece las normas de derecho para adoptar un criterio y establecer la armonía necesaria, pero sobretodo el orden en la sociedad, en este sentido encontramos que el "Derecho es un conjunto de normas jurídicas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad los cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza de que dispone el estado "¹.

El estado busca la seguridad de la colectividad es por ello que establece normas para regular la conducta del individuo, es el Estado quien tiene la facultad de castigar, aplicar una sanción, un correctivo a quienes cometan o desarrollen conductas diferentes a las establecidas en las leyes.

¹ CASTELLANOS FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, Ed Porrúa, 9na ed, México 1995, p 17

Así pues, existen leyes especiales que se encargaran de definir las conductas que se estima son delitos y también establecen las sanciones aplicables al caso concreto por lo cual encontramos que el Derecho Penal se define " Como la rama del derecho Público interno que tiene por objeto la determinación de los delitos y sanciones que deben imponerse a quienes los cometen ".²

Para la mejor comprensión del estudio del derecho penal este se divide en: **Parte general** que comprende el estudio metódico de la Teoría de la Ley Penal, Teoría del Delito (siendo esta la que nos incumbe en este capítulo), **Teoría de las penas y de las medidas de seguridad;** y otra parte mas, llamada **Parte Especial** la cual se ocupa del estudio de los delito en particular, y las penas y las medidas de seguridad

EL DERECHO PENAL COMO RAMA DEL DERECHO PUBLICO INTERNO

El Derecho esta dividido en dos grande ramas de las cuales se desprenderán tanto el derecho público como el derecho privado entendiendo por derecho Público el conjunto de normas jurídicas que rigen las relaciones entre el Estado soberano y el particular gobernado, mientras que el Derecho Privado que es el conjunto de normas jurídicas regulador de las relaciones entre los particulares.

² PUENTE ARTURO. PRINCIPIOS DE DERECHO. Ed Bancaria y Comercial. 4ª ed. México 1991, p 267

El Derecho Penal es Público Interno porque es vigente dentro de un territorio y únicamente se aplica dentro de un Estado³, entendiendo por Estado la persona jurídica moral, colectiva de derecho público que ejerce su poder soberano dentro de un territorio, en una población y con un gobierno que tiene por finalidad el bien común.

Es conveniente mencionar que comúnmente se afirma que el Derecho Penal es público por cuanto sólo el estado tiene capacidad para establecer los delitos y señalar las penas así como imponerlas y ejecutarlas, mas sin embargo cabe mencionar que, todo el derecho siendo uno solo ciertamente dividido en dos grandes ramas (público y privado) y que aún siendo privado es dictado y aplicado por el propio Estado como ente soberano, creando las normas reguladoras entre los particulares y el Estado y aún entre los propios particulares.

Tomando en cuenta que el derecho penal es de carácter público porque las sanciones impuestas por el Estado, son en razón de un interés público, porque al cometerse un delito se crea una relación jurídica entre el sujeto activo del delito y el Estado por ende la relación se forma entre el delincuente y el Estado como soberano y no entre aquel y el particular ofendido por tanto se norman las relaciones entre poder y gobernados.

El Derecho Público Interno vincula a los hombres de una nación entre sí y a todos ellos con el Estado, este último en un plano de supraordinación, jurídicamente establecido con la facultad de imponer normas y pena

³ GUTIERREZ NEGRETE FRANCISCO. CATEDRA DE DERECHO PENAL. ULSAB. 1998

1.2. ELEMENTOS INTEGRANTES DEL DERECHO PENAL

1.2.1. EL DELITO.

Existen conductas que son contrarias a derecho, siendo precisamente una alteración al orden jurídico establecido, a esto es lo que se considera como delito. Para la realización del estudio del delito, nos encontramos con la **Teoría del Delito** y dentro de la estructura de esta, comprende al delito tanto en su aspecto positivo como en el negativo, la Teoría del Delito es el estudio del delito mismo entendiendo a este como una transgresión de lo que se estipula en las normas jurídicas.

Primeramente es conveniente establecer la definición de lo que se considera un delito, en este termino existen diversas conceptualizaciones y encuentro adecuado primeramente decir la definición según el Código Penal del Estado de Guanajuato que data de 1978 y vigente hasta el 31 de diciembre del 2001 en su artículo 11: " *Delito es una conducta típicamente, antijurídica, imputable, culpable y punible*"⁴ una definición amplia que abarca los elementos esenciales del delito, pero solo nos menciona el aspecto positivo del mismo, ya que la Teoría del delito nos establece la existencia de un aspecto negativo que son precisamente los eximentes de responsabilidad.

⁴ GUANAJUATO, CODIGO PENAL. vigente al 31 de diciembre del 2001 Ed Orlando Cárdenas, Gto. México 1999, p 8

Sin embargo en el nuevo Código que abroga al de 1978 y que de acuerdo al Artículo Primero transitorio en donde se establece que entra en vigor el 1º de enero del 2002, se estatuye, en su artículo 8º " *el delito puede ser cometido por acción o por omisión*",⁵ en esta nueva definición se omite los elementos del delito en donde de acuerdo a la exposición de motivos se deja a la libre interpretación de dichos elementos a los encargados de impartir y administrar la justicia,⁶ la definición en cambio del Código Penal Federal en su artículo 7º estatuye: "*delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales*".⁷

Para situar al Delito en la doctrina encontramos diversos conceptos y dentro de las definiciones doctrinarias señalo la de Franz Von Liszt quien definió al delito como " *Acción, antijurídica y culpable*"; Ernesto Von Beling añade un elemento mas a la definición de delito diciendo que es la " *Acción, típica, antijurídica y culpable*", este autor establece el tipo penal; mas tarde Ernesto Von Mayer nos dice que delito es " *la acción, típica, antijurídica y culpable* " establece una relación entre la tipicidad y la antijuricidad (*mecanismo Ratio Cognosendi*); en cambio Edmundo Mezger establece su definición como " *Acción, típicamente, antijurídica y culpable*" relacionando totalmente la tipicidad y la antijuricidad (*mecanismo Ratio Escendi*)⁸

⁵ GUANAJUATO, CODIGO PENAL, Ed Anaya Editores, S.A. México 2002 p 9

⁶ Exposición de motivos del Código Penal de Guanajuato publicado en el Periódico Oficial del gobierno De Guanajuato. 2 noviembre 2000" que nos dice " que para conocer los elementos del delito se debe hacer una interpretación a contrario sensu, permitiendo con ello la interpretación doctrinaria y jurisprudencial a fin de que sean las personas encargadas de procurar y de administrar la justicia los que vayan definiendo los elementos del delito..."

⁷ CODIGO PENAL FEDERAL, Ed Delma, 3ª ed México 2000, p 2

⁸ GUTIEREZ NEGRETE FRANCISCO, TEORIA DEL DELITO , Cátedra impartida el 18 septiembre 1997, Universidad Lasallista Benavente

El delito de acuerdo a la doctrina consta de elementos objetivos y elementos subjetivos, es precisamente el tipo genérico, es decir todas aquellas condiciones que forzosamente tienen que darse para constituir un delito.

Los elementos objetivos del delito, serán: la conducta, la tipicidad y la antijuricidad. Los elementos subjetivos son: la imputabilidad y la culpabilidad, elementos que establecen la probable responsabilidad del sujeto que delinque y también encontramos a la punibilidad como un elemento del delito, aunque existen diversos autores que consideran que la punibilidad es la consecuencia del delito y no un elemento.

En el delito también encontramos un aspecto negativo, como ya se ha mencionado anteriormente traduciéndose en las eximentes de responsabilidad y que están en relación con el aspecto positivo como se muestra en el siguiente cuadro:

ASPECTO POSITIVO DEL DELITO	ASPECTO NEGATIVO DEL DELITO
Conducta	Falta de conducta
Tipicidad	Atipicidad
Antijuricidad	Causas de Justificación
Imputabilidad	Causas de Inimputabilidad
Culpabilidad	Causas de Inculpabilidad
Punibilidad	Excusas absolutorias

1.2.2. **LA PENA**

La palabra PENA del latín poena y del griego poiné denota el dolor físico y moral que se impone al trasgresor de una ley, Para Maggiore lo más importante de la pena es la sanción, que viene a ser la consecuencia inevitable del incumplimiento de la Ley. Por consiguiente podremos definir que la pena es la sanción que impone el Estado a aquel sujeto que comete algún delito, con la finalidad de conservar el orden jurídico social.

Aún cuando doctrinariamente existe la confusión entre lo que es la pena y las medidas de seguridad, a ambas se les ha designado como sanciones consecuencia de la comisión de un delito. Fernando Castellanos en su obra Lineamientos Elementales de Derecho Penal menciona que la distinción entre pena y medida de seguridad radica en que mientras la pena lleva consigo la idea de expiración y forma. La retribución, a las medidas de seguridad sin carácter aflictivo alguno, intentan de modo fundamental la evitación de nuevos delitos. Propiamente deben considerarse como penas la prisión y la multa, y las medidas de seguridad consideradas como un sustituto de la pena los demás medios de que se vale el Estado para sancionar.⁹

La pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de las personas en una comunidad. Sin la pena la convivencia humana

⁹OP. CIT. SUPRA (1). P. 324.

en la sociedad actual sería imposible, por lo que es indispensable el recurso al que debe acudir el Estado para posibilitar la convivencia entre los hombres.

1.2.3. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Las medidas de seguridad son las prevenciones legales encaminadas a impedir la comisión de nuevos delitos por quienes ya han sido autores de alguno, o para la prevención de los que puedan cometer quienes, sin haber cometido ninguno hasta el momento, por sus circunstancias personales es de temer que los realicen.¹⁰

En el derecho mexicano se consideran como medidas de seguridad la reclusión de locos, degenerados y quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, etc., siendo un medio para procurar la curación del enfermo mental que a cometido algún delito o a realizado alguna conducta delictuosa.

La diferencia entre la pena y las medidas de seguridad radica en que la pena atiende sobre todo al acto cometido y su base es la culpabilidad del sujeto y en cambio en la medida de seguridad se atiende a la peligrosidad del sujeto.¹¹ Entendiendo por peligrosidad la probabilidad de que se produzca un resultado, en este caso la probabilidad de que se cometa en el futuro un delito por parte de una persona.

¹⁰ RAFAEL DE PINA VARA. DICCIONARIO DE DERECHO. Ed. Porrúa. 23ra. Ed. México, 1996. P.370.

¹¹ FRANCISCO MUÑOS CONDE. INTRODUCCION AL DERECHO PENAL. Casa Editorial.S.A. Barcelona, 1995. P.39

Si bien es cierto que, tanto la pena como las medidas de seguridad, son medidas de prevención del delito ambas son cualitativamente distintas. Por lo que mencionare sólo tres de las diferencias que existen entre ambas:

a) La pena es consecuencia del delito, mientras que la medida de seguridad se aplica por el carácter peligroso del sujeto.

b) Al imponer la pena se produce la aplicación de la ley, en cuanto que la medida de seguridad prevé la comisión de un delito y en si es un medio asegurativo.

c) La pena se impone tomando en cuenta la gravedad del delito y el grado de culpabilidad del autor. La medida de seguridad se impone exclusivamente tomando en cuenta la peligrosidad del individuo.

1.3. OBJETO DEL DERECHO PENAL

Para lograr que sé de un orden dentro de la sociedad y evitar el caos dentro de ella, es indispensable que exista una regulación jurídica que encause y dirija la vida en común es por ello que el derecho penal, por su naturaleza esencialmente punitiva tendrá como fin primordial la preservación del orden social, a través de normas jurídicas que tendrán como finalidad el regular las conductas humanas que puedan ser consideradas como delitos. Si bien es cierto el fin del derecho en general es la protección de los intereses de la persona humana, es decir de los bienes jurídicos. Pero no corresponde al derecho penal tutelarlos todo sino sólo aquellos que nuestra propia ley penal señala tales como (la vida, integridad corporal, el honor, la libertad sexual, etc. Que son los bienes jurídicos tutelados.

Es necesario que tomemos en cuenta que el derecho Penal no sólo es un medio de represión, sino también un medio de prevención y lucha contra la delincuencia.

PERSONA JURÍDICA CON SUS CARACTERÍSTICAS

Al hablar de sujeto en cualquier rama del Derecho y por consecuencia en el Derecho Penal es equivalente a ser persona jurídica y por consecuencia es ser sujeto de derechos y obligaciones. Es importante señalar que dentro del derecho penal existe una particularidad respecto a la edad del sujeto activo de un delito que para que sea sujeto de derecho Penal es necesario ser mayor de 16 años cumplidos en el momento de haber cometido el delito.

Es necesario antes de mencionar quienes son los sujetos del derecho penal tener presente el concepto de lo que es una persona jurídica todo ser susceptible de tener derechos y obligaciones, al decir que es susceptible es todo sujeto con la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones, y al tener aptitud, será todo sujeto con la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, si se tiene la capacidad jurídica ello implica el poder ejercer esos derechos y cumplir con esas obligaciones. Hay dos clases de capacidad:

CAPACIDAD DE GOCE: Es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones.

CAPACIDAD DE EJERCICIO: Es la aptitud para ejercer esos derechos y cumplir con esas obligaciones.

En nuestro derecho encontraremos dos clases de personas que son las personas físicas y las personas morales:

PERSONAS FÍSICAS: Todo sujeto con aptitud de ser titular de derechos y obligaciones.

PERSONAS MORALES: Unión de personas físicas, que al unirse crean un ente colectivo, con una personalidad y capacidad jurídica propias diferentes a los seres que le dieron vida.

Una vez que se ha definido a la persona jurídica y que es de nuestro conocimiento quienes pueden ser personas jurídicas, es necesario conocer tanto el titular como el destinatario del Derecho Penal:

1.4. SUJETOS DE DERECHO PENAL

Toda persona jurídica es sujeto de derecho penal, es conveniente hacer notar que de acuerdo a nuestra Legislación Mexicana existen algunas particularidades para que al sujeto activo de un delito le sea punible, siendo una de ellas lo que respecta a la edad dejando fuera de derecho penal al menor de 16 años por seguridad jurídica, señalando que el menor no debe ser objeto, en ningún caso, de pena señalando en el artículo 37 del Código Penal para el Estado de Guanajuato, declara exento de responsabilidad penal al menor de 16 años como sujeto activo del delito, en el momento de la comisión de un delito, el menor entra de lleno en el derecho penal, si es mayor de 16 pero menor de 18 años, se le atenúa la pena o se le remite al Tribunal Tutelar de Menores que le imponga una medida correlativa y la aplicación y vigilancia de un tratamiento en lugar de una pena.

1.4.1. TITULAR DEL DERECHO PENAL

El titular del derecho penal es el Estado, ya que es el titular del orden social y por consecuencia es el encargado de hacer las normas, y dentro de estas la norma jurídica penal que es la más drástica para poder lograr que se preserve el orden jurídico social siendo esta su principal finalidad. En virtud de ser el único que tiene la facultad para definir y prescribir los delitos, determinar las penas y las medidas de seguridad así como la facultad que tiene de imponerla y ejecutarlas como único titular del derecho penal.

1.4.2. DESTINATARIO DEL DERECHO PENAL

Las normas penales se dirigen a todos los individuos sometidos a la ley penal del Estado sean o no ciudadanos.

Las normas penales se dirigen también a los órganos del Estado encargados de la aplicación y ejecución de las penas y las medidas de seguridad a los que impone el deber de aplicarlas y ejecutarlas de acuerdo a la ley.

1.5. NORMA JURÍDICA

Para regular la convivencia entre las personas, se establecen normas jurídicas que deben ser respetadas por esas personas en tanto es o forman parte de una comunidad y por lo tanto el acatamiento de esas normas es una condición indispensable para la convivencia dentro de la propia comunidad y como titular de

ese orden jurídico y social tenemos al Estado, como un medio necesario para lograr que sé de esa convivencia social.

DEFINICIÓN DE NORMA JURÍDICA.-Gramaticalmente la palabra norma implica una regla que debe ser observada, García Maynez, señala que la palabra norma puede estudiarse desde dos puntos de vista, en lato sensu y en stricto sensu:

LATO SENSU (sentido amplio): Implica una regla de conducta obligatoria.

STRICTO SENSU (sentido estricto): debe entenderse como una regla que debe ser observada por aquel sujeto a quien va dirigida.

Para el catedrático Francisco Gutiérrez Negrete la Norma Jurídica es una regla de conducta de observancia obligatoria.

De acuerdo con lo antes expuesto, toda norma es un precepto de carácter obligatorio que impone deberes y otorga derechos a todo individuo, es decir son reglas que generalmente llevan implícita una orden de hacer o no hacer determinada cosa conforme a derecho, por consecuencia tendremos que toda norma jurídica es aquella que esta inmersa dentro de la disposición legal o descripción del tipo legal hecha por el legislador.

En materia penal la norma jurídico penal se encuentra inmersa dentro de los artículos del Código Penal que tutelan bienes jurídicos, entonces cuando se comete un delito sé trasgrede la norma jurídico penal, afectando al bien jurídico tutelado por la norma.

1.5.1. CARACTERÍSTICAS DE LA NORMA JURÍDICA

BILATERAL.-La norma es impero atributiva, es decir a la vez que concede derechos impone obligaciones. De manera correlativa, es decir a toda obligación corresponde un derecho y a todo derecho corresponde una obligación.

EXTERNA. Porque regula la conducta externa de los hombres es decir la manifestación de la conducta dada en el exterior.

HETERONOMA. -Significa que la norma es creada por una persona distinta al destinatario y que estas además le pueden ser impuesta aún en contra de su propia voluntad por los órganos del Estado.

COERCIBLE.-Implica que la norma debe ser cumplida aún en contra de la voluntad del obligado y se puede hacer cumplir por medio del uso de la fuerza, y que el infractor puede hacerse acreedor a una sanción.

1.5.1. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LA NORMA PENAL

La norma jurídica como " regla de observancia obligatoria"¹² el se integra de precepto y sanción, la norma jurídico penal se integra de la misma manera, pero al precepto se le denomina tipo es la descripción legal de una conducta como delictiva y la sanción se le denomina como la punibilidad, referente a las penas y las medidas de seguridad.

Del anterior concepto se desprenden dos elementos fundamentales: el precepto y la sanción:

¹² OCTAVIO ALBERTO ORELLANA. CURSO DE DERECHO PENAL (PARTE GENERAL). Ed. Porrúa. México, 1999. P. 34

EL PRECEPTO: Contiene la prohibición o el mandato según sea el delito del cual se trate ya sea por acción o bien por omisión.

SANCION: Es aquella que contiene la pena o la medida de seguridad.

DEFINICION DE LA NORMA PENAL. Es aquella disposición jurídica que determina el delito y la sanción respectiva.¹³

El maestro Carlos Binding, descubre que cuando un sujeto comete un delito dicho sujeto no esta violando la ley penal, sino más bien el acto se ajusta a lo previsto por la Ley. En efecto no se vulnera la ley pero si se quebranta algo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico. Si infringe la norma que esta por encima y detrás de la Ley. El decálogo es un libro de normas: no mataras. Si se roba o se mata se quebranta la norma, mas no la Ley, por lo que Binding concluye que la norma valoriza, la ley describe.¹⁴

Los elementos de la norma jurídico penal son el postulado o supuesto de hecho y la consecuencia. Lo que se traduce en una sanción. Y tomando en consideración que en la norma penal la sanción se traduce en una pena a la que el sujeto activo se hace acreedor como consecuencia de la comisión de un delito sancionado por la norma jurídica penal.

Como ya se menciona con anterioridad la norma se ha entendido como una regla de conducta de observancia obligatoria, en el derecho penal la norma no solo es una regla de conducta, sino que tiene una particularidad muy especial y es que la sanción que le es impuesta al sujeto activo del delito se convierte en una pena

¹³ PORTE PETIT. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL. Ed. Porrúa. 12va.Ed. México, 1989. P.109

¹⁴ OP. CIT. SUPRA(1).P. 180.

debido a que la norma penal es un supuesto de hecho que constituye un delito y como consecuencia jurídica es una pena o una medida de seguridad según sea el caso, es importante recordar que la norma penal es aquella que contiene mandatos y prohibiciones así como su respectiva sanción. Por lo tanto se puede decir que la norma penal es la expresión propia del Derecho Penal ya que se compone de elementos, los cuales nos indican que se trata precisamente de una manifestación punitiva por parte del órgano sancionador que es el Estado, la norma penal es de aplicación estricta (*nullum crimen sine lege*) la sanción que lleva implícita la norma penal que se convierte en la punibilidad y tomando en consideración el criterio utilizado por el maestro Binding al decir que no puede ser punible un hecho si no lo ha previsto la ley, por eso dice Binding no hay delito sin tipicidad.

En su forma general o abstracta la norma penal describe la conducta que se califica como delito y le señala una sanción, la norma penal regula las conductas delictivas y busca proteger el orden jurídico social, preservar los bienes jurídicos fundamentales de una sociedad, estableciendo con ello deberes jurídicos respecto de esos bienes y sancionan con penas o bien con medidas de seguridad quienes las violen, por lo cual implica para la sociedad en conjunto y para el Estado como institución una continua valoración de bienes y deberes jurídicos que se integran en lo que llamamos Derecho Penal.

1.5.3. CLASES DE NORMAS PENALES

A) **NORMAS PROHIBITIVAS:** que son aquellas que nos prohíben desarrollar una determinada conducta tal es el caso del tipo penal del homicidio que en su artículo 138 del Código Penal para el Estado de Guanajuato dice “comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro”. Por consecuencia la norma penal dice “esta prohibido matar”.

B) **NORMAS DISPOSITIVAS:** son aquellas que ordenan o mandan desarrollar la conducta. Por ejemplo la norma nos marca el pago de impuestos para contribuir al gasto público, por lo tanto si no-pago impuestos no estoy cumpliendo con lo que la norma penal me ordena, y por lo tanto estoy realizando una omisión.

C) **PERMISIVAS:** Son las llamadas causas de justificación que son aquellas condiciones que tiene el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica.

1.6. DERECHO PENAL EN SENTIDO OBJETIVO. U SUSTANTIVO

El derecho penal en sentido objetivo, dice Cuello Calón, es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determina los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquellos son sancionados.¹⁵

Algunos autores manifiestan que el Derecho Objetivo es el conjunto de las normas que forman el sistema jurídico positivo de una nación. Trinidad García tratadista mexicano define al derecho Positivo como el conjunto de normas jurídicas vigentes, que el individuo debe observar por que su fuerza de vigencia las hace obligatorias.¹⁶

¹⁵ EUGENIO CUELLO CALON. DERECHO PENAL. Ed.

8va. Ed. P.8.

¹⁶ OP. CIT. SUPRA (4) P.238.

Cabe señalar que Derecho Positivo y Derecho Vigente no significan lo mismo, puesto que el derecho vigente es el derecho positivo no derogado ni abrogado. Es conveniente recordar que la ley sólo puede ser abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente lo que contenga disposiciones totales o parcialmente incompatibles con la ley anterior, y que contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o practica en contrario.

DEROGACIÓN: Acto legislativo por el cual se deja sin efectos uno o varios artículos de una codificación.

ABROGACIÓN: Tiene como finalidad dejar sin efecto la totalidad de una codificación.

Conjunto de reglas legales que se refieren a los delitos y a las sanciones, así como a las medidas de seguridad aplicables y que se contienen en la legislación interna de cada país. Franz Von Liszt lo define como "conjunto de normas jurídicas que asocia al delito, como presupuesto, y la pena cómo su consecuencia jurídica", en tanto entre los autores latinoamericanos, Sebastián Soler lo describe como la "parte del Derecho que se refiere al delito y a las consecuencias que este acarrea, ello es, generalmente la pena".

1.7. DERECHO PENAL EN SENTIDO SUBJETIVO.

El derecho penal en sentido subjetivo es identificado con el jus puniendi: y significa el derecho o facultad del Estado para castigar, pues es el único con

facultades para conocer y decidir sobre la existencia de un delito y la aplicación de una pena.

Esto es lo que faculta al Estado para crear los delitos y señalar las penas y las medidas de seguridad aplicables a quienes los cometan y a los sujetos peligrosos que puedan delinquir. Así Cuello Calón afirma que en un sentido subjetivo es el derecho del Estado a conminar la ejecución de ciertos hechos (delitos) con penas, y en el caso de su comisión, a imponerlas y a ejecutarlas, expresando que en tal sentido este es el contenido filosófico del Derecho Penal (en su parte general)

Otro sector de la doctrina estima que, más que un derecho, el Estado tiene el deber jurídico de sancionar las conductas que vulneran ciertos intereses jurídicos tutelados por el mismo, por que ello hace posible a la vida comunitaria cumplir sus propios fines.

CAPITULO SEGUNDO

TEORIA DEL DELITO

2.1. GENERALIDADES

Cuando las relaciones de los individuos entran en conflicto aparece las normas de derecho para adoptar un criterio y establecer la armonía necesaria, pero sobretodo el orden en la sociedad, en este sentido encontramos que el *"Derecho es un conjunto de normas jurídicas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad los cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza de que dispone el estado"*¹⁷.

El estado busca la seguridad de la colectividad es por ello que establece normas para regular la conducta del individuo, es el Estado quien tiene la facultad de castigar, aplicar una sanción, un correctivo a quienes cometan o desarrollen conductas diferentes a las establecidas en las leyes.

¹⁷ CASTELLANOS FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, Ed Porrúa, 9na ed, México 1995, p 17

Así pues, existen leyes especiales que se encargaran de definir las conductas que se estima son delitos y también establecen las sanciones aplicables al caso concreto por lo cual encontramos que el Derecho Penal se define " *Como la rama del derecho Publico interno que tiene por objeto la determinación de los delitos y sanciones que deben imponerse a quienes los cometen* ".¹⁸

Para la mejor comprensión del estudio del derecho penal este se divide en: **Parte general** que comprende el estudio metódico de la Teoría de la Ley Penal, Teoría del Delito (siendo esta la que nos incumbe en este capítulo), **Teoría de las penas y de las medidas de seguridad;** y otra parte mas, llamada **Parte Especial** la cual se ocupa del estudio de los delitos en particular, y las penas y las medidas de seguridad

2.2. EL DELITO

Existen conductas que son contrarias a derecho, siendo precisamente una alteración al orden jurídico establecido, a esto es lo que se considera como delito. Para la realización del estudio del delito, nos encontramos con la **Teoría del Delito** y dentro de la estructura de esta, comprende al delito tanto en su aspecto positivo como en el negativo, la Teoría del Delito es el estudio del delito mismo entendiendo a este como una transgresión de lo que se estipula en las normas jurídicas.

¹⁸ PUENTE ARTURO. PRINCIPIOS DE DERECHO, Ed Bancaria y Comercial, 4ª ed. México 1991, pp 267

Primeramente es conveniente establecer la definición de lo que se considera un delito, en este termino existen diversas conceptualizaciones y encuentro adecuado primeramente decir la definición según el Código Penal del Estado de Guanajuato que data de 1978 y vigente hasta el 31 de diciembre del 2001 en su artículo 11: "*Delito es una conducta típicamente, antijurídica, imputable, culpable y punible*"¹⁹ una definición amplia que abarca los elementos esenciales del delito, pero solo nos menciona el aspecto positivo del mismo, ya que la Teoría del delito nos establece la existencia de un aspecto negativo que son precisamente los eximentes de responsabilidad. Sin embargo en el nuevo Código que abroga al de 1978 y que de acuerdo al Artículo Primero transitorio en donde se establece que entra en vigor el 1º de enero del 2002, se estatuye, en su artículo 8º "*el delito puede ser cometido por acción o por omisión*",²⁰ en esta nueva definición se omite los elementos del delito en donde de acuerdo a la exposición de motivos se deja a la libre interpretación de dichos elementos a los encargados de impartir y administrar la justicia,²¹ la definición en cambio del Código Penal Federal en su artículo 7º estatuye: "*delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales*"

.²²

¹⁹ GUANAJUATO. CODIGO PENAL. vigente al 31 de diciembre del 2001 Ed Orlando Cárdenas. Gto. México 1999, p 8

²⁰ GUANAJUATO. CODIGO PENAL. Ed Anaya Editores, S.A. México 2002 p 9

²¹ Exposición de motivos del Código Penal de Guanajuato publicado en el Periódico Oficial del gobierno De Guanajuato, 2 noviembre 20001" que nos dice " que para conocer los elementos del delito se debe hacer una interpretación a contrario sensu, permitiendo con ello la interpretación doctrinaria y jurisprudencial a fin de que sean las personas encargadas de procurar y de administrar la justicia los que vayan definiendo los elementos del delito..."

²² CODIGO PENAL FEDERAL. Ed Delma. 3ª ed México 2000, p 2

Para situar al Delito en la doctrina encontramos diversos conceptos y dentro de las definiciones doctrinarias señalo la de Franz Von List quien definió al delito como "*Acción, antijurídica y culpable*"; Ernesto Von Beling añade un elemento mas a la definición de delito diciendo que es la "*Acción, típica, antijurídica y culpable*" , este autor establece el tipo penal; mas tarde Ernesto Von Mayer nos dice que delito es "*la acción, típica, antijurídica y culpable*" establece una relación entre la tipicidad y la antijuricidad (*mecanismo Ratio Cognosendi*); en cambio Edmundo Mezger establece su definición como "*Acción, típicamente, antijurídica y culpable*" relacionando totalmente la tipicidad y la antijuricidad (*mecanismo Ratio Escendi*)²³

El delito de acuerdo a la doctrina consta de elementos objetivos y elementos subjetivos, es precisamente el tipo genérico, es decir todas aquellas condiciones que forzosamente tienen que darse para constituir un delito.

Los elementos objetivos del delito, serán :la conducta, la tipicidad y la antijuricidad. Los elementos subjetivos son: la imputabilidad y la culpabilidad, elementos que establecen la probable responsabilidad del sujeto que delinque y también encontramos a la punibilidad como un elemento del delito, aunque existen diversos autores que consideran que la punibilidad es la consecuencia del delito y no un elemento.

En el delito también encontramos un aspecto negativo, como ya se ha mencionado anteriormente traduciéndose en las eximentes de responsabilidad y

²³ GUTIEREZ NEGRETE FRANCISCO. TEORIA DEL DELITO . Cátedra impartida el 18 septiembre 1997, Universidad Lasallista Benavente

que están en relación con el aspecto positivo como se muestra en el siguiente cuadro:

ASPECTO POSITIVO DEL DELITO	ASPECTO NEGATIVO DEL DELITO
Conducta	Falta de conducta
Tipicidad	Atipicidad
Antijuridicidad	Causas de Justificación
Imputabilidad	Causas de Inimputabilidad
Culpabilidad	Causas de Inculpabilidad
Punibilidad	Excusas absolutorias

2.3. Conducta y su ausencia

Encontramos que cualquier sujeto que delinque siempre es en base a una conducta que realiza considerándose que no actúa dentro de las normas jurídicas, aun cuando la conducta yaza en una omisión, los hechos constituyen propiamente, la conducta que se considera delictiva.

2.3.1. Concepto

La definición de Fernando Castellanos nos dice que la conducta es " *Un comportamiento voluntario humano positivo o negativo encaminado a un propósito o a un fin* " ²⁴ en donde el ilustre Fernando Castellanos considera, que dentro de este concepto se comprende tanto un acto, como una omisión es decir tanto el aspecto positivo como el negativo del actuar del individuo cuando se trata de establecer que un sujeto realiza una conducta delictuosa.

Encontramos según nos dice Ignacio Villalobos que la conducta del ser humano es un *fenómeno eminentemente complejo*, en el cual juega un papel importante el medio externo, físico y social, donde no solo por los estímulos y provocaciones que constantemente ofrece y que son la primera fuerza generadora de los actos que se han de producirse, sino también como el molde en que se forma la personalidad ²⁵. Villalobos dentro de la conducta aborda el aspecto de cuales son las motivaciones del sujeto para delinquir.

²⁴ Op Cit. Supra (1) p 135

²⁵ VILLALOBOS IGNACIO, DERECHO PENAL MEXICANO . Ed Porrúa, 2ª ed., Mexico 1980 , p 69

Es por ello que la conducta humana es la que el estado castiga ya que es la única que podrá transgredir las normas jurídicas, el ser humano es el único que decide a voluntad su propia conducta; siendo la responsabilidad penal personal ya que solo se castiga al infractor o infractores de las normas jurídicas, siendo al individuo el único al que se puede considerar como sujeto activo del delito. Dentro de la Teoría de la Acción manejada por Alexander Graf Zu Donha²⁶ nos hace mención de que el delito no siempre requiere un aspecto exterior perceptible por los sentidos, ya que en los delitos por omisión no aparece tal característica, así se puede decir que el delito consiste en la realización o la no realización de una acción, esto precisamente definido en el concepto de Fernando Castellanos. Graf Zu Donha habla de que la voluntad, puede ser dirigida a producir o evitar la actividad corporal y por lo cual se toma tanto la acción y a la omisión como dos formas de manifestación de la conducta. Por lo antes mencionado encontramos que el sujeto comete delito ya sea con un actuar o bien un no actuar, es decir la conducta puede ser encaminada a un hacer o un no hacer.

La conducta según la doctrina es un elemento objetivo del delito, que resulta ser esencial para que este se constituya, sin conducta no hay delito. Dentro de la clasificación de delitos atendiendo la conducta encontramos: delitos de acción o comisión, delitos por omisión o abstención, delitos de simple omisión u omisión propia, delitos de omisión impropia o comisión por omisión

²⁶ GRAF ALEXANDER ZU DONHA. ESTRUCTURA DE LA TEORIA DEL DELITO, Ed Abeledo-Perrot, 3ª ed, Buenos Aires, p 18

2.3.2. Delitos de acción o comisión

La conducta se manifiesta con un hacer o bien un no hacer es decir el sujeto podrá cometer un delito cuando lleve a cabo una conducta o una acción (en stricto sensu). Según Fernando Castellanos nos habla de que la acción es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior²⁷, en este sentido **el delito de acción o comisión** es aquel en donde precisamente existe una manifestación de la voluntad del individuo para llevar a cabo lo que las normas jurídicas prohíben **es un hacer** .

La **comisión** será un hecho humano encaminado a obtener un resultado haciendo precisamente lo que la ley nos prohíbe, es decir quebrantando una ley prohibitiva, ya que existen normas jurídicas que prohíben al individuo realizar determinadas conductas y cuando las desarrolla aun prohibiéndolas la ley se tiene un resultado, que se traduce en un delito.

2.3.3 Delitos por omisión o abstención

La conducta como ya dijimos puede ser una abstención estableciendo los delitos de omisión en donde no se realiza una manifestación hacia el exterior, la omisión en un **no hacer**; aunque también interviene la voluntad ya que el actuar del individuo se dirige a no realizar lo que las normas jurídicas establecen,

²⁷ Op Cit. Supra (1). p 152

infringiendo una norma dispositiva, existen dentro de las disposiciones legales, normas que ordenan al individuo un llevar acabo; sin embargo el sujeto presenta una conducta inactiva y no realiza lo encomendado por la ley, su voluntad se dirige a la inmovilidad, no acatando lo dispuesto por la ley, existe un inactividad del sujeto de lo que la ley ordena o manda por hacer.

La omisión se realizará a través de la voluntad del individuo, y así se presenta el resultado, derivando en una conducta antisocial que produce una responsabilidad que se le imputa a quien se a considerado como el sujeto activo del delito, esta omisión puede ser tanto dolosamente, cuando el individuo esta consiente del daño que quiere ocasionar y es su deseo ocasionar tal daño; como culposamente cuando el sujeto no se propone o no quiere el daño que resultado de la omisión hecha.

2.3.4. Delitos de simple omisión u omisión propia

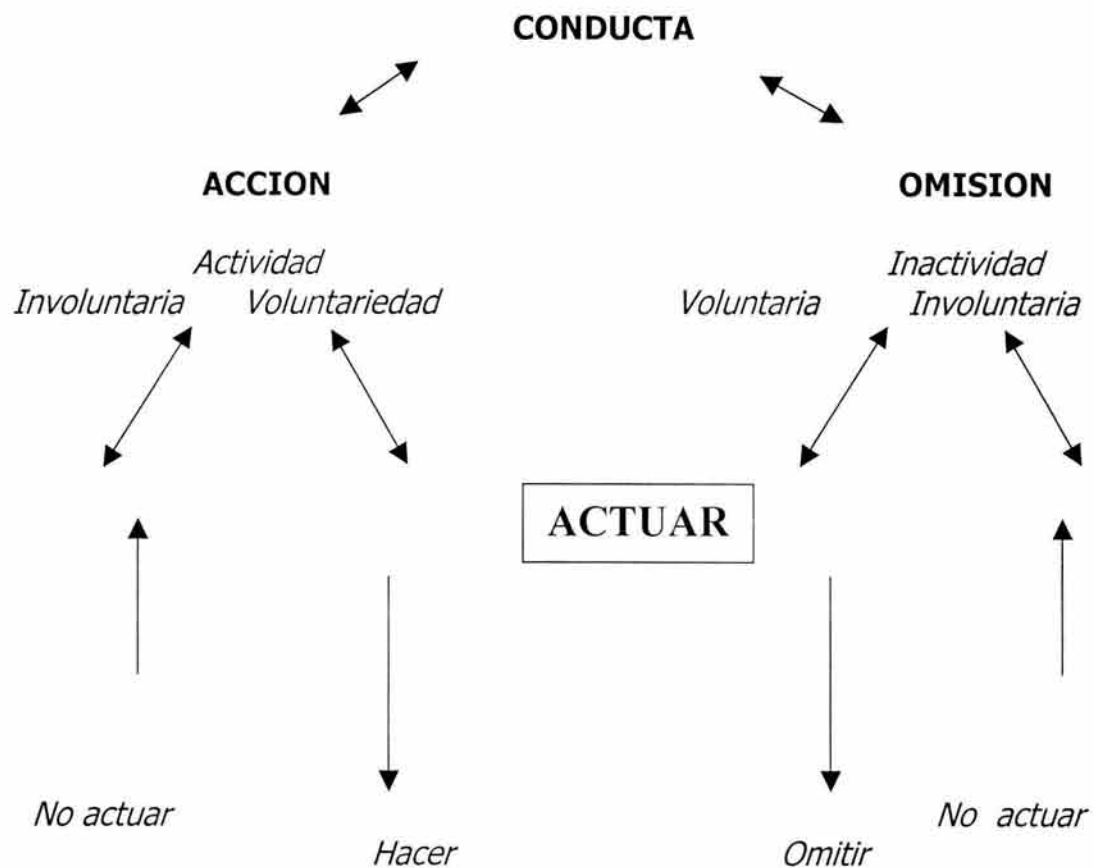
En los delitos de **simple omisión** hay una violación a las **normas jurídicas dispositivas**, es el incumplimiento de una disposición que ordena llevar a cabo una determinada conducta, la esencia de la omisión radica en la no ejecución de lo dispuesto por la ley.

2.3.5. Delitos de omisión impropia o comisión por omisión

Dentro de los delitos de omisión se presenta otra figura jurídica, los delitos de **omisión impropia** en donde hay una conjunción de normas tanto dispositivas como prohibitivas.

El sujeto se encuentra con que viola una norma dispositiva y una prohibitiva, aclarando un poco sobre el tema tenemos que las normas dispositivas son aquellas que ordenan la realización de una conducta que obliga al sujeto desarrollar una acción determinada (aspecto negativo de la conducta) y las prohibitivas establecen las conductas que el sujeto no debe desarrollar (aspecto positivo de la conducta), pero sin embargo el sujeto activo del delito realiza u omite lo que esta dispuesto en la ley habiendo un resultado jurídico y en este tipo de delitos además hay un resultado material ya que hay una manifestación de la conducta hacia el exterior. Con la comprensión total de los delitos de acuerdo con la conducta encontramos el esquema que Graf Zu Donha nos menciona en su obra "*Estructura del Delito*"²⁸ en donde se resume la acción y la omisión

²⁸ Op Cit. Supra (10), p 19



2.3.6. Ausencia de Conducta

Ocurre que cuando falta cualquier elemento esencial del delito no se establece ningún hecho delictuoso, hemos hablado de la conducta como elemento positivo del delito y dentro del aspecto negativo del fenómeno jurídico social podemos hablar de la **falta o ausencia de conducta**, que se traduce en un eximente de responsabilidad, es decir sino existe la conducta no se constituye el delito; en la ausencia de conducta el movimiento corporal ya sea positivo o

negativo no corresponde a la voluntad del individuo, no hay intervención de la voluntad; sin embargo existe un resultado, pero las causas son ajenas al sujeto ya que no es su voluntad no cumplir con las normas jurídicas, y si no hay voluntad pues encontramos que no hay conducta (no hay que confundir con la omisión que anteriormente se menciono). En el código penal abrogado el 31 de diciembre del 2001 nos habla de tres causas por las cuales se puede dar la ausencia de conducta: *la fuerza mayor, vis absoluta y el impedimento físico*²⁹, sin embargo en el Código vigente en el artículo 33 se establece: " *El delito se excluye cuando : I. El hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente ...*³⁰

Hablamos de Vis Mayor o Fuerza Mayor cuando de la naturaleza proviene una fuerza tal que provoca en el individuo un movimiento corporal que no es voluntario pero provoca un resultado; la Vis absoluta o fuerza irresistible es también la presencia de una fuerza pero en este caso será de otro individuo que suscita un movimiento corporal no voluntario; el Impedimento Físico es donde el sujeto no se encuentra en posibilidades para desarrollar una conducta o para evitar un hecho y así como cualquier otra causa que nulifique la voluntad es cuando existe ausencia o falta de conducta.

²⁹ Op Cit. Supra (3) p 9 , en este sentido nuestro Código Penal del Estado que data de 1978 y que es abrogado el 31 de diciembre del 2001, en su artículo 13 establecía " Nadie podrá ser sancionado por un delito, si el resultado del cual depende la existencia del mismo, no es consecuencia de la propia conducta " también el legislador se preocupó por establecer cuales son las circunstancias en donde se considera que hay ausencia de conducta en el dispositivo jurídico se estatuye en el artículo 16 : " No existe conducta cuando se viola la ley penal por fuerza irresistible, impedimento físico, fuerza mayor o en cualquier otro caso en que haya ausencia de voluntad del agente "

³⁰ Op Cit. Supra (4) , pp 15-16

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

2.4. LA TIPICIDAD Y SU AUSENCIA

Se considera a la tipicidad como el segundo elemento objetivo del delito, es la característica que se requiere para que la conducta sea punible, se trata de un juicio de valor, en donde las conductas que le incumben al derecho penal para su estudio, son todas aquellas que encuadran en las leyes penales, puesto que si la acción no se encuentra descrita en el dispositivo jurídico esta conducta no podrá calificarse como un delito.

2.4.1. Tipicidad

La tipicidad se refiere a la conducta desarrollada por el sujeto que delinque es decir será la concordancia que tenga la conducta realizada con lo que se encuentra señalado en la descripción legal, de acuerdo con lo mencionado, se entiende a la tipicidad como un elemento esencial del delito pues sin ella no sería incriminable la conducta ya que la adecuación de la conducta dada en la realidad

con la descrita en abstracto por el tipo penal será la conducta típica, por lo cual será punible es decir, la que castigan las normas penales., cuando reúna las características del delito.

Celestino Porte Petit nos dice que *la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo y* autores como Mezger relacionaron la tipicidad con la antijuridicidad puesto que una conducta típica siempre será una conducta antijurídica, siempre y cuando no exista una causa de justificación, ya que la consecuencia siempre es contra derecho.

2.4.2. El Tipo Penal

El tipo penal es la descripción en abstracto de la conducta que se considera delito ³¹, como se menciono anteriormente la conducta para que se valore como una acción típica, debe estar estipulada con anterioridad en una norma jurídica, así pues se establece que la descripción en abstracto de la conducta que desarrolla el sujeto activo del delito, es lo que se considera como tipo penal, es el compendio de todas aquellas características situadas en la descripción legal.

³¹ Op Cit. . Supra (7)

Fernando Castellanos lo define como " *la creación legislativa, la descripción que el estado hace de una conducta en los preceptos penales*"³². Como bien define el autor mencionado el tipo, este solo es la consideración jurídica que realiza el legislador y que consagra su apreciación, estableciendo conductas o hechos que se especifican como delitos describiéndolas en el dispositivo legal, sino existe tal descripción no hay conducta que se establezca como un delito, en este sentido Carranca y Trujillo nos menciona que en nuestro derecho Mexicano encontramos el dogma ***Nullum Crimen Sine Lege*** sin tipo legal no hay delito.³³

Los elementos a considerarse para la formación de un tipo penal son los elementos objetivos, subjetivos y normativos. Dentro de los **elementos Objetivos** se encuentran: La conducta, resultado, nexo causal, especiales formas de ejecución, modalidades de lugar, tiempo u ocasión; sujetos: activo y pasivo, así como objeto material y jurídico. En los **elementos Subjetivos** se encuentran todos aquellas causas personales que motivaron al sujeto a cometer el delito, tales como: ánimos, propósitos, fines, sabiendas o saberes estos elementos se tiene que acreditar cuando así lo requiera el tipo penal. Los **elementos Normativos** en cambio son aquellos que se dejan a la interpretación subjetiva del juez entendiéndose en la forma en que la colectividad así los considera, son juicios de

³² IDEM, Supra (1) p 167

³³ CARRANCA Y TRUJILLO RAUL , DERECHO PENAL MEXICANO TOMO I Y II, Ed Antigua Librería Robledo , 3ª ed, México 1969, p 193

valor, estos elementos serán : honestidad, honor, honra, deshonra, ajeneidad de la cosa, propiedad, posesión, entre otros que se encuentran en las normas penales.³⁴

2.4.3. Típico o Típica

La acción de antijuridicidad debe ser típica para considerarse delictiva, lo típico es el producto de que la conducta dada en la realidad, encuadre con el tipo penal redactado en la ley, Graf Zu Donha nos dice que el termino típico fue entendido en un sentido mas amplio como una suma de aquellas características diferenciales de uno y otro tipo de delito, se sitúa al tipo general, en donde se comprenden todas las características propias y comunes a todos los delitos: la acción, la antijuridicidad y la culpabilidad.³⁵ lo típico es el encuadramiento, de la conducta descrita en el tipo, siendo el resultado de valor de la Tipicidad cuando la conducta realizada encuadra con la detallada en el tipo penal, es decir es típica.

2.4.4. Falta de tipo

Cuando no existe una conducta señalada en la ley, cuando no se ha realizado una valoración del legislador de una acción y no se establece que sea juzgada por la ley penal, nos encontramos con la falta del tipo, es decir es la falta de descripción de la conducta.

³⁴ Op. Cit. Supra (7) 18 Octubre

³⁵ Op Cit. Supra (10) p 16

El ya muy citado Fernando Castellanos nos habla de que la falta de tipo es cuando el legislador, de una manera deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta, que según la colectividad debería ser incluida en el catálogo de delitos. Generalmente cuando en una descripción legal no se detalla una conducta que probablemente sea reprochable por la comunidad se dice hay falta de tipo, por no encontrar una narración jurídica de la conducta reprochable.

2.4.5 Atipicidad

En la Atipicidad la conducta que se considera delictiva no se ajusta a la conducta detallada en el tipo penal. Se consideran como causa de Atipicidad las características que no se colman con la conducta realizada por el sujeto activo ya que existen circunstancias contenidas en cada tipo penal que de satisfacerse se establece que un sujeto realizó una conducta típica, pero cuando se carece de estos elementos que detalla el tipo penal, es decir si llegaron a faltar lo que se exige en la descripción legal, nos encontramos ante la atipicidad.

Encontramos en el Código Penal vigente para el estado en su capítulo de Exclusión del delito la atipicidad que se establece en su artículo 33: " *El delito*

*se excluye cuando I;..., II. Falte alguno de los elementos del tipo de que se trate*¹⁰⁶

2.5. LA ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

2.5.1 Concepto

Cuando se habla de antijuridicidad, se alude a la contradicción entre la conducta típica realizada y lo que exige un dispositivo legal, se entiende como la relación de contradicción entre la conducta típica y el orden jurídico, Muñoz Conde define a la antijuridicidad *como un predicado de la acción, el atributo con el que se califica la acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico*,³⁷ Castellanos la conceptualiza como un elemento objetivo en donde se atiende a la conducta externa, cuando se vulneran los valores amparados o protegidos por las normas jurídicas con la conducta realizada es cuando se manifiesta la antijuridicidad, siendo una característica general del delito, esta se establece junto con la adecuación típica de la conducta.

A la conducta no solamente debe calificarse como típica sino también deberá ser contraria a derecho, cuando se determina que existe antijuridicidad, es

³⁶ Op Cit., Supra (4) pp 15-16

³⁷ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, TEORIA GENERAL DEL DELITO, Ed Bosch Casa Editorial S.A. 8va ed, España 1975, p 66

por que se ha establecido el indicativo que califica a la acción típica como contraria a lo dispuesto por el precepto jurídico.

En la esencia de la antijuricidad existe una relación de contradicción entre la conducta típica y el ordenamiento jurídico; apareciendo una relación entre la tipicidad y la antijuricidad, aun cuando la tipicidad surge como un elemento independiente, Mayer en su mecanismo ***Ratio Cognosendi*** mencionando *que toda conducta típica puede ser antijurídica siempre y cuando no haya una causa de justificación;* en cambio Mezger nos habla de su mecanismo de ***Ratio Escendi***, donde relaciona totalmente la tipicidad con la antijuricidad aludiendo que *toda conducta típica es antijurídica, siempre y cuando no exista una causa de justificación.*

2.5.2 Antijuricidad Formal

La antijuricidad como ya se menciona es lo opuesto al derecho, esto es un concepto indiviso porque es un juicio sustancial, sin embargo existe la antijuricidad formal y material que de ninguna manera una excluye a la otra, por el contrario atendiendo a su origen una será la forma y la otra el contenido de la antijuricidad.

La antijuridicidad formal es la simple contradicción entre una conducta y una norma jurídica, es decir es la oposición a la ley del Estado, dentro del precepto legal se encuentra la valoración jurídica de las normas penales cuando existe una vulneración a los bienes protegidos por el estado aparece una contradicción de la conducta con la norma ordenada por el Estado, esto es precisamente la antijuridicidad formal.

2.5.3. Antijuridicidad Material

La antijuridicidad material o el contenido material de la antijuridicidad consiste en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos o de los intereses jurídicamente protegidos, o el solo atentado contra el orden instituido por los preceptos legales ³⁸ es decir es la contradicción de la conducta con los intereses colectivos o sociales, ya que cualquier sociedad establece un orden jurídico que es necesario para regular la convivencia de dicha colectividad, cuando son quebrantados los bienes o valores colectivos aparece un rompimiento con el bien común y esto afecta los intereses resguardados por la ley, por lo que la conducta materialmente antijurídica contraria a los intereses colectivos.

2.5.4. Causas de justificación

³⁸ Op Cit. Supra (9) p 247

Dentro de los dispositivos legales aparecen prohibiciones, pero también contienen acciones permisivas para realizar un hecho que aunque se encuentre tipificado como delito y se consideran acciones o conductas antijurídicas pero que no son punibles, es decir que el Estado permite al individuo llevarlas a cabo, son las causas de justificación donde la conducta será típica y antijurídica pero no se aplicara una pena ya que el hecho realizado es lícito y por lo tanto no es punible .

Graf Zu Donha alude a las causas de justificación diciendo " *Una acción jurídicamente impuesta no puede al mismo tiempo, ser jurídicamente prohibida, es decir el cumplimiento de un deber jurídico no es contrario a derecho*" y " *Una acción jurídicamente permitida no puede ser al mismo tiempo prohibida, o bien el ejercicio de un derecho nunca es antijurídico*"³⁹. La conducta, aun cuando sea típica es aprobada por los ordenamientos jurídicos, traduciéndose en eximentes de responsabilidad.

Existen elementos subjetivos y objetivos en las causas de justificación, puesto que para justificar una acción se precisa que se de objetivamente la situación o circunstancia justificante y además que el sujeto actúe de una manera en que su voluntad se encuentre dentro de los límites del permiso que otorga la ley, si llegara a faltar algún elemento subjetivo la conducta no quedaría justificada; los elementos subjetivos en las causas de justificación son los que le

³⁹ IDEM. SUPRA (10) p 46-47

permiten al individuo actuar con voluntad, pero sin extralimitarse de lo que el Estado concede al individuo para salvaguardar sus bienes jurídicos.⁴⁰

2.6. LA IMPUTABILIDAD Y SU AUSENCIA

2.6.1 Concepto

Para poder calificar al sujeto como culpable de cualquier delito deberá considerarse antes, como un sujeto capaz de obrar en el derecho penal, es decir se le da una imputabilidad jurídica de sus actos. La imputabilidad se acepta como un presupuesto de culpabilidad, siendo la capacidad del individuo que le permite actuar dentro del orden jurídico establecido, el sujeto la ostenta para obrar dentro del derecho penal.

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

⁴⁰ Op Cit. Supra (3) p 13. Dentro del recientemente abrogado Código Penal del estado en el artículo 33 se establecía que son causas de justificación :

1. Cuando se comete con consentimiento valido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquellos de que pueden disponer lícitamente los particulares.
2. Cuando se opere en defensa de bienes jurídicos, propios o ajenos, contra agresión ilegítima, actual inminente, siempre que exista necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla o impedirla.
3. Cuando en situación de peligro para un bien jurídico, propio o ajeno, se lesione otro bien para evitar un mal mayor, siempre que concurren las siguientes requisitos :
 - A) Que el peligro sea actual o inminente
 - B) Que el titular del bien salvado no haya provocado dolosamente el peligro
 - C) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial. No operara esta justificante en los delitos derivados del incumplimiento de sus obligaciones cuando los responsables tengan el deber legal de afrontar el peligro.

Cuando se opere en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio de un derecho. Cuando se esta ante la presencia de esta causa de justificación se requiere que el individuo para realizar dicha conducta, crea que esta realizando una conducta lícita es decir el sujeto realiza la conducta siendo un subordinado: esto se presenta sobre todo en lesiones ocasionadas por los deportes, cuando el padre ejerce su derecho de corregir o bien en las lesiones quirúrgicas.

penales o bien en contra de estas mismas. Se es imputable cuando se reúnen las facultades psíquicas para mantener un nexo social con su entorno. Quien no tenga dichas facultades no podría ser responsable penalmente, Ignacio Villalobos la califica como una calidad o un estado de capacidad del sujeto.

2.6.2. Elementos de la Imputabilidad

La imputabilidad tendrá como elementos uno **intelectual** que se traduce en el conocer y saber, es decir tener la capacidad de raciocinio; y el elemento **volitivo** que se traduce en el querer, es la voluntad de querer realizar el hecho, comportándose de acuerdo a la comprensión que tiene el individuo. Por lo anterior se establece que un sujeto es responsable de un acto delictivo por que es capaz para imputársele la conducta castigada por las leyes penales.

2.6.3 Imputabilidad disminuida

Se habla de imputabilidad disminuida cuando el individuo esta ante una incapacidad o perturbación temporal o bien sus facultades mentales esenciales no se encuentran estables o en su normalidad, tanto la culpabilidad como la responsabilidad son menores, por lo cual se tiene una punibilidad atenuada. Cuando la peligrosidad del individuo radica en causas fisiológicas o caracteres

creados, las anormalidades que presente el responsable del delito disminuye la imputabilidad y deberán tratarse con las medidas de seguridad correspondiente.⁴¹

2.6.4. Inimputabilidad

En nuestro derecho penal como ya se menciona existen eximentes de responsabilidad en relación con la imputabilidad existe la **Inimputabilidad**, que es su aspecto negativo, siendo inimputables los sujetos que en el momento del hecho no son capaces para imputársele la responsabilidad del delito.⁴²

En nuestra legislación estatal vigente se establece en su artículo 37⁴³ otro supuesto tomando en consideración la edad del individuo para considerársele como causa de exclusión del delito (en el código anterior abrogado se manejaba como inimputables) que es el que sea menor de dieciséis años al momento de

⁴¹ IDEM. Supra (3) p 15: En el artículo 36 de nuestro Código estatal abrogado en el 2001 se estipulaba lo referente a la imputabilidad disminuida " Al agente que por efecto de las causas, en el momento de la acción u omisión solo haya poseído en grado moderado la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y de determinar su conducta de acuerdo con esa comprensión se aplique en una pena no menor a un tercio del mínimo ni mayor de un tercio del máximo de lo establecido para ese delito." Y en su segundo párrafo nos habla de que se aplique una medida de seguridad cuando el caso lo amerite.

En el artículo 36 de nuestro Código estatal se estipula lo referente a la imputabilidad disminuida " Al agente que por efecto de las causas . en el momento de la acción u omisión solo haya poseído en grado moderado la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y de determinar su conducta de acuerdo con esa comprensión se aplique una pena no menor a un tercio del mínimo ni mayor de un tercio del máximo de lo establecido para ese delito " y en su segundo párrafo nos habla de que se aplique una medida de seguridad cuando el caso lo amerite.

⁴² CARDONA ARIZMENDI ENRIQUE Y OTRO. CODIGO PENAL COMENTADO DEL ESTADO DE GUANAJUATO, ED Orlando Cárdenas S.A. de C. V., ed 3ª Irapuato, Gto. p 367 Este autor nos comenta que existen causas de Inimputabilidad, establecidas en nuestro Código Penal para el estado de Guanajuato las cuales se consagran en el Capítulo IV encontramos en este capítulo Los supuesto en donde se determina por que se considera inimputable a un individuo tal es el caso de cuando el sujeto tiene una enfermedad mental que perturbe gravemente la conciencia, que su desarrollo psíquico se incompleto o retardado o bien por grave perturbación de la conciencia sin ninguna base patológica . Cardona Arizmendi nos habla de que en nuestra ley se exige no solamente la presencia de la causa, sino la existencia de un efecto específico, la grave perturbación de la conciencia que anule la capacidad de entender y de querer en el sujeto. Es decir anular la capacidad de comprensión y auto control

⁴³ Idem Supra /4) p 18

realizar la conducta delictiva cuando así lo amerite se aplicara una medida de seguridad necesaria a los inimputables que la requieran.

2.6.5. Actio libera in causa

La **actio libera in causa** o **acción libre** de causa es una eximente de responsabilidad, cuando un individuo es inimputable al momento de realizar la acción delictiva pero que bajo su voluntad crea circunstancias para disminuir su capacidad, es decir se coloca en un estado de Inimputabilidad de manera voluntaria, de cualquier forma se le atribuye imputabilidad, ya que al momento de concebir el delito se le atribuye una capacidad en su actuar.

2.7 LA CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD

2.7.1 Generalidades

Cuando a una conducta se le ha catalogado como típica, antijurídica, e imputable , esta para ser punible deberá calificarse como culpable, la imputabilidad como ya se menciona es el presupuesto de culpabilidad ya que cuando se le atribuye al individuo la capacidad de llevar a cabo o actuar dentro del orden jurídico se le puede fincar el juicio de reproche por la conducta realizada y podrá responder por la conducta antisocial que efectúo esto es tomando en consideración el sistema clásico, sin embargo el sistema neoclásico de la

dogmática penal nos establece que la imputabilidad es un elemento más de la culpabilidad.⁴⁴

2.7.2 Concepto

El concepto de culpabilidad se refiere al reproche que se le puede realizar al individuo por la conducta que perpetró de manera distinta a la que debería llevar a cabo. Cuello Calón considera que una conducta es culpable cuando las relaciones psíquicas existentes entre ella y el autor, debe ser jurídicamente reprochada. Porte Petit la define como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto. Villalobos nos dice que la culpabilidad es el reproche que se hace a una persona por haber podido actuar de modo distinto a como realmente lo hizo. La culpabilidad es fincar el juicio de reproche al individuo por la conducta que realizó contraria a derecho.

2.7.3 Naturaleza jurídica de la culpabilidad

En el ámbito doctrinal de la culpabilidad se mencionan dos grandes teorías referente a la naturaleza de la culpabilidad la **teoría psicologista y la normativista**. La culpabilidad en la Teoría psicologista es considerada como un nexo psicológico entre la conducta y el resultado nos dice que para declarar a un sujeto culpable basta con demostrar que este es imputable, es decir que obra con

⁴⁴ Op Cit. Supra (7) 15 De Noviembre 1997

dolo y culpa para imponerle la pena, esta teoría alude al proceso intelectual-volitivo que desarrolla el individuo al cometer un delito. En cambio la teoría normativista que se deriva de la escuela neoclásica habla de la culpa como un juicio de reproche, reproche de la conducta, nos dice que el individuo no se relaciona con su resultado porque la norma jurídica penal exige que se observe lo que se establece y regula una conducta ya sea dispositiva o prohibitiva, el sujeto imputable comprende totalmente la ilicitud del hecho, para comportarse de acuerdo con la conducta que exige la norma; este sujeto obra con dolo y culpa es decir en contra de lo que la norma exige y se le finca el juicio de reproche.

En el Código penal vigente en su artículo 12 estatuye que "*las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse en forma dolosa o culposa*"⁴⁵ anteriormente nuestra legislación también consideraba como forma de culpa a la preterintención, figura que se suprime con la abrogación del código de 1978⁴⁶

2.7.4 Dolo

El dolo es la primer forma de la culpabilidad siendo la intención o voluntad dirigida a la realización de la conducta y obtención del resultado que siempre es querido, tomando en cuenta que el resultado es la consecuencia del

⁴⁵ IBIDEM Supra (4) p 11

⁴⁶ IBIDEM Supra (3) p 16; en su artículo 40 existían tres formas de culpabilidad : " La culpabilidad puede darse en forma I.- Dolosa. II.- Culposa o III.- Preterintencional. Artículo 41.- Obra con dolo quien quiere la realización del hecho legalmente descrito, así como quien la acepta previniendo la a lo menos posible.

conocimiento de la antijuridicidad es decir la capacidad que tiene el individuo para distinguir entre lo bueno y lo malo.

El dolo consta de un **elemento intelectual** en donde se tiene una plena conciencia de que se obra en contra de la ley es decir se tiene un conocimiento de antijuridicidad y de uno mas **volitivo o emocional** en donde se tiene la voluntad de realizar la conducta que se establece en la ley como típica, Dentro del dolo podemos encontrar diferentes clases del mismo, el dolo directo, indirecto, indeterminado y el eventual, según la doctrina .

El **dolo directo** se refiere a dirigir la voluntad o intención a la realización de la conducta y la obtención del resultado. El **indirecto** aparece cuando la voluntad o intención se dirige a la obtención de un resultado principal que se quiere, pero además se tiene la certeza de que con esa conducta van a obtener otros resultados mas, además del que se quiere obtener; en **el dolo indeterminado** se sabe que no va haber un resultado, pero no se sabe cuantos resultados va a haber, no va dirigido a un resultado determinado; en cambio en **el eventual** tiene la certeza de que existirá un resultado principal, pero se prevé la posibilidad que puede haber otros resultados.

En nuestro Código Penal del estado de Guanajuato se estatuye al dolo directo y al eventual en el artículo 13⁴⁷ "*obra dolosamente quien quiere la realización del hecho legalmente tipificado, o lo acepta previéndola al menos como posible*".

2.7.5 Culpa

La culpa es la segunda forma de la culpabilidad . Obra con culpa quien actúa sin el cuidado que la ley o norma establece para vivir dentro de la sociedad, a diferencia del dolo se quiere la conducta pero no el resultado o bien se actúa sin el cuidado que se debiera tener y así evitar una conducta típica.

Dentro de la culpa tenemos la culpa **consciente o con prevención**, que es en donde se prevé la posibilidad de obtener un resultado típico pero a pesar de que se prevé, el individuo se comporta con la confianza que no va a suceder se quiere la conducta pero no el resultado. En la **culpa inconsciente o sin previsión** no se prevé absolutamente nada, ni conducta, ni resultado y al no prever es difícil sino que imposible encontrar el nexo psicológico de la culpabilidad, este problema se soluciona con la teoría normativista en donde se relaciona al sujeto con el orden normativo por haber obrado con culpa, cuando la norma exige prever resultados y estos no se prevean se esta actuando contra la norma,

⁴⁷ Op Cit Supra (4) p 11

En el Código estatal estatuye en su artículo 14 la culpa " *Obra culposamente quien produce un resultado típico que previo siendo previsible o que previo confiando en que se produciría, siempre que dicho resultado sea debido a la inobservancia del cuidado que le incumbe, según las condiciones y sus circunstancias personales* "

2.7.6. Diferencia entre dolo eventual y culpa consciente

En la doctrina penal se establecen dos conceptos que parecieran similares, entre el dolo eventual y la culpa consciente como ya se mencionó anteriormente, en ambos se quiere la conducta pero cuando se actúa de manera dolosa siempre se quiere el resultado y en la culpa nunca es querido el resultado, ya que se actúa con la confianza que dicho resultado no se dará.⁴⁸

2.7.7. Preterintencionalidad

La tercera forma que establecía nuestro recientemente derogado Código penal para la culpabilidad era la preterintención en donde el individuo realiza una conducta típica y el resultado sobrepasa la intención del sujeto activo del delito,

⁴⁸ Op Cit Supra (26) p 187 Cardona Arizmendi en su código penal comentado nos habla de la Culpa consciente :en este tipo de culpa existe previsión, solo que el agente no esta interiormente de acuerdo con la producción del resultado, sino que espera que este no se da. La falsa esperanza que alimenta el activo descansa en el descuido o desatención de un deber concreto.

existía cuando el resultado iba mas allá de la voluntad del agente, se inicia de manera dolosa desembocando en la culpa.

2.7.8. Causas de inculpabilidad

La **inculpabilidad** es el aspecto negativo de la culpabilidad es decir es la ausencia de la misma, Jiménez de Asúa sostiene que la inculpabilidad es la absolución del sujeto en el juicio de reproche, y Castellanos nos dice que la *inculpabilidad aparece cuando no hay conocimiento y voluntad.*⁴⁹ En las causas de inculpabilidad se tiene al error, y la Coacción. El error afecta al elemento intelectual al saber, al conocer, al entender. En el sistema clásico y en el neoclásico al igual que en el finalista el error es la falsa apreciación de la realidad, existe error de hecho, de derecho .

El **error de hecho** puede ser **esencial e inesencial**. El error esencial es **vencible e invencible**. El error esencial invencible es cuando se nulifica al dolo y a la culpa, el sujeto esta en posibilidad de deshacerse del error, se trata de una eximente de culpa, el error esencial vencible es cuando elimina el dolo pero no a la culpa ya que se pudo haber evitado el resultado. El error inesencial se traducirá en tres clases de error, **aberracio ictus** error en el golpe, **aberracio in persona**, error en la persona es decir se confunde al sujeto pasivo y el **aberracio**

⁴⁹ IDEM Supra (1) p 257

delicti, en donde el sujeto activo comete un delito creyendo haber cometido otro diferente.

La **coacción** como otra causa de inculpabilidad es cuando se afecta al elemento volitivo es decir el querer, es el uso de la fuerza física o moral, un sujeto ejerce violencia física o moral en el sujeto que desarrolla la conducta considerada como delito de esta manera nulifica su voluntad ya que existe un constreñimiento en la voluntad, la conducta calificada como típica se realiza en contra de la voluntad del agente del delito.

2.8.LA PUNIBILIDAD

2.8.1 Concepto de Punibilidad

Una vez que se han acreditado todos los elementos del delito se considera que la conducta típica, antijurídica, imputable y culpable es punible. En la punibilidad existe controversia porque algunos autores la consideran un elemento esencial del delito, sin embargo hay quien dice que es solo la consecuencia del delito, lo cierto es que se requiere que a través de esta se establezca la pena que el sujeto activo merece por la conducta típica que realizó.

La punibilidad es el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta, cuando se realiza una acción típica acreedora de una pena, se dice que una conducta es punible, siempre y cuando haya sido valorado como antijurídico, imputable y culpable; siendo esta acreedora de una pena establecida en la ley

2.8.2 Diferencia entre punibilidad y punición

Castellanos nos dice que punibilidad es *la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito*. Tomando en consideración esta definición podríamos encontrar similitud con otro termino referente al acto de punir que sin embargo es diferente, así pues la punición es el acto en donde el juez concreta la pena.

2.8.3 Penas y medidas de seguridad

El legislador estipula la pena que merece el sujeto activo del delito según sea la naturaleza del delito, cabe mencionar que la pena no es mas que la sanción resultante e inevitable del incumplimiento de la ley y de esta manera conservar el orden de la sociedad la finalidad de la pena es que sea ejemplar para que de esta manera se pueda evitar conductas típicas repetitivas por los individuos que conforman la colectividad así pues se puede definir a la pena como la sanción

que impone el estado a aquel sujeto que comete algún o algunos delitos para conservar el orden jurídico y social.

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

Referente a la punibilidad de los delitos encontramos en nuestra legislación vigente En el Título tercero referente a las consecuencias jurídicas un catalogo de penas, un catalogo de medidas de seguridad y las consecuencia para las personas jurídicas colectivas ,⁵⁰ en el Código abrogado existía una clasificación en donde se trataba a la punibilidad en general, clasificándola únicamente como penas y medidas de seguridad ⁵¹

⁵⁰ IBIDEM Supra (4) p 18

⁵¹ Op Cit. Supra (3) p 17-18; Artículo 46.- las penas y medidas de seguridad son :

I.- Prisión

II.- Relegación;

III.- Confinamiento;

IV.- Sanción Pecuniaria.

V .- Decomiso de Los instrumentos del delito y destrucción de cosas peligrosas o nocivas;

Vi.- Suspensión, privación inhabilitación de derechos, destitución o suspensión de funciones o empleos e inhabilitación para su ejercicio o desempeño;

VII .- Publicación especial de sentencia;

VIII.- Suspensión, extinción e intervención de la personas jurídicas colectivas;

IX .- Amonestación; y

X.- Medidas de seguridad curativas y las demás que señalan las leyes.

2.8.4 Excusas Absolutorias

Son el aspecto negativo de la punibilidad es la ausencia de la misma, Castellanos nos dice que " *son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena.*" Muñoz Conde nos dice " *son causas vinculadas a la persona del autor y que por lo tanto, solo le afecta a él y no a los demás participantes en el delito cuando estos existieren* ". Las excusas absolutorias se encuentran estipuladas e inmersas en el código penal.

CAPITULO TERCERO

PROCEDIMIENTO PENAL

3.1. DERECHO PROCESAL PENAL

3.1.1. Concepto de Derecho Procesal Penal

Los conceptos de Derecho Procesal Penal y Procedimientos Penales son usados por algunos autores de manera indistinta para hablar de los actos que desarrollan las partes en la aparición, comprobación y castigo de un delito, sin embargo existen diferencias entre cada uno de los conceptos ya que el Derecho Procesal Penal como nos dice ; Eugenio Florian *es un conjunto de normas que regulan y disciplinan el proceso en su conjunto y en los actos particulares que le caracterizan* . Ernesto Beling dice *que es la rama jurídica que regula la actividad titular del derecho penal (justicia penal administrativa de justicia penal)*. Guillermo Colín Sánchez Menciona que *es el conjunto de normas internas y publicas que regulan y determina los actos, las formas y formalidades que deben observarse para hacer factible la aplicación del derecho penal sustantivo.*⁵²

Otra definición del Derecho Procesal Penal nos dice que es la rama del derecho público Interno que tiene por objeto la organización de los tribunales

⁵² COLIN SANCHEZ GUILLERMO, DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES, Ed Porrúa, 9na ed, México 1985, p 4

represivos, su competencia y la determinación de los procedimientos que debe seguirse para la averiguación de los delitos y castigo de los responsables de ellos⁵³

3.1.2. Naturaleza jurídica del proceso

La doctrina nos señala dos corrientes en lo referente a la naturaleza jurídica del proceso Las teorías privatistas y las teorías publicistas. Cito primeramente **Las teorías privatistas** donde se afirma que el proceso es una figura del derecho privado, dentro de esta corriente se habla de la ***Teoría del Contrato***, esta corriente nos indica que en el proceso surge una convención entre el actor y el indiciado, algo que ciertamente es discutible ya que en nuestro sistema jurídico penal no existe un consentimiento de las partes puesto que por lo general el demandado no comparece de manera voluntaria, sino a una orden de una autoridad competente. y la ***Teoría del Cuasicontrato*** donde se afirma que es una manifestación unilateral de la voluntad a través de la cual se producen obligaciones.

Dentro de las **Teorías Publicistas** esta ***la Teoría de la Relación Jurídico Procesal*** en la que se afirma que las actividades de las partes y del juez esta regulada por la ley es decir existe una relación entre el actor y el demandado, el juez y demás sujetos que intervienen quienes están íntimamente ligados por

⁵³ Op Cit. Supra (2) p 329

vínculos jurídicos⁵⁴ . También se encuentra dentro de esta corriente ***La Teoría de la Situación Jurídica*** en ella se afirma que las partes generan cargas procesales así pues a través del proceso se adquieren derechos que solamente se pueden ejercer dentro de dicho proceso.

En nuestro sistema jurídico penal es aceptada la teoría de la relación jurídico procesal ya que en el proceso penal se reconoce que los sujetos tienen nexos regidos por la ley.

3.2. PROCEDIMIENTO EN GENERAL

Aun cuando la doctrina nos señala diversos conceptos del procedimiento se dice en general que el procedimiento es la manera o la forma en la cual se conduce el proceso, así pues debemos entender al proceso como conjunto de actos que se realizan ante un juez para demostrar los derechos que ante el se discuten. El procedimiento serán todos aquellos actos que regulen las actividades para dirimir las controversias que someten los particulares ante cualquier autoridad competente en la materia a tratar. Esta definición no es aplicable en materia penal ya que el concepto de procedimiento penal merece una concepción particular.

⁵⁴ Op Cit. Supra (36) pp 73-75

3.3. PROCEDIMIENTO PENAL

3.3.1. Concepto

Manuel Rivera Silva define al procedimiento penal como *el conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos que tiene por objeto determinar que hechos pueden ser calificados como delitos para aplicar la sanción correspondiente*. Este autor menciona tres elementos de su definición, el procedimiento constará de: un conjunto de actividades, así como un conjunto de preceptos y una finalidad.⁵⁵

Otras acepciones del procedimiento nos dicen que es un conjunto de normas jurídicas que regularan al proceso así pues reglamentaran los actos jurídicos procesales, también es considerado como un conjunto de actividades reglamentadas.⁵⁶

3.3.2. Objeto y fines del procedimiento

Cuando se aborda el tema de los fines del procedimiento encontramos fines remotos o mediatos y fines inmediatos, Manuel Rivera Silva dice que el procedimiento tendrá como fin mediato el fin que se persigue con el derecho penal

⁵⁵ RIVERA SILVA MANUEL. EL PROCEDIMIENTO PENAL. 26va ed. Ed Porrúa, México 1999 pp 12-13

⁵⁶ Op Cit. Supra (7) 16 Noviembre de 2000

material, es decir la defensa social, Colín Sánchez nos menciona que el fin mediato es el restablecimiento del orden turbado por el delito. Referente a los fines inmediatos del procedimiento, se habla de que el fin general es la aplicación de la ley al caso concreto, siendo otro fin inmediato la aplicación de la ley a determinadas reglas para que de esta manera se evite cualquier confusión en la aplicación de dichas leyes.

Dentro del tema del objeto del proceso cito la clasificación de Colín Sánchez que nos indica un objeto principal y otro accesorio, en el objeto principal se refiere a la relación jurídica material en donde la conducta del individuo encuadra con la descrita en el tipo penal y en relación al objeto accesorio nos dice que es una consecuencia derivada del objeto propio, señalando a la reparación del daño como esta consecuencia, más sin embargo Colín Sánchez le da a la reparación del daño una categoría de objeto principal.⁵⁷

3.3.3. Sujetos

Los sujetos que intervienen en cualquier procedimiento penal son El **Agente del Ministerio Público**, quien es la persona que se encarga de recabar la información y pruebas necesarias para formular la acusación ante la autoridad judicial, otro de los sujetos que intervienen en el procedimiento penal es el **sujeto activo del delito** es decir toda persona que se le imputa un delito, y por

⁵⁷ Op Cit Supra (36) p 81

consiguiente existe un ***sujeto pasivo del delito*** quien es el sujeto en el que recae la conducta del sujeto activo, otros sujetos que intervienen son ***Los testigos. Los peritos, Los órganos de representación, autorización o asistencia de Los incapacitados (padres o tutores)***, también encontramos a ***sujetos auxiliares*** tales como el personal policiaco que coadyuva con el agente del Ministerio Público en su actividad investigadora, Los secretarios, Los oficiales judiciales, los directores y el personal de los centros penitenciarios.

3.3.4. Etapas del Procedimiento Penal según la doctrina

La doctrina nos indica que el procedimiento penal tiene tres periodos:

- A) El periodo de preparación de la acción procesal, que comprende la averiguación previa, y la determinación del agente del Ministerio Público
- B) El periodo de preparación del proceso que consta de la consignación del presunto delincuente ante la autoridad judicial, Hasta de la declaración preparatoria del indiciado
- C) El periodo del proceso donde se lleva a cabo la instrucción y las conclusiones por parte del agente del Ministerio Público.

3.3.5. Etapas del procedimiento penal según la ley

En el código de procedimientos penales para el estado de Guanajuato en su artículo 2º se estatuye las etapas del procedimiento penal :*" El procedimiento penal tiene cuatro periodos:*

- I. El de averiguación previa a la consignación a Los tribunales que comprende las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejecuta la acción penal;*
- II. El de Instrucción, que comprende las diligencias practicadas por Los Tribunales con el fin de averiguar la existencia de las delitos, las circunstancias en que hubieren sido cometidos y la responsabilidad o irresponsabilidad de los inculcados ;*
- III. El de Juicio, durante el cual el Ministerio Público precisa de acusación y el acusado su defensa, ante Los Tribunales y estos valoran la pruebas y pronuncian sentencias definitivas y*
- IV. El de ejecución que comprende desde el momento en que causa ejecutoria la sentencia de Los tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicadas.⁵⁸*

3.4. PERIODO DE PREPARACION DE LA ACCION PROCESAL

El periodo de preparación de la acción comprende el lapso en el cual El agente del Ministerio Público o el Procurador de Justicia tiene noticias del hecho

⁵⁸ GUANAJUATO CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Ed Orlando Cárdenas, Gto, México 2002, p 7

considerado como delito y dichas autoridades llevan a cabo todos aquellos procedimientos para perseguir y comprobar la conducta o las conductas que se estiman como delitos, en este periodo la autoridad iniciara la averiguación previa para la persecución del hecho posiblemente delictuoso y esta etapa finalizara con la consignación del probable autor de la conducta típica.

3.4.1. La denuncia

La denuncia como su significado gramatical lo dice es anunciar, avisar, en materia penal será manifestar oficialmente a la autoridad competente de una conducta que se considera ilegal es decir un delito, esta denuncia puede ser de manera verbal o bien de manera escrita, la denuncia será un requisito de procedibilidad ⁵⁹ porque como dice el párrafo segundo del artículo 16 de nuestra Constitución " *No podrá librarse orden de aprehensión sino por autoridad judicial y sin que proceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito que hagan probable la responsabilidad del indiciado*"

La denuncia de cualquier delito es una obligación que impone la ley a cualquiera que tenga conocimiento del hecho típico así como el Agente del

⁵⁹ Op cit. Supra (39) p 120: Rivera Silva nos dice que los requisitos de procedibilidad son que se requieren llenar para que se inicie el procedimiento son requisitos de procedibilidad la denuncia y la querrela así como la excitativa y la autorización

Ministerio Público tiene la obligación de perseguir e investigar cualquier conducta típica denunciada.

En Nuestra legislación estatal en el Código de Procedimientos Penales en su artículo 105 se establece " *el Ministerio Público esta obligado a proceder de oficio a la investigación de los delitos de que tenga noticia, excepto en los casos siguientes:*

I. Cuando se trate de delitos en los que solamente se pueda proceder por querrela necesaria, si esta no se ha presentado y

II. Cuando la ley exija algún requisito previo, si este no se ha llenado.

Si el que inicia una investigación no tiene a su cargo la función de proseguirla, dará inmediata cuenta al que corresponda legalmente practicarla".⁶⁰

3.4.2. La querrela

La querrela al igual que la denuncia es considerada como un requisito de procedibilidad; siendo que solamente lo puede emplear la persona en la cual recae dicho derecho . En el Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato en su Artículo 106 se estatuye " *Es necesaria la querrela del ofendido solamente en los casos en que así lo determinen el Código Penal u otra ley".⁶¹*

⁶⁰ Op Cit. Supra (42) p 34

⁶¹ Idem

Guillermo Colín Sánchez nos dice que la querrela es un derecho o facultad que tiene una persona designada querellante, quien es víctima de un hecho ilícito penal para hacerlo del conocimiento del procurador de justicia o del agente del Ministerio Público, y con ello dar su anuencia par que se investigue la conducta o hecho y satisfechos que fueren Los requisitos del articulo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, se lleve a cabo el proceso correspondiente.⁶²

Cuando en la comisión de un delito el ofendido sea un menor de edad podrá este presentar la querrela o bien otra persona pero siempre y cuando no se oponga el menor en quien recae la acción delictiva. La querrela también podrá presentarse por representante con un poder general que deberá contener una cláusula especial en donde se le faculte para querellarse o bien por un poder especial. La querrela o la denuncia siempre se presentara de manera verbal o escrita.

3.4.3. Averiguación previa

Como ya se menciona la iniciación de la preparación del ejercicio de la acción penal se abre con la averiguación previa según Colín Sánchez nos dice que la averiguación previa es una etapa Procedimental, en la que el estado por conducto del Procurador y de los agentes del Ministerio Público, en ejercicio de la

⁶² IDEM Supra (36) p 321

facultad de policía judicial, practica las diligencias necesarias que le permiten estar en aptitud de ejercitar en su caso, la acción penal, para cuyos fines, deben estar acreditados el cuerpo del delito y probable responsabilidad.⁶³

La averiguación previa esta regulada por el artículo 16 Constitucional en el cuál se establecen las facultades de las autoridades en materia de iniciación de cualquier procedimiento en persecución de un delito, este precepto legal establece "*Nadie podrá ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.*

No podrá librarse orden de aprehensión sino por autoridad judicial competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por autoridad judicial y sin que proceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

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

En Los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y esta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

⁶³ IBIDEM Supra (36) p 123

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

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley .

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por mas de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsela a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

En toda orden de cateo, que solo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresara el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y Los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, una acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia¹⁶⁴

⁶⁴ CONSTITUCION POLITICA DE Los ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Ed Delma, 9a ed, México 2002 , pp 167

3.4.4. Función Persecutoria

La comprobación de los delitos es a través de la función persecutoria la misma que se lleva a cabo a través de una investigación necesaria para la identificación de las conductas típicas. Esta función la lleva a cabo el Agente del Ministerio Público con la ayuda de la policía.

Tomando en cuenta las bases constitucionales, donde se establece en el artículo 21 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se dice que " La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquel."⁶⁵

A través de la función persecutoria es que se realizan todas aquellas actividades para perseguir el delito, de esta manera se busca comprobar la responsabilidad al presunto actor del delito; así pues se busca reunir los elementos necesarios para hacer posible que se apliquen las sanciones correspondientes a los autores de cualquier delito.

3.4.5. Actividades de la función persecutoria

⁶⁵ Op Cit Supra (47) p 8

Para llevar a cabo la función persecutoria nos menciona Manuel Rivera Silva que se desarrolla dos clases de actividades: una Actividad Investigadora y el ejercicio de la acción penal.

Dentro de la actividad investigadora se llevan acabo la averiguación de los hechos, es decir la búsqueda de las pruebas a través de las cuales se pretende comprobar la responsabilidad de quien desarrolló la conducta típica. Una vez que se ha comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad es cuando se ejercita la acción penal, y es al Agente del Ministerio Público a quien compete realizar el ejercicio de dicha Acción penal.

Comprende el ejercicio de la acción penal el buscar que la autoridad jurisdiccional inicie el proceso necesario para juzgar y sancionar Los hechos considerados como delitos.

3.4.6. Cuerpo del Delito

Dentro de la función Persecutoria se buscan todos los medios necesarios para integrar y comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, el concepto del cuerpo del delito se alude para determinar todos aquellos elementos necesarios para comprobar una conducta típica merecedora de una pena . En la concepción de este concepto existe una gran controversia ya

que no sea definido de manera precisa, para Colín Sánchez el cuerpo del delito esta integrado por elementos objetivos y subjetivos este autor relaciona el cuerpo del delito con el tipo delictivo diciendo que para que exista el cuerpo del delito determinado, deberá contarse con el tipo delictivo determinado. El tipo delictivo es una conducta considerada por el legislador como antijurídica, y el cuerpo del delito es la realización del delito.⁶⁶

Para la integración y la comprobación del delito se preciso aclarar que estas son dos actividades diferentes, mientras que para la integración del cuerpo del delito, el agente del Ministerio Público desarrolla la averiguación previa constituyendo los elementos necesarios para que de esta manera se logre probar el cuerpo del delito; en cambio en la comprobación se desarrolla una actividad racional en donde se tienen los elementos necesarios para inferir si existió delito o no, es decir es adecuar la hipótesis de la norma penal que establece el tipo, con la conducta que se pretende es un delito.

3.4.7. Probable Responsabilidad

Para constituir la averiguación previa no solamente se requiere integrar y comprobar el cuerpo del delito sino también acreditar la probable responsabilidad, se habla de que un individuo es responsable de un delito cuando se encontraron los elementos necesarios para estimar que alguien es un sujeto

⁶⁶ Op Cit. Supra (36) p 376

activo del delito, es decir participo en la génesis , desarrollo o ejecución de una conducta que se considere como un delito, de no poder imputársele dicha responsabilidad aun existiendo el cuerpo del delito no se podrá ejercitar la acción penal

3.4.8. Determinación

Dentro de la determinación el agente del Ministerio Público expresara los razonamientos jurídicos en los que ha concluido, de acuerdo a sus investigaciones para considerar acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad. El agente del Ministerio Público procederá a ejercitar o no la acción penal o bien poner en reserva de ley dicha averiguación previa de acuerdo a la determinación que realizo conforme a su investigación.

3.5. ETAPA DE PREPARACION DEL PROCESO

La etapa de preparación del proceso comprende desde la consignación hasta el termino constitucional, es decir cuando la autoridad resuelve la situación jurídica del indiciado. La etapa de preparación del proceso se inicia con la consignación como ya se menciona anteriormente, es decir cuando el agente del Ministerio Público ejercita la acción penal por lo cual se vincula a una autoridad jurisdiccional.

3.5.1. Concepto de acción

La acción, siendo una garantía constitucional, tiene su fundamento jurídico en el artículo 8 de nuestra Constitución, este precepto legal nos dice *" Los funcionarios y empleados públicos respetaran el ejercicio del derecho de petición siempre que esta se formule por escrito de manera pacífica y respetuosa: pero en materia política solo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República.*

*A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario."*⁶⁷

Encontramos que la acción opera tanto en el ámbito civil como en el penal, pero es pertinente establecer las diferencias entre ambas, en la acción civil es iniciada por una persona física o moral, opera el desistimiento ya que esta a disposición de los individuos ejercer dicha acción, en ocasiones únicamente se solicita aclarar un hecho. En el ámbito penal la acción esta a disposición de una autoridad administrativa que es el agente del Ministerio Público y un particular no podrá ejercitarla.

3.5.2. Acción penal Procesal

⁶⁷ Op Cit. Supra (49) p 1

La acción penal es pública y el ejercicio de ella esta delegada al estado a través del Procurador de Justicia o de los Agentes del Ministerio Público, quienes llevan al conocimiento del juez las conductas posiblemente delictuosas respecto de las cuales el Ministerio público considera que con la pruebas recabadas en la averiguación previa fueron comprobados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad para que este aplique la ley en el ejercicio de su función jurisdiccional.

También es conveniente aludir que el ejercicio de la acción penal esta regida por el principio de legalidad por lo que la autoridad solo podrá hacer lo que la ley le permita. En relación al ejercicio de dicha acción la autoridad deberá acatar lo que nuestro Código de Procedimientos Penales del estado en su artículo 127 estatuye " *En ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público:*

- I. Promover la incoación del procedimiento judicial*
- II. Solicitar las ordenes de comparecencia para preparatoria y las de aprehensión que sean procedentes;*
- III. Pedir el aseguramiento precautorio de bienes para Los efectos de la reparación del daño;*
- IV. Rendir las pruebas de la existencia de Los delitos y de la responsabilidad de Los inculpados;*
- V. Pedir la aplicación de las sanciones respectivas y*

VI. *En general hacer todas las promociones que sean conducentes a la tramitación regular de los procesos.*⁶⁸

Como ya se menciono anteriormente el Ministerio Público es quien ejercita al acción penal , sin embargo conforme a sus investigaciones también puede no ejercer dicha acción penal en nuestro código de procedimientos estatal en su articulo 128 no dice: "*El Ministerio Público no ejercitara acción penal I.- Cuando los hechos que conozca no sean constitutivos de delito; II.- Cuando aun pudiendo serlo, resulta imposible la prueba de la existencia de Los hechos y II.- Cuando este extinguida legalmente*

El Ministerio Público podrá desistirse de la acción penal cuando se ha comprobado que a quien se pretende imputar la responsabilidad no ha tenido ninguna participación en la comisión del delito o bien existen eximentes de responsabilidad". Nuestra Carta magna en su apartado para las garantías constitucionales nos establece la posibilidad de recurrir las resoluciones del agente del Ministerio Público en el no ejercicio de la acción penal y en desistimiento de la misma en su artículo 21 párrafo IV estatuye: *Las Resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establece la ley.*

3.5.3. Características de la acción penal

⁶⁸ Op Cit. Supra (42) p 43-44

Encontramos como característica de la acción que esta es pública ya que se le confiere al estado el ejercicio de la misma , también será obligatoria ya que cuando se ha acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de la autoridad competente están en la obligación de ejercitarla , se dice la acción penal es indivisible por que los efectos son para todos aquellos que tuvieron alguna participación en cualquier momento de llevar a cabo el delito la acción penal es irrevocable pues cuando se haya ejercitado esta inicia un proceso que concluye con la sentencia, pero sin embargo existe el sobreseimiento en donde no se concluye el proceso .

3.5.4. Concepto de consignación

En el procedimiento penal la consignación es el medio por el cual el Ministerio Público pone en conocimiento de los hechos o circunstancia en que se llevó a cabo una conducta delictuosas a una autoridad judicial, la consignación es el acto procesal, a través del cual, el estado por conducto del agente del Ministerio Público ejercita la acción penal ⁶⁹.

En el artículo 125 del código de procedimientos vigente en el estado se estipula : " *Tan luego como aparezca de la averiguación previa que se han llenado los requisitos que exige el articulo 16 de la Constitución general de la República para que se pueda procederse a la detención de una persona se ejercitara la*

⁶⁹ Op cit. Supra (36) p 333

acción penal señalando los hechos delictuosos que la motiven ..." ⁷⁰ En este precepto legal se establece la facultad que tiene el agente del Ministerio Público para ejercitar la acción penal de acuerdo a los razonamientos jurídicos en los que concluyo su investigación.

3.5.5. Consignación sin detenido

La consignación del agente del Ministerio Público se puede dar con o sin detenido, cuyos actos procesales difieren en uno u otro supuesto, cuando no existe detenido, es decir que el indiciado no se encuentra en prisión preventiva, el agente del Ministerio Público solicita al juez la orden de aprehensión en contra del sujeto a quien se le comprobó el cuerpo del delito y la probable responsabilidad cuando se traté de delitos que merezcan pena corporal, para dicha orden de aprehensión deberán satisfacerse los requisitos del artículo 16 de la constitución ; o bien podrá solicitar una orden de comparecencia cuando el delito no merezca pena corporal esto es de acuerdo a la legislación del estado en su artículo 127 fracción II en donde se establece : "*En ejercicio de la acción penal, corresponde al Ministerio Público : I.-.... II.- Solicitar las ordenes de comparecencia para preparatoria y las de aprehensión, que sean procedentes...*"

3.5.6. Consignación con detenido

⁷⁰ IDEM Supra (42) p 42

Cuando existe detenido este deberá ponerse a disposición de la autoridad jurisdiccional competente a mas tardar en cuarenta y ocho horas esto es de acuerdo con el artículo 16 constitucional Párrafo VII establece " *Ningún indiciado podrá ser detenido por el Ministerio Público por mas de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberán ordenarse su libertad o ponérsela a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.*⁷¹

Es responsabilidad del Ministerio Público el dejar una constancia de que el detenido quedo a disposición de una autoridad judicial y entregar todo aquello en donde consta la información reunida en la averiguación previa donde se acredita el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, además de lo antes mencionado se señalara las consideraciones a tomarse en cuenta para la determinación del monto de la garantía para los efectos de la reparación del daño, cuando esta así aplique.

3.5.7. Auto de radicación

Una vez que el agente del Ministerio Público ejercita acción penal, se vincula a una autoridad jurisdiccional, es decir un juez competente, quien iniciara diversas actividades para poder aplicar la ley al caso concreto, la autoridad cuando

⁷¹ Op Cit. Supra (47) p 8

se ha presentado la consignación, dicta un auto conocido como auto de radicación o cabeza del proceso, la autoridad tendrá como primer acto procesal el verificar que la detención se haya realizado conforme a derecho con este auto se pretende sujetar a las partes a una jurisdicción determinada.

Manuel Rivera Silva nos menciona que la ley no señala formalidades para el auto de radicación pero que sin embargo en la practica contiene el nombre del juez, el lugar , la fecha y hora, la radicación del asunto así como el señalamiento de la intervención del Ministerio Público, la orden de tomar declaración preparatoria al detenido conforme a la ley, y facilitar la defensa del detenido de acuerdo a lo establecido en la Constitución en su artículo 20 fracciones IV y V .⁷²

3.5.8. Declaración preparatoria

La declaración Preparatoria es el momento procesal en el cual se le hace del conocimiento al inculpado las razones por las cuales se realizo la consignación conforme al artículo 20 Constitucional fracción III del inciso A se establece " *Se le hará saber en audiencia pública y dentro de las 48 horas siguientes a su consignación a la justicia el nombre de su acusador o acusadores,*

⁷² Artículo 20 Constitucional En todo orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías A. del inculpado: I.... II.... III.... IV Cuando así lo solicite, será careado, en presencia del juez con quien deponga en su contra, salvo lo dispuesto en la fracción del apartado B de este artículo. V. Se le recibirán 19s testigos y demás pruebas que ofrezca concediéndosela el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentre en el lugar del procesado.

y la naturaleza y causa de la acusación a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo rindiendo en este acto su declaración preparatoria ".⁷³

En este precepto se establecen diversas garantías para el inculpado tales como la garantía de un término que son las cuarenta y ocho horas para tomar la declaración preparatoria término que empieza a transcurrir una vez que se pone a disposición del juez al inculpado; también se establece la forma en que se llevará a cabo dicha declaración diciendo que es en audiencia pública, así como también se le proporciona toda la información que requiera para su defensa.

3.5.9. Término Constitucional de 72 horas

La autoridad jurisdiccional competente deberá determinar la situación jurídica dentro de 72 horas en que fue detenido, el presunto responsable del delito, es decir puesto a disposición de la autoridad, la resolución que puede dictar el juez podrá ser un auto de formal prisión, un auto de sujeción al proceso o bien un auto de libertad o soltura que tendrán por finalidad la de resolver la situación jurídica del indiciado.

⁷³ Artículo 20 Constitucional fracción III del inciso A se establece " En todo proceso de orden penal el inculpado, la víctima o el ofendido tendrá las siguientes garantías

De nuestra constitución se desprende de su artículo 19 lo siguiente:
"Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión, ..." sin embargo dentro del mismo precepto legal se establece la posibilidad de ampliar dicho termino siempre y cuando sea a petición del indiciado y que tenga como finalidad el desahogo de pruebas.

3.5.10. Resoluciones del Juez para resolver la Situación Jurídica del indiciado

Como ya se menciona el juez resolverá la situación jurídica del indiciado a través de tres autos de los que someramente se hará mención en lo siguiente:

AUTO DE FORMAL PRISION:

Es la resolución del juez a través de la cual se justifica la detención del indiciado, es decir la prisión preventiva. En el artículo 19 de la constitución se estatuye : *" Ninguna detención ante autoridad judicial podrá excederse del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresaran, el delito que se le impute al acusado, el lugar tiempo y circunstancias de ejecución, así*

como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado ".

Conforme a nuestra ley adjetiva estatal en su capítulo III artículo 151; *el auto de formal prisión deberá dictarse cuando se hayan acreditado los siguientes requisitos:*

- I. Que el delito merezca pena privativa de libertad;*
- II. Que se haya tomado declaración preparatoria del inculpado, en forma y con los requisitos que establece la ley, o bien que conste en el expediente que el detenido se rehusó a declarar;*
- III. que estén comprobados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del tipo penal que se trate y que tenga señalada sanción privativa de libertad;*
- IV. que no existan eximentes de responsabilidad .⁷⁴*

El auto de formal prisión tendrá como efectos legales el justificar la prisión preventiva ya que de no existir tal auto la autoridad responsable del lugar donde se encuentre detenido deberá solicitar al juez la aclaración de la situación jurídica del individuo y de no recibir respuesta en las siguientes tres horas deberá poner al indiciado en libertad, por lo que el auto de formal prisión será la base

⁷⁴ IDEM Supra (42) p 53

para procesar al detenido y en el se señalaran el delito o delitos por los cuales se va a procesar.

AUTO DE SUJECION AL PROCESO :

Al igual que el auto de formal prisión es una resolución del juez en donde se resuelve la situación jurídica del indiciado, este lo emite la autoridad cuando el delito que se persigue no merece 'pena corporal o bien tiene estipulada pena alternativa.

En el artículo 152 del Código de Procedimientos del estado se estatuye:

"Cuando el delito cuya existencia se haya comprobado no merezca privación de libertad, o este contemple sanción alternativa, se dictara auto con todos los requisitos del de formal prisión, sujetando a proceso a la persona contra la cual aparezcan datos suficientes que hagan probable su responsabilidad, para el solo efecto de señalar el delito que deba seguirse el proceso ".

Los efectos legales que se derivan de un auto de sujeción al proceso son que el indiciado quedara libre pero este tendrá la obligación de comparecer cuando la autoridad así lo requiera; este auto sujeta al indiciado al proceso.

AUTO DE LIBERTAD O SOLTURA :

El auto de libertad o soltura se dicta cuando no existen los elementos necesarios para dictar auto de formal prisión o de sujeción al proceso. En el artículo 157 del Código adjetivo se establece " si dentro del termino legal no se reúnen los requisitos necesarios para dictar auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, se dictar auto de libertad por falta de elementos para procesar o de no sujeción a proceso, en su caso sin perjuicio de que , si procediere, el Ministerio Público perfeccione el ejercicio de la acción penal".

3.6. ETAPA DE PROCESO

La etapa de proceso comprenderá precisamente desde la instrucción propiamente dicha hasta las conclusiones del Ministerio Público en donde perfecciona el ejercicio de la acción penal , dentro de este periodo se busca ofrecer y desahogar las pruebas necesarias para el proceso del detenido.

3.6.1 Instrucción

La dogmática penal divide al periodo de instrucción en dos periodos en un primer momento en donde inicia con el auto de radicación y concluye con el auto de formal prisión y un segundo periodo en el cual inicia con el auto antes

mencionado y concluye con el auto que declara cerrada la instrucción.⁷⁵ En el segundo momento de la instrucción es donde precisamente se desarrolla la etapa de proceso, en donde se aporta la prueba penal.

Nuestra ley adjetiva del estado considera como el segundo periodo del procedimiento penal, de acuerdo a su artículo 2º fracción II a: " *el periodo de instrucción que comprende las diligencias practicadas por los tribunales con el fin de averiguar la existencia de los delitos, las circunstancias en que hubieran sido cometidos y la responsabilidad o irresponsabilidad de los inculcados* ". Para Colín Sánchez la instrucción es la etapa procedimental en donde el juez instructor lleva a cabo una sucesión de actos procesales sobre la prueba, para que conozca la verdad histórica y la personalidad del procesado y estar en aptitud de resolver la situación jurídica del mismo.⁷⁶

Dentro de las garantías que establece la Constitución Política Mexicana para el inculcado se encuentra consagrada en el artículo 20 Fracción V la de ofrecimiento de pruebas y testigos para su defensa en el citado precepto legal se establece: " *Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesarios al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite siempre que se encuentre en el lugar del proceso* ".

⁷⁵ Op cit. Supra (36) p360

⁷⁶ IBIDEM Supra (43) p 8

El periodo de instrucción deberá agotarse lo mas pronto posible dentro de nuestro código de Procedimientos Penales articulo 138 se establece los términos según sea el caso.

3.6.2. La Prueba

La Prueba adquiere un carácter básico para todo procedimiento penal, autores como Colín Sánchez nos dicen que sin ella el derecho penal no sería mas que un mero conocimiento teórico sin mayor relevancia ya que de ella depende el nacimiento del proceso. En la prueba pueden extinguirse tres elementos: el medio de prueba, el órgano de prueba y el objeto de prueba.

Se dice que el medio de prueba es la prueba misma es decir el modo o el acto con el cual se presentan el conocimiento de algo que debe determinarse en el proceso, el órgano de prueba es la persona física que es la portadora de un medio de prueba y el objeto de prueba es lo que hay que determinar en el proceso, es decir el hecho que se trata de demostrar.

3.6.3. Medios de Prueba

Como se alude anteriormente los medios de prueba son la prueba misma es decir es el instrumento a través del cual se demuestra un hecho, siendo todo

aquello que se presenta ante el juez para instruirlo. El Ministerio Público presenta Los medios de prueba para demostrar la culpabilidad del juzgado, en cambio por parte del inculgado se aportan para tratar de establecer su inocencia.

Los medios de prueba que reconoce la ley del estado conforme al artículo 194 del código de Procedimientos Penales son todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, y no vaya contra el derecho o la moral. Son Medios de Prueba: la confesión, la inspección, la prueba pericial, los testigos, la confrontación, los careos, los documentos

LA CONFESION : Es la narración de los hechos realizada por el indiciado donde reconoce un hacer o un no hacer Autores como Rivera Silva reconocen dos elementos de la confesión: un elemento que comprende la declaración misma y otro de reconocimiento de la culpabilidad.

La confesión la puede realizar el indiciado en cualquier momento antes de que se haya dictado sentencia irrevocable, pudiendo hacerla ante el Ministerio Público o ante la autoridad Jurisdiccional.⁷⁷

⁷⁷ Op Cit. Supra (42) Artículo 195 " La confesión la podrá recibir el Ministerio publico, que practique la averiguación o el Tribunal que conozca del asunto, se admitirá en cualquier estado del procedimiento hasta antes de que se pronuncie sentencia irrevocable y deberá reunir Los requisitos del artículo 275 de este código." p 63

Op Cit. Supra (42) Artículo 195 " La confesión la podrá recibir el Ministerio publico, que practique la averiguación o el Tribunal que conozca del asunto, se admitirá en cualquier estado del procedimiento hasta antes de que se pronuncie sentencia irrevocable y deberá reunir Los requisitos del artículo 275 de este código." p 63

Nuestra ley adjetiva del estado establece los siguientes requisitos para la valoración de la confesión⁷⁸ :

I.- Que verse sobre hechos propios materia de al imputación, con pleno conocimiento y sin violencia física o moral;

II.- Que sea hecha ante el Ministerio Público o el Tribunal de la causa y en presencia del defensor o persona de su confianza, y que el inculpado este debidamente enterado de la causa y;

III.- Que no existan datos que a juicio del juez o Tribunal, la hagan inverosímil.

No podrá consignarse a ninguna persona si existe como única prueba la confesión.

La policía Judicial podrá rendir informes pero no obtener confesiones; si lo hace estas carecen de todo valor probatorio.

LA INSPECCION: Es descrita como un examen u observación que se realiza sobre las cosas, el lugar o personas que intervinieron en el hecho delictivo. La inspección puede ser directa o indirecta, será directa cuando el examen u observación la realice el juez que conoce del asunto, también se le llama inspección judicial; en cambio la inspección indirecta el Ministerio Público es quien la realiza a esta se le llama inspección extrajudicial.⁷⁹ La inspección se puede dividir en la observación y la descripción, sobre la observación se puede decir que recae sobre algo que percibe la vista, teniendo como objeto el examinar el escenario donde se efectuó el hecho para poder percibir el desarrollo del mismo,

⁷⁸ Op Cit. Supra (43) p 79

⁷⁹ Op Cit. Supra (39) p 270

así como percibir sus consecuencias; en cambio la descripción es la narración o relato de lo observado para ello se utilizara cualquier medio gráfico como dibujos, planos fotografías etc.

Nuestra legislación del estado⁸⁰ en la materia reconoce que la observación o inspección ocular puede ser una reconstrucción de hechos para precisar las declaraciones que se hayan rendido y los dictámenes periciales que se hayan formulado, esta reconstrucción se debe practicar después de apreciar los testimonios y peritaje, en la hora y en el lugar donde se cometió el delito. El Código de Procedimientos Penales en su artículo 272 reconoce a la inspección como prueba plena cuando esta se ha practicado conforme a la ley

PRUEBA PERICIAL: En la prueba pericial interviene un sujeto llamado perito, a este se le reconoce una capacidad técnica o científica en una ciencia o en un arte, en la ley se reconocen dos tipo de peritos el practico, cuando no se tiene un titulo oficial, pero si se les reconoce una pericia en un arte u oficio y lo titulado que tienen un titulo oficial expedido por una institución legalmente reconocida y reglamentada en la ciencia o en el arte.⁸¹

Al procedimiento empleado por el perito para determinar un dictamen se le conoce como peritación sin embargo no hay que confundir con el peritaje que

⁸⁰ Op Cit. Supra (42) Art. 202 p 65

⁸¹ IDEM Supra (42) Art 211, 212 pp 67-68

es el dictamen en sí mismo, en el cual constan las conclusiones del experto en un área determinada razonada y emitidas para llegar a una conclusión concreta dada por escrito y ratificada por el perito. La prueba pericial se realizara en la averiguación previa y en la etapa de instrucción.

Dentro de la prueba pericial existe un perito conocido como tercero en discordia, este es nombrado cuando existen opiniones de los peritos que no concuerden y su objetivo es el de aclarar los puntos discordantes.

Nuestra ley adjetiva e su artículo 273 establece que el peritaje constituye solamente un mero indicio ya que los tribunales los apreciaran según las circunstancias del caso.

PRUEBA TESTIMONIAL: Este es el medio de prueba en el cual existe una tercera persona llamada testigo quien hace conocer al órgano jurisdiccional, el testimonio que es la declaración que realiza el testigo de los hechos que se suscitaron dando lugar a un delito, el testigo tendrá la obligación de relatar únicamente lo que sucedió, no su apreciación que no tendrá ningún valor jurídico. La legislación del estado nos dice en su articulo 277 del Código de Procedimientos Penales sobre la valoración de la prueba testimonial que *" para apreciar la declaración de un testigo, el tribunal tendrá en consideración:*

- I. *Que por su edad, capacidad e instrucción tenga el criterio necesario para juzgar del acto;*
- II. *Que por su probidad, la independencia de su posición y antecedentes personales tenga completa imparcialidad;*
- III. *Que el hecho que se trate sea susceptible de conocer por medio de los sentidos, y que el testigo lo conozca por si mismo y no por inducciones ni referencias de otro;*
- IV. *Que la declaración sea clara y precisa, sin duda ni reticencias, ya sobre la substancia del hecho, ya sobre las circunstancias esenciales; y*
- V. *Que el testigo no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno. El apremio judicial no se reputará fuerza ".*

LA CONFRONTACION: Es un acto procesal para la identificación de la persona a que alguien hace referencia en sus declaraciones es decir la confrontación es un procedimiento complementario del medio de prueba de la declaración. La confrontación se empleara cuando una persona declare y no pueda dar datos suficientes de quien presuntamente cometió el delito, pero sin embargo si puede identificarlo. La confrontación se realiza conforme a los requisitos de la ley estos los encontramos en el articulo 248 del código de procedimientos penales estatal.

EL CAREO: Se le considera como un acto procesal que se encuentra a cargo del juez con el objeto de aclarar los aspectos contradictorios que existen entre las partes del proceso excepto los peritos y el Ministerio Público, el careo puede ser de dos tipos constitucional y procesal; se dice que es constitucional cuando su naturaleza deriva de la garantía individual consagrada en el artículo 20 fracción V este se lleva a cabo durante el término constitucional, en cambio el careo es procesal cuando existe contradicción sustancial en las declaraciones de dos personas este se lleva a cabo en el periodo de instrucción.

PRUEBA DOCUMENTAL: en el aspecto legal se dice que el documento es el objeto material en donde se hace constar por escritura o gráficamente un hecho. Los documentos pueden ser públicos y privados, se dice que un documento es público cuando lo expide una autoridad en ejercicio de sus funciones o por cualquier otra persona que tenga fe pública. Son documentos privados en contrario sensu los que no reúnan las características mencionadas para calificarse como documentos públicos. La prueba documental en nuestra legislación estatal es calificada únicamente como un mero indicio.

3.6.4. Cierre de la Instrucción

El artículo 141 del código de Procedimientos Penales del estado de Guanajuato, se establece el término que tiene tanto el Ministerio Público como el

acusado a través de su defensor para presentar pruebas antes de que se de por concluido el periodo de instrucción, el ordenamiento jurídico establece "*Cuando el tribunal considere agotada la averiguación, mandara poner el proceso a la vista del Ministerio Público por tres días y por otros tres al acusado y su defensor, para que se promuevan las pruebas que estimen pertinentes y que puedan practicarse dentro de los quince días siguientes al que se notifique el auto que recaiga a la solicitud de la prueba. Transcurridos o renunciados los plazos a que se refiere a este artículo, o si no se hubiera promovido prueba el tribunal, de oficio, declara cerrada la instrucción*".

La autoridad dicta un auto con el cual dará por concluido el periodo de instrucción y se ordena poner a la vista del Ministerio Público para que él realice sus conclusiones.

3.6.5. Conclusiones del Ministerio Público

Cuando se ha declarado cerrado el periodo de instrucción el Ministerio Público tendrá diez días⁸² para formular sus conclusiones, estas no son mas que los razonamientos jurídicos en donde el Ministerio Público concretara el ejercicio de la acción penal es decir solicita la aplicación de una pena.

⁸² Op Cot. Supra (42) p 80

Las conclusiones pueden ser acusatorias o absolutorias. Cuando el Ministerio Público considere que existen conclusiones acusatorias deberá determinar los hechos que se establecen como punibles y que se le atribuyen al acusado, del mismo modo deberá solicitar la aplicación de las sanciones según sea el delito que se juzga, incluyendo la de reparación del daño, cuando así procedan, asimismo deberá mencionar las leyes o fundamentos jurídicos que apliquen al caso concreto. Las conclusiones deberán incluir el cuerpo del delito y la probable responsabilidad es decir el porque se acredito dichos elementos constitutivos del delito, incluso deberán contener las referencias necesarias para imponer la sanción

Cuando las conclusiones sean absolutorias el Ministerio Público deberán enviarlas al procurador General de Justicia para que las ratifique, revoque o modifique según crea conveniente el Titular de la procuraduría General de Justicia; si este las confirma se dará por concluido el procedimiento a través del sobreseimiento, al cual se le considera como una forma anormal de terminar con el procedimiento, consiste en concluir o suspender un proceso, sobreseimiento proviene del latín *suspendere que significa* cesar, desistir, y de *super* que significa sobre y *sedere* sentarse (sentarse sobre los autos)

3.7. ETAPA DE JUICIO

La etapa de juicio iniciara una vez que el Ministerio Público rindió sus declaraciones, esta etapa inicia con la audiencia final y concluye con las declaraciones de la sentencia a la que se hace acreedor el presunto delincuente.

3.7.1. Audiencia Final

Cuando se han presentado las conclusiones del Ministerio Público, y las de la defensa se citara a una audiencia final que es donde se lleva a cabo la presentación de las conclusiones tanto del Ministerio Público como de la defensa, así también se llevara a cabo dentro de esta audiencia la declaración de la sentencia.

Encontramos que el procedimiento penal se puede desarrollar ante un juez de primera instancia o ante jueces menores esto es en razón de su competencia, así pues encontramos que el procedimiento para la audiencia final y la declaración de la sentencia será diferente, según sea la instancia. Dentro del procedimiento para el juicio llevado a cabo por jueces de primera instancia se establece que dentro de cinco días se llevara a cabo la audiencia final, una vez que son presentadas las conclusiones del inculgado

Dentro de la audiencia el juez, el Ministerio Público y la defensa podrán interrogar al acusado sobre los hechos constituyente del juicio, podrán hacer las

preguntas que consideren necesarias, así mismo a solicitud de las partes podrán repetir las pruebas que se efectuaron durante la instrucción, solamente en caso de que sea indispensable y posible a juicio del tribunal, además de que hayan sido solicitadas a tiempo según la ley. En el desarrollo de la audiencia se le da lectura a las constancias que las partes señalen y se escuchan los alegatos de las partes, una vez dichos los alegatos se declara visto el proceso, y se da por concluida la diligencia.

Cuando el procedimiento sea ante un juez menor el procedimiento para la audiencia final se iniciara cuando el Ministerio Público haya presentado sus conclusiones y que la defensa se las haya contestado. Si el Ministerio Público presento conclusiones acusatorias el procedimiento será el mismo que se indico para los jueces de primera instancia, sino fueran acusatorias la audiencia se suspenderá

3.7.2. Sentencia

Dentro de este apartado hablare de manera muy somera de la sentencia ya que dicho tema se tratara a mayor profundidad en el siguiente capitulo por ser un tópico de relevancia para el tema de la tesis en desarrollo.

La sentencia será el punto culminante del procedimiento penal, es cuando el juez ejerce su función jurisdiccional es decir adecua la ley penal al caso concreto, realiza la interpretación de dicha ley para establecer la consecuencia jurídica a un hecho estimado como delictuoso.

La sentencia que dicta la autoridad puede ser condenatoria o absolutoria, será sentencia condenatoria cuando en ejercicio de su función jurisdiccional la autoridad encuentra que el hecho que se le imputa al juzgado merece una sanción, en cambio hablamos que es una sentencia absolutoria cuando en sentencia definitiva la autoridad absuelve al juzgado.

Existen requisito de fondo que la sentencia deberá contener los cuales según nos menciona Rivera Silva son:

- I. La determinación de la existencia o inexistencia de un delito;
- II. Determinación de la forma en que un sujeto debe jurídicamente responder ante la sociedad de la comisión de un acto delictivo; y
- III. Determinación de la relación jurídica que existe entre un hecho y una consecuencia comprendida en el derecho⁸³

⁸³ Op Cit. Supra (39) p 311

3.8. ETAPA DE EJECUCION DE LA SENTENCIA

Con la etapa de ejecución de la sentencia se dice que se termina el procedimiento penal, por lo que el desarrollo de esta etapa la conclusión del procedimiento llevado a cabo. Es pertinente establecer la diferencia entre la sentencia definitiva y la sentencia ejecutoriada ya que con la definitiva se da por concluida el proceso es decir se resuelve dicho proceso, determinando una pena para el inculpado; en cambio la ejecutoriada es cuando no se admite recurso alguno en contra de esa sentencia, se dice que es una sentencia firme.

Para el desarrollo de la ejecución de la sentencia, se requiere que sea una sentencia irrevocable es decir una sentencia que cause ejecutoria, la ejecución de las sentencias irrevocables, le corresponderá al ejecutivo quien es el que establece el lugar donde se cumplirá la pena corporal.

CAPITULO CUARTO

LA QUERELLA

4.1. CONCEPTO

La palabra querella es de origen latino, significa queja o acusación. La querella es como la denuncia, la relación de hechos constitutivos de delito, formulada ante el Ministerio Público por el ofendido o bien por su representante, expresando la voluntad de que se persiga. A continuación mencionare algunas definiciones que nos dan algunos doctrintas: Para el autor Fernando Castellanos define a la querella como la relación de hechos expuesta por el ofendido ante el Órgano investigador, con el deseo manifiesto de que se persiga al autor del delito.

Para el jurista Colín Sánchez, la querella es el derecho o facultad que tiene una persona a la que se designa como querellante, víctima de un hecho ilícito penal, para hacerlo del conocimiento del procurador de justicia o del agente del Ministerio Público, y con ello dar su anuencia para que se investigue la conducta o un hecho considerado como delito, y se lleve a cabo el proceso correspondiente.⁸⁴

De la definición anterior se desprende que todo aquel delito que requiera de acuerdo a la ley el consentimiento del ofendido o bien de su legitimo representante para su investigación, lo hará del conocimiento a la autoridad que

⁸⁴OP. CIT. SUPRA (34) P 321

en su caso será el Procurador de Justicia o bien el Agente del Ministerio Público, para que este pueda llevar a cabo la actividad investigadora, por lo que la autoridad estará impedida para proceder si no existe la manifestación de la voluntad del que tiene ese derecho.

Las bases legales se encuentra establecido en el artículo 105 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato al mencionar: *"El Ministerio Público esta obligado a proceder de oficio a la investigación de los delitos de que tenga noticia, excepto en los siguientes casos":*

I.- Cuando se trate de delitos en los que solamente se pueda proceder por querrela necesaria, si esta no se ha presentado, y

II.- Cuando la ley exija algún requisito previo, si este no se ha llenado.

Si el que inicia una investigación no tiene a su cargo la función de proseguirla, dará inmediata cuenta ala que corresponda legalmente practicarla.

4.2. ELEMENTOS DE LA QUERELLA

1.-Una relación de hechos

2.- Que esta relación de hechos sea presentada por la parte ofendida, y

3.- La manifestación de la voluntad por la parte ofendida de que se persiga el delito.

I.- La querrela contiene como primer elemento una relación de los hechos delictuosos que se presentan ante la autoridad correspondiente. Por lo tanto la querrela no es únicamente el acusar a una persona determinada mencionando únicamente su nombre y pedir que se le castigue, si no que, al presentarse la querrela deberá de hacerse una narración de los hechos que vienen a integrar el acto u omisión y que son sancionados por la ley. Al ser considerados como delitos.

II.- Requisito indispensable de la querrela es que se presente por la parte ofendida, tal y como lo establece el Código de Procedimiento Penales para el Estado de Guanajuato en su artículo 106 *"Es necesaria la querrela del ofendido, solamente en los casos en que así lo determinen el Código Penal u otra ley."*

Para que la querrela se tenga por legalmente formulada, deberá de llenar los requisitos legalmente establecidos La querrela debe de presentarse ante el Agente Del Ministerio Público de forma verbal o bien escrita, la cual deberá de contener la narración de hechos considerados posiblemente como delictuosos. Nuestro Código de Procedimientos Penales para el estado de Guanajuato establece en su artículo 110 *" las denuncias y querellas pueden formularse verbalmente o por escrito"*. La misma ley en su artículo 111 establece *"cuando se presente la querrela o la denuncia por escrito, deberá ser citado el que la formule para que la ratifique y proporcione los datos que se considere oportuno pedirle"*.

Una vez que se presenta la querrela ante la autoridad correspondiente esta deberá de contener la firma o la huella digital de la que la presente así como su domicilio.

III.- El tercer elemento de la querrela es la manifestación de la voluntad por parte de quien legalmente tiene el derecho de hacerlo. En efecto siendo la querrela un medio de hacer del conocimiento de la autoridad la existencia de un delito, para que por desearlo así el ofendido, se persiga a su autor, pues el consentimiento se debe entender como previo al nacimiento de la investigación Del Ministerio Público

4.3. SUJETOS QUE TIENEN EL DERECHO PARA QUERELLARSE

4.3.1.-EL OFENDIDO. Para el autor Colín Sánchez el ofendido, es la persona físicas que resiente, directamente la lesión jurídica, en aquellos aspectos tutelados por el derecho Penal. De acuerdo a lo establecido en el Artículo 106 Código de Procedimientos Penales para el estado de Guanajuato establece "*es necesaria la querrela Del ofendido solamente en los casos en que así lo determine el Código Penal u otra ley*".

4.3.2. Él legítimo representante del ofendido: De acuerdo con la naturaleza de la representación legal, quedan incluidas con este carácter, todas aquellas terceras personas que intervienen como representantes legítimos para querellarse en nombre y representación del ofendido y que la ley faculta expresamente.

Una de las figuras aceptada por nuestra ley en materia penal es la representación cuando el ofendido sea menor de edad, ya que en la ley se les otorga el derecho de ser representados por los padres o tutores. Dentro de la figura de la representación en caso de un menor no se necesita poder especial, sino únicamente se necesita la no oposición Del ofendido es decir que se tenga el

consentimiento del menor sus bases legalmente establecidas en la ley de Procedimientos penales Del Estado de Guanajuato **Art. 107** *cuando el ofendido sea menor de edad, puede querellarse por si mismo, y si a su nombre lo hace otra persona, surtirá sus efectos la querella, si no hay oposición Del ofendido*". Cuando el ofendido sea menor de edad, pero mayor de 16 años, podrá querellarse por si mismo, o por quien este legitimado para ello. Tratándose de menores de edad o de otros incapaces, la querella se presentara por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela.

Una vez interpuesta la querella, por parte del legitimo representante del menor, ante el Agente Del Ministerio Público, el representante del menor ofendido realizara todos aquellos actos de representación que sean necesarios, durante la averiguación previa y posteriormente dentro del proceso.

4.3.3. Representación en Los delitos de Querella por el Apoderado

Artículo 112 Código de Procedimientos Penales para el estado de Guanajuato establece *"la querella podrá formularse por representante intervención de apoderado, con poder general con cláusula especial para querellase con poder especial para el caso"*.

Cuando el derecho de querellarse recae sobre una persona moral, normalmente lo hace mediante la intervención de apoderado, en Los mismos términos señalados en él artículo antes mencionado. Mas sin embargo el apoderado deberá de reunir todos aquellos requisitos que la ley le señala entre Los que se encuentran que el

apoderado o deberá tener capacidad y tener poder general para pleitos y cobranzas además de una cláusula especial, sin que sea necesario un acuerdo previo o ratificación del consejo de administración o de asamblea de socios o accionistas ni poder especial para caso en concreto.

4.4. FORMAS DE PRESENTAR LA QUERELLA

La querella puede presentarse de dos formas la primera es presentarse personalmente ante la autoridad competente y hacer su narración de hechos personalmente y la segunda forma de presentar la querella es de una forma escrita. El artículo 110 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato establece " *las denuncias y querellas pueden formularse verbalmente y por escrito.*

En el primer caso se harán constar en acta que levantara el funcionario que las reciba. En el segundo deberán contener la firma y huella digital del que las presente y su domicilio"

Cuando se presente la denuncia o en su caso la querella por escrito, se citara a la persona que la formule para que la ratifique y proporcione los datos que considere oportuno pedirle.

4.5. FORMAS DE EXTINCION DE LA QUERELLA

- 1.- Muerte del agraviado
- 2.- El perdón del ofendido
- 4.- La muerte del responsable
- 5- Prescripción.

4.5.1. MUERTE DEL AGRAVIADO.

Como el derecho de querellarse corresponde al agraviado. La muerte de este lo extingue siempre y cuando no se haya presentado la querrela, pues si se ejercito y la muerte del ofendido ocurre durante la averiguación previa o en la instrucción del proceso, surtirá sus efectos para la realización de los fines del proceso, ya que se han satisfecho los requisitos de procedibilidad y no existe ningún impedimento para que el agente del Ministerio Público o en su caso el juez cumplan con sus funciones.

Si se diere el supuesto de que el sujeto que a presentado la querrela no fuese directamente el ofendido si no su representante legal, el derecho no se extingue, ya que la titularidad corresponde al ofendido y no a su representante, en quien solo se ha delegado la facultad para hacerlo valer.

Puede darse el caso también de que la querrela se haya presentado no solamente por una persona, sino por mas y se podría dar el supuesto que una de ellas fallezca, aun así la querrela debe subsistir.

4.5.2. EL PERDON DEL OFENDIDO Y SU MOMENTO PROCEDIMENTAL

El perdón es la manifestación expresa de voluntad en virtud de la cual el ofendido manifiesta su consentimiento para que no se castigue al infractor⁸⁵ del delito. El perdón del ofendido solo opera cuando se ha iniciado el procedimiento penal. Es conveniente mencionar que una vez que se ha otorgado el perdón por parte del ofendido la acción procesal penal se extingue ya que la autoridad no podrá continuar con su investigación.

El perdón del sujeto pasivo del delito extingue la acción penal, cuando concurra en los siguientes requisitos.⁸⁶

- I. Que el delito se persiga por querrela
- II. Que se conceda antes de pronunciarse sentencia ejecutoria; y
- III. Que se otorgue ante el Ministerio Público, si aun no se ha ejercitado acción penal o ante el tribunal del conocimiento.

El momento en que se otorga el perdón del ofendido por parte del querellante se encuentra establecido en el artículo 139 del Código de procedimientos Penales para el Estado De Guanajuato " *El querellante solamente podrá perdonar o desistirse antes que el Ministerio Público formule conclusiones, salvo lo dispuesto en contrario por la ley*".

Si se diera el supuesto de que son varias las personas acusadas del mismo delito, el perdón otorgada a una de ellas favorecerá a todas las demás.

⁸⁵ OP. CIT. SUPRA (1) P. 117

⁸⁶ CODICO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO ARTI. Ed. Orlando Cárdenas. México, 2002. P 114

4.5.3. MUERTE DEL OFENDIDO.

La muerte del ofensor extingue el derecho y la acción de la querrela, puede darse durante al averiguación previa, o en cualquier momento del procedimiento incluso en la ejecución de la sentencia. El artículo 112 del Código Penal para el Estado de Guanajuato menciona " *la muerte del delincuente extingue la acción penal, también las sanciones que se le hubieren impuesto, a excepción de la reparación del daño y la de decomiso*"

4.5.4. PRESCRIPCION

En el derecho penal la prescripción extingue la acción penal y las sanciones, basta cuando para ello el simple transcurso del tiempo tal y como se señala en el artículo 119 del Código Penal para el Estado de Guanajuato al mencionar " *la prescripción extingue la acción penal y las sanciones impuestas, por el simple transcurso del tiempo señalado en la ley. Se hará valer de oficio en cualquier estado del procedimiento*". Por lo antes mencionado una vez que un hecho delictuoso cae en el supuesto de la prescripción esta impedirá la persecución del delincuente o bien que se ejecute la pena impuesta en la sentencia por el juez, considerada como una forma de extinción de la responsabilidad penal. En materia penal tenemos la prescripción en relación con la acción penal y la prescripción de la pena:

PRESCRICION DE LA ACCION PENAL: Esta clase de prescripción penal se concreta a la pretensión punitiva por parte del Estado, la cual se extingue por el simple transcurso del tiempo y proceden sus efectos aunque se ignore o bien que en ningún momento se pida por la parte interesada. Opera en la averiguación previa hasta antes que el Ministerio Público ejercite la acción penal, en virtud de haber transcurrido los plazos legales y encontrarse extinguida la acción penal, en tal caso el agente del Ministerio Público ordenara que se archive dicha averiguación. Puede igualmente decretarse la prescripción de la acción por el juez en cualquier momento del procedimiento penal, siempre y cuando hayan transcurrido los términos de la ley para su operancia.

PRESCRICION DE LA PENA. La ley penal también regula la prescripción de las "sanciones" que trae como consecuencia la no - ejecución de la sanción o bien de la medida de seguridad impuesta y señalada en la sentencia, en virtud del solo transcurso del tiempo señalado en la ley.

4.6. ANÁLISIS DE LA CONTROVERCIA DOCTRINAL DE LOS DELITOS QUE SE PERSIGUEN POR QUERELLA

Desde tiempos muy antiguos se ha hecho una distinción entre delitos que lesionan bienes jurídicos individuales y aquellos que lesionan bienes de la colectividad o del Estado: a los primeros se les ha denominado como delitos privados y a los segundos delitos públicos. Esta distinción da origen a dos teorías

respecto de la ubicación de la querella dentro del Derecho Penal. La *primera* que ubica a la querella dentro de la parte general del Derecho Penal substancial, considerándola como una existencia objetiva de punibilidad. Y una segunda teoría ubica a la querella como un Instituto procesal situándola dentro del campo del Derecho de Procedimientos Penales. De aquí es necesario analizar minuciosamente cada una de estas teorías.

4.7. LA QUERELLA COMO UNA INSTITUCION DEL DERECHO SUBSTANCIAL CONDICION OBJETIVA DE PUNIBILIDAD

La teoría que define la querella como una institución de derecho substancial, tiene su origen en la literatura alemana y a sido sostenida en Italia por MASSARI Y MANZINI así como PANINI. Según esta doctrina, el derecho de querella es un poder para disponer, reconocido a la voluntad privada en relación con la punibilidad del delito; o con mas precisión, un derecho Público subjetivo personalismo, que perece al ofendido o perjudicado y a las demás personas a quienes se le atribuya por medio de la ley, de modo que al faltar la querella o no sea presentada, se excluirá la punibilidad del hecho, es decir la existencia misma del delito. Afirman que la querella pertenece al derecho sustantivo señalando que es un elemento del delito, ya que si no se interpone o no se hace del conocimiento de la autoridad correspondiente, lógicamente, no existe. Esta teoría que considera a la querella como una condición objetiva de punibilidad, se basa en el

sentido de que si no se intenta, determinada conducta aun cuando sea señalada por la ley como delictuosa no es punible y por lo tanto si así fuere la querella no es otra cosa que una condición de punibilidad. Al ser considerada la querella por los mencionados autores como una condición objetiva de punibilidad es necesario definir al derecho objetivo así como el derecho subjetivo.

Los principales representantes de esta teoría afirman que en los sistemas de justicia penal. Procesales donde impera el monopolio de la acción penal por parte del Ministerio Público, el establecimiento de la querella significa una limitación al propio Estado a su potestad punitiva(*ius puniendi*) al dejar en manos del particular, con relación a ciertos delitos, la facultad discrecional de que sean perseguidos o no, a su entera voluntad. Por lo que el derecho de penar por parte del Estado conserva siempre su carácter público, aún con la existencia de la querella. " Porque se trata de una renuncia voluntaria por parte del Estado". De manera plena sin considerarse la voluntad del ofendido; en cambio, con la querella, tal función, como una actividad o relación del derecho privado entre el particular ofendido y el presunto responsable, convirtiéndose el Estado en simple espectador como consecuencia de dejar a merced de los intereses privados esa porción de justicia penal.

Maggiore, menciona que el Estado moderno único titular de la potestad punitiva, no puede ni debe delegar este poder a nadie, aunque sea en su disponibilidad procesal. En los delitos que se persiguen por petición de parte ofendida y donde la autoridad se ve impedida de aplicar el orden jurídico por no presentarse dicho

requisito eso significa que se despoje a la acción penal de su carácter esencialmente público, tomando en cuenta que en ciertos delitos no existe un interés primordial del Estado para su represión, por concurrir determinadas razones de orden privado, como sería en los delitos patrimoniales cometidos por ciertos parientes (robo, abuso de confianza o fraude cometido por un cónyuge contra otro, por un hermano contra su hermano, etc.)⁸⁷ en que no se produce un mal directo a la colectividad, pero que mas sin embargo hay la existencia de un hecho delictuoso.

4.8. LA QUERELLA CONSIDERADA COMO UN REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

Los principales representantes de la segunda teoría que ubican a la querella como un requisito de procedibilidad son: FLOIRAN, BATAGLINI, RICCIO, VANINI, IGNACIO VILLALOBOS, GONZALES BUSTAMENTE, FRANCO SODI, PIÑA PALACIOS Y RIVERA SILVA). Entre algunos otros

Los procesalistas seguidores de la querella dentro del derecho procesal penal mantienen la posición le dan a la querella el carácter de condición de procedibilidad en el sentido de que el Ministerio Público, sin la presentación de la querella no puede ejercitar acción penal y sin que por ella esto llegue a perder su

⁸⁷ OP. CIT. SUPRA (38) ARTICULO 378

IGNACIO VILLALOBOS, GONSALEZ BUSTAMENTE, FRANCO SODI, PIÑA PALACIOS Y RIVERA SILVA). Entre algunos otros

Los procesalistas seguidores de la querella dentro del derecho procesal penal mantienen la posición le dan a la querella el carácter de condición de procedibilidad en el sentido de que el Ministerio Público, sin la presentación de la querella no puede ejercitar acción penal y sin que por ella esto llegue a perder su carácter público, ni que se contradiga el principio de monopolizador de su ejercicio atribuido a dicha autoridad.

La existencia de la querella viene a significar el reconocimiento por parte del Estado del derecho subjetivo que el particular tiene de la acción, con relación a ciertos tipos de delitos que por su exclusión no son perseguibles de oficio, al considerarse no afectar a la colectividad, sino tan solo al ofendido.

Los tratadistas modernos consideran a la querella como una condición de procedibilidad, donde es indispensable la manifestación de la voluntad por la parte del ofendido, de tal suerte que si dicha declaración de voluntad falta, la acción penal no puede promoverse por la autoridad correspondiente

4.9. CRITERIOS DE DIFERENTES AUTORES RESPECTO DE LA FIGURA DE LA QUERELLA

4.9.1. CRITERIO DE GONSALEZ BUSTAMENTE

Este autor hace una distinción entre la querella y querella necesaria y menciona que la querella necesaria es la facultad potestativa que se concede a los ofendidos para ocurrir ante la autoridad a manifestar su voluntad para que se persigan los delitos.

En los delitos perseguibles por querella necesaria, como el abuso de confianza, estupro, adulterio, injurias, difamación, delitos en daño en propiedad ajena, cometidos por parientes colaterales o afines, la obligación impuesta al ofendido, se convierte en una facultad; se abandona a la voluntad del quejoso la investigación del delito y la promovilidad de la acción penal. Esta distinción se caracteriza de los delitos perseguibles de oficio, de los perseguibles por querella, a sido como consecuencia del robustecimiento del poder estatal para no abandonar a la acción privada el castigo y persecución de los delitos que producen trastornos en la paz pública y alarma en la sociedad.

En los delitos perseguibles por querella de parte, el ofendido por el delito es el facultado para promover la iniciación del procedimiento y para ponerle termino a la acción penal por medio del perdón expreso, otorgado en los términos que la ley establece.

4.9.2. CRITERIO DE MARCO ANTONIO DIAS DE LEON

Su opinión es que la querrela no-solo limita la función pública de castigar, sino que también restringe a la actividad jurisdiccional, porque aún planteada la queja, el individuo dispondrá del proceso y de la acción penal, si de su voluntad nace la remisión.

El particular ofendido al no manifestar su querrela paraliza "al derecho público de castigar por parte del "Estado", por lo mismo ya no puede ser tan público, desde el momento en que se deja al arbitrio de los particulares a su voluntad la aplicación del derecho putativo del Estado.

La querrela puede ser considerada como una mera actividad o relación de derecho privado entre el particular ofendido y el violador, convirtiéndose el Estado en simple espectador como consecuencia de dejar a merced de los particulares privados esa porción.

4.9.3. CRITERIO DE COLIN SÁNCHEZ

La querrela es un derecho potestativo del ofendido por el delito, para dar su anuencia a la autoridad para su investigación y persecución del probable autor del delito, lo cual permite concluir que la intervención de la autoridad esta sujeta a lo anterior; si no hay manifestación de voluntad, no es posible proceder, de ahí que la querrela sea un requisito de procedibilidad.

4.9.4. CRITERIO DE FERNANDO CASTELLANOS

Considera que no deben de existir delitos perseguibles por querrela necesaria, debido a que el Derecho Penal tan solo debe tomar en cuenta intereses sociales y no abrazar situaciones de carácter exclusivamente particular. Si el Acto quebranta la armonía social, debe perseguirse, independientemente de que lo quiera o no la parte ofendida, en tanto que hay intereses sociales de por medio, nunca debe dejarse a la potestad de la parte ofendida la administración de la justicia y si el acto por cualquier razón, vulnera únicamente intereses particulares, este acto debe desaparecer del catalogo de delitos, para situarse en otra rama del derecho.

CONCLUSIONES

Antes de Concluir con este valioso tema de tesis no puedo dejar de mencionar lo enriquecedor que ha sido en lo personal el realizar esta investigación sobre el tema de la CONTROVERSIA DOCTRINAL DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA QUERELLA. por ser un tema indudablemente polémico y controvertido por nuestros grandes juristas estudiosos del derecho penal.

Si bien es cierto que la naturaleza jurídica de la querella ha generado una serie de confusiones y ambigüedades entre los diversos grandes juristas del Derecho Penal, y que ha generado la división de dos sectores claramente diferenciados: el primero de ellos que otorga una naturaleza sustantiva al considerarla como una condición objetiva de punibilidad y que constituye un derecho público subjetivo personalísimo otorgado al ofendido por el delito e inclusive hay autores que contemplan a la querella como un elemento del delito que condiciona el derecho del Estado a sancionar el delito.

Lo anterior y a la conclusión que he llegado con esta investigación de tesis me permite establecer que lo anterior es inadmisibles de que la ausencia o bien la falta de querella excluya la punibilidad del hecho y en consecuencia la existencia del delito, a corolario de ello, que el derecho de querella se origina en la LEY y por lo tanto son los códigos sustantivos e instrumental los que señalan, preferentemente en particular, cuando la persecución del delito queda a la voluntad del ofendido o perjudicado, mediante la instancia de parte, por ello se determina en que la naturaleza jurídica de la querella es estrictamente

procesal, y se considera como una "condición de procedibilidad" pues de no existir o de no haberse presentado de forma indebida, el juez no procederá en contra del probable culpable, lo cual no impide la persecución del probable responsable de un hecho considerado como delito.

Es así como dentro del Periodo de preparación de la acción penal (Averiguación Previa) tiene por objeto, reunir los requisitos exigidos por nuestra Máxima Ley la Constitución General de la Republica, para el ejercicio de la acción penal e indudablemente el desarrollo de este periodo compete al Ministerio Público que tiene a su cargo la Función Investigadora o persecutoria de los delitos.

Es indiscutible que dentro del Derecho Procesal Mexicano por disposición del legislador, la querrela es un requisito de procedibilidad, para que pueda iniciarse el procedimiento penal y en tanto no haya esta manifestación de la voluntad por parte del ofendido o bien de su legitimo representante, la autoridad se vera impedida para proceder.

Finalmente la querrela es un derecho potestativo del ofendido por el delito, para hacerle del conocimiento y solicitar a la autoridad la persecución del delito y de esta manera se haga la investigación y persecución del probable autor del delito, lo que nos permite concluir que la intervención de la autoridad esta sujeta a lo anterior y por lo tanto si no hay manifestación de la voluntad, no es posible proceder; de ahí que la querrela es un requisito de procedibilidad.

BIBLIOGRAFIA

- ACERO JULIO, PROCEDIMIENTO PENAL, Ed José M Cajita Jr. S. A , 7 ed., México 1985, pp47
- BARRITA LOPEZ FERNANDO A, MANUAL DE CRIMINOLOGIA, Ed Porrúa, 2ª ed, México 1999, pp 307
- BECCARIA, TRATADO DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS, Ed Porrúa, 5a ed, México 1992, pp 403
- BURGOA ORIHUELA IGNACIO, DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO, Ed Porrúa, 7a ed, México 1992, pp 1068
- CASTELLANOS FERNANDO, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, Ed Porrúa, 36va ed, México 1996, pp 363
- CARDONA ARIZMENDI, Y OTRO CODIGO PENAL COMENTADO, Ed
- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL , DERECHO PENAL MEXICANO TOMO I Y II, Ed Antigua Librería Robledo , 3ª ed, México 1969, pp 561
- COLIN SANCHEZ GUILLERMO, DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES, Ed Porrúa, 9na ed, México 1985, pp 704
- DIAZ DE LEON MARCO ANTONIO, DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL PENAL, Ed Tela, 2 tomos, México 1994, pp 1186

- GARCIA RAMIREZ SERGIO, DERECHO PROCESAL PENAL, Ed Rústica, 4ta ed, México 1992, pp 670
- GRAF ALEXANDER ZU DONHA, ESTRUCTURA DE LA TEORIA DEL DELITO, Ed Abeledo-Perrot, 3ª ed, Buenos Aires, pp 105
- GONZALEZ BUSTAMANTE JUAN JOSE, PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO, Ed Porrúa, 18va Ed, México 1987, pp 403
- GONZALEZ DE LA VEGA RENE Y OTRO, LA INVESTIGACION CRIMINAL, Ed Porrúa, 2ª ed, México 2000, pp 402
- GONZALEZ QUINTANILLA JOSE ARTURO, DERECHO PENAL MEXICANO, Ed tela, 2a. ed, México 1993, pp369
- LOPEZ BETANCOURT EDUARDO, INTRODUCCION AL DERECHO PENAL, Ed Rústica, 2a ed, México 1994, pp 454
- LOPEZ BETANCOURT EDUARDO, TEORIA DEL DELITO, Ed Rústica, 3ra Ed, México 1996, pp 303
- MUÑOZ CONDE FRANCISCO, INTRODUCCION AL DERECHO PENAL, Ed Bosch Casa Editorial, S.A. España 1975 pp 205
- NICETORO ALFREDO, CRIMINOLOGIA TOMO I, Ed José M Cajita Jr. S. A. México 1984, pp 243
- PUENTE ARTURO, PRINCIPIOS DE DERECHO, Ed Bancaria y Comercial, 4ª Ed, México 1991, pp 391

- RIVERA SILVA MANUEL, EL PROCEDIMIENTO PENAL, Ed Porrúa, 21va ed, México 1992, pp 403
- VILLALOBOS IGNACIO, DERECHO PENAL MEXICANO , Ed Porrúa, 2ª ed., México 1960 , pp 631
- VILLAREAL PALOS ARTURO, CULPABILIDAD Y PENA, Ed Porrúa, 4ta ed, México 1997, pp143
- PROGRAMA DE DERECHO PROCESAL PENAL, ED. Porrúa, 2da. Ed., México 1997, pp 329
- EL PROCEDIMIENTO PENAL EN MÉXICO. Ed. Porrúa, 1ra. Ed. México 1961, pp 493

OTRAS FUENTES

- CONSTITUCION POLITICA DE Los ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Ed Delma, 3ra ed, México 2004, pp 167
- CODIGO PENAL FEDERAL, Ed Delma, 2ª ed, México 2004, pp 327
- GUANAJUATO CODIGO PENAL, Ed Orlando Cárdenas, Gto, México 2004, pp 99

- GUANAJUATO CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES, , Ed Orlando Cárdenas, Gto, México 2003, pp 186
- PERIODICO OFICIAL DEL GOBIERNO DE GUANAJUATO, Año LXXXVIII, Tomo CXXXIX, Gto. México, 2 de noviembre del 2001